

A. I. Nº - 152240.0021/16-0
AUTUADO - TONELLI DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28/03/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-03/17

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. Infração mantida. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Modificado o percentual da multa aplicado, que passa para 75% (art. 44, inciso I, Lei 9.430/96), tendo em vista o disposto no art. 71 da Lei 4.502/64. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2016, refere-se à exigência de R\$143.627,66 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 17.02.01. Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2012 dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$24.056,25, acrescido da multa de 75%. Demonstrativos às fls. 17 a 48;

Infração 02 - 17.03.01. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração no livro Registro de Entradas, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$119.571,41, acrescido da multa de 150%. Demonstrativos às fls. 17 a 48.

Consta na “Descrição dos Fatos” que “...Trata-se de uma empresa indicada pelo CMO - Centro de Monitoramento ONLINE - Exerce atividade econômica de comercio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios. Iniciou suas atividades em 31/03/2011, na condição de contribuinte do Simples Nacional e foi intimado a apresentar as Notas Fiscais dos exercícios de 2012 a 2015, assim como, os livros de entrada de mercadorias, extrato do Simples Nacional, PDGAS/DASN - (Programa gerador do DAS) - (Declaração anual do Simples Nacional) e livros de Inventário. Foi apurado omissão de saídas pelas entradas. Feito levantamento das entradas com as informações da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de entrada e saídas, capitaneada da base de dados da SEFAZ/BA - Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Foi feito comparativa receita apurada (omissão saída pela entrada) x receita DASN. Após apurado o ICMS devido, esta foi confrontado com o ICMS declarada/recolhido e constatamos que no período fiscalizado existiam diferenças a recolher. Nos exercícios de 2012, 2013, 2014 e 2015 comprou R\$1.025.397,52, R\$1.052.675,67, R\$1.028.768,80, R\$802.705,01, respectivamente, neste mesmo período emitiu

R\$665.667,85, R\$681.598,09, R\$618.564,24 e R\$365.980,71, respectivamente, através da NFe Nota Fiscais, assim como, enviou PDGAS Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional, neste confronto de informações, sinaliza uma arrecadação baixa, em relação às suas compras.”

O autuado apresenta impugnação às fls. 181 e 182, depois de observar a tempestividade da defesa destaca que foi iniciada a fiscalização para verificação do recolhimento do tributo ICMS, por parte de seu estabelecimento autuado e assim sendo, em cumprimento ao quanto requerido por esta SEFAZ, apresentou, tempestivamente, toda a documentação que lhe fora requisitada.

Afirma que para sua surpresa, o Agente de Tributos responsável pela fiscalização entendeu de forma diversa e enquadrou a empresa autuada em duas infrações: 01 - “Efetuou o recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno porte- Simples Nacional, implicando, desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e /ou de alíquota aplicada a menos”; e 02- “Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontando com a escrituração do livro Registro de Entradas”.

Esclarece que a margem de lucro para os produtos comercializados pelo estabelecimento autuado, de fato, possuem uma margem de lucro muito reduzida e no atual cenário econômico do país, no qual é cediço as dificuldades que as empresas vem enfrentando, que as obriga a reduzir ainda mais sua margem de lucratividade a fim de que seja possível ao menos manter as atividades acaba por corroborar ainda mais com o baixo retorno.

Assevera que se o lucro do estabelecimento autuado é pequeno, ou se em determinado período não houve faturamento, não significa dizer que os valores demonstrados sejam inverídicos, ou mesmo que seja uma tentativa de embaraço à fiscalização, haja vista que, tempestivamente, apresentou toda a documentação que lhe fora requerida, bem como se mantém à total disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Requer que todas as intimações e publicações sejam veiculadas em nome do Bel. Daniel Ribeiro dos Santos, OAB/BA 36.192, com endereço profissional indicado na qualificação e constante no rodapé da presente, sob pena de nulidade insanável.

Pugna pela juntada dos documentos em anexo e pela produção de provas, especialmente documental.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 191 e 192, nos termos resumidos a seguir.

Declara que em 28/09/2016, foi lavrado o presente Auto de Infração contra a empresa Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. para exigir um débito no valor histórico de R\$143.627,66, referente a recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte, mas omissão de saída de mercadorias tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontando com a escrituração do livro registro de entradas. Observa que os levantamentos foram feitos através de documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, além de informações fornecidas pelos controles internos da SEFAZ.

Observa que como resultado o contribuinte incorreu em duas infrações:

Infração 01 - 17.02.01. Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e /ou de alíquota aplicada a menor.

Infração 02 - 17.03.01. Omissão de saída de mercadorias tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas.

