

PROCESSO - A. I. Nº 147024.0009/01-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
REORRIDO - COMERCIAL DE ALIMENTOS SANLIN LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JF nº 0062-02/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 15.04.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0099-11/04

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Modificada a Decisão. Exigência parcialmente subsistente quanto ao exercício de 1999, por estar o contribuinte enquadrado no SimBahia, na condição de microempresa, estando dispensado de efetuar escrituração fiscal e mercantil neste exercício. Após apuração da efetiva receita bruta ajustada, através de diligência fiscal saneadora, com a inclusão dos valores pertinentes as compras não declaradas na DME pelo sujeito passivo, apurou-se o *quantum* efetivamente devido. Exigência parcialmente subsistente, quanto ao exercício de 2000, após a adequação às regras estabelecidas pela Lei nº 7.357/98, com a nova redação dada pela Lei nº 8.534/02. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/08/01, exige o ICMS de R\$ 69.383,01, relativo aos exercícios de 1999 e 2000, decorrente da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, deixando de informar na DME os valores efetivamente entrados no estabelecimento, em razão da diferença dos valores declarados e o apurado com base nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e as capturadas através do CFAMT, conforme documentos às fls. 6 a 986 dos autos.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 988 a 995, preliminarmente aduz que, na condição de microempresa, enquadrado no SIMBAHIA, está desobrigado da escrita contábil e fiscal, sendo descabida a autuação sob a alegação de “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não contabilizadas”, devendo-se considerar Nulo o Auto de Infração. Reconhece a falta de inclusão de algumas notas fiscais, em poder do defendente e entregues à autuante, nas DMES, conforme demonstrado na peça acusatória, porém, entende que tal situação não caracteriza omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sendo apenas indício de penalidade formal, caso houvesse má fé do contribuinte, o que, segundo o autuado, não foi o caso.

Ressalta que a autuante teve todos os documentos e o livro caixa (exercício de 2000) em mãos para realizar de forma legal a fiscalização, exceto as notas fiscais de Frigorífico Paissandu Ltda.,

e caso fosse devido o imposto, teria de excluir da base de cálculo os valores referentes às mercadorias com imposto já pago com substituição tributária e isentas, grande parte das mercadorias comercializadas num supermercado. Entende que incorreu em “bitributação” a cobrança do ICMS, pelo regime normal de apuração, sem que houvesse o desenquadramento do contribuinte do regime SIMBAHIA, uma vez que não ultrapassou o preceituado limite de receita bruta, nem a compensação de créditos fiscais.

Aduz a utilização indevida dos seus dados cadastrais, na condição de destinatário das mercadorias, de notas fiscais emitidas pelo Frigorífico Paissandu Ltda., do que vem tomando as providências cabíveis, a exemplo de “queixa a Delegacia de Repressão e Estelionato e outras Fraudes da SSP-BA”, comunicando o fato para a SEFAZ para isentá-lo de prejuízo que não deu causa. Assim, entende que se fosse contribuinte normal, caberia a exclusão dos valores relativos às citadas notas fiscais.

Em seguida cita legislação sobre desenquadramento de ofício e a apuração do imposto mediante arbitramento, do que entende que não praticou qualquer ato excludente de sua condição de SIMBAHIA, ressaltando o princípio da não cumulatividade do ICMS e variáveis do tipo: mudança de faixa para recolhimento do imposto considerando a receita bruta acumulada, números de empregados, etc. Assim, diante dos vícios e das preliminares levantadas, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

A autuante, em sua informação fiscal, à fl. 1041 dos autos, aduz que o autuado não conseguiu dar provas concretas das afirmações de não ter relações comerciais com o citado fornecedor, de forma a justificar a desclassificação das inerentes notas fiscais. Ressalta, quanto às demais notas fiscais relacionadas, que o defendente não faz qualquer referência, o que significa concordar com o procedimento fiscal. Por fim, mantém integralmente o Auto de Infração.

Em seguida o PAF foi convertido em diligência para que a autuante adote os critérios estabelecidos na Orientação Normativa n.º 01/02 do Comitê Tributário, o que foi efetivado às fls. 1045 a 1048, concedendo ao autuado o crédito do ICMS de R\$ 11.573,58, para o exercício de 1999, e R\$ 21.426,92, para o exercício de 2000, resultando o ICMS devido de R\$ 16.501,86 e R\$ 19.880,65, respectivamente.

Quando cientificado da informação fiscal, o autuado aduz que o próprio CONSEF reconhece que é nulo o procedimento fiscal, por não existir previsão legal o método aplicado para a apuração do tributo, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração apontada, além dos inúmeros vícios já elencados, uma vez que devolveu o PAF à autuante para refazer o procedimento fiscal, observando a Orientação Normativa 01/02, a qual entende não ter força de lei para se cobrar o ICMS na forma realizada pela autuante, por não existir tal critério de apuração do imposto na Lei n.º 7.357/98, como no RICMS/97, nem na Portaria 445/98. Ressalta ainda que, caso tivesse alguma eficácia, seu efeito seria “*ex nunc*” e não atingiria fato pretérito, sob pena de ferir o princípio da anterioridade da lei. Por fim, reitera as demais alegações de defesa.

A autuante, em seu pronunciamento, esclarece que procedeu a revisão fiscal de acordo com a Orientação Normativa n.º 01/02 por determinação do CONSEF.

Por decisão desta 2ª JF o PAF foi convertido em diligência para que a autuante, no período de janeiro a outubro de 2000, aplicasse os percentuais previstos no Regime SIMBAHIA, após adicionar a receita omitida à declarada e, nos meses de novembro e dezembro, aplicasse a alíquota normal do imposto consoante a Orientação Normativa 01/02.

Às fls. 1072 a 1074, foi informado pela autuante o débito apurado de R\$ 1.870,00, para o exercício de 1999, e R\$ 2.420,00, para o exercício de 2000, decorrente da Receita Bruta Acumulada, apurada conforme planilhas, do que foi cientificado o contribuinte, o qual não se manifestou.

RECURSO DE OFÍCIO

Em virtude da determinação do Art. 17 do Decreto nº 6.463/97, c/c com o Art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, o presente processo foi encaminhado como Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, com o propósito de ser analisado e julgado a fim de ser homologada ou não a Decisão recorrida do Acórdão nº 2ª JJF 0062-02/03, que julgou Procedência em Parte o Auto de Infração em tela.

Face o Estado da Bahia ter ficado na lide sucumbente em parte, transcrevo para dar maior visibilidade a este relatório, o voto proferido pelo Relator de 1ª Instância, quando do julgamento que originou o Acórdão Recorrido.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$ 69.383,01, relativo aos exercícios de 1999 e 2000, decorrente da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, nos termos do art. 4º, §4º, da Lei n.º 7.014/96, conforme a seguir:

Período	Entradas		Diferença	