Revela que no prazo de defesa, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva em 28/11/2016, sob o nº 213132/2016-3, conforme consta às fls.180 a 189. Observa que não foram trazidos à luz quaisquer fatos novos.

Destaca que, pelo fato de terem sido expostos todos os argumentos, resta comprovada que a lavratura do respectivo Auto de Infração seguiu rigorosamente as recomendações legais aplicáveis para o procedimento fiscal, assim como, o contribuinte nada apresentou como prova.

Conclui requerendo a procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, consigno, depois de compulsar as peças que integram os presentes autos, restar evidenciado o integral cumprimento dos requisitos preconizados pela Lei 7.014/96, RICMS-BA/12, e pelo o RPAF-BA/99, eis que, o lançamento tributário, afigura-se plenamente formalizado em consonância com a legislação de regência, contemplando todos os pressupostos materiais e essenciais, os fatos geradores do crédito tributário exigido estão constituídos e explicitados em demonstrativos que detalham sua apuração, contidos no CD fl. 49, constante nos autos, cuja cópia foi entregue a preposto do contribuinte autuado, fl. 51, propiciando assim o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo sujeito passivo. Logo, restam providos todos os requisitos essenciais para o deslinde da questão, ora em lide.

No mérito, trata-se de Auto de Infração relativo à constatação do cometimento de duas infrações, sendo a primeira relativa ao recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes do Simples Nacional, decorrente de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, e a segunda infração cuida da exigência do ICMS decorrente da omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio da apuração de notas fiscais de entradas não escrituradas no livro Registro de Entradas.

Em sua impugnação o autuado, depois de tecer comentários acerca do atual cenário econômico que resulta em dificuldades para as empresas, apenas asseverou que “se o lucro do estabelecimento autuado é pequeno, ou se em determinado período não houve faturamento, não significa dizer que os valores demonstrados sejam inverídicos, ou mesmo que seja uma tentativa de embaraço à fiscalização, haja vista que, tempestivamente, a empresa apresentou toda a documentação que lhe fora requerida, bem como se mantém à total disposição para quaisquer esclarecimentos se façam necessários.”

Ao prestar informação fiscal o autuante manteve a autuação.

Verifico que os débitos lançados nas infrações supracitadas foram apurados com base nas planilhas eletrônicas constantes às fls. 17 a 48, cópias dos Extratos do Simples Nacional, DASN, fls. 51 a 176, cujas “*Receita Parcial Identificada pelos Documentos Emitidos*” e “*Receita Real Apurada*” estão relacionadas, mês a mês, enquanto que as notas fiscais de entradas constam do CD, fl. 49.

No caso da infração 01, os débitos foram calculados tomando por base o total da receita declarada na DASN mais a receita omitida em decorrência das notas fiscais de entrada não registradas, e posteriormente, obtidos novas faixas de receita para fins de determinação da alíquota cabível para cada período, e determinado os valores devidos após a dedução dos valores comprovadamente recolhidos no período.

Ressalto que, em relação ao item 02, a autuação está fundamentada no §4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

[...]

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;”

Assim, a constatação da existência de entrada de mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

O sujeito passivo, não apresentou demonstrativo algum que pudesse elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nem que houve erro na apuração da falta de recolhimento e de recolhimentos a menor de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições.

Ressalto que o silêncio do sujeito passivo em sede de defesa em torno das infrações objeto da autuação caracteriza-se como aceitação tácita das imputações, nos termos do art. 140 do RPAF-BA/99.

No tocante à infração 02, verifico que foi aplicada a multa de 150%. Embora não tenha havido questionamento da multa por parte do autuado, porém, sendo o lançamento um ato vinculado, na tipificação da multa do citado item, foi indicado o art. 44, inciso I, e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96. Ocorre que a penalidade de 150%, prevista no art. 44, inciso I e §1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada. O percentual da multa, no caso em concreto, será de 75%, haja vista que o art. 71 da Lei 4.502/64, estabelece que deverá ser duplicado o percentual da multa, na hipótese da existência de dolo, fraude ou conluio. No presente caso, inexistindo prova inequívoca nos autos de que tenham ocorridos tais irregularidades, entendo que o percentual aplicado deve ser 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96).

No tocante à solicitação para que todas as intimações e publicações sejam veiculadas em nome do Bel. Daniel Ribeiro dos Santos, OAB/BA 36.192, com endereço profissional indicado na qualificação e constante no rodapé da presente, sob pena de nulidade insanável, esclareço que inexiste óbice algum em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Ante o exposto, considero subsistentes as infrações 01 e 02.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152240.0021/16-0, lavrado contra **TONELLI DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$143.627,66**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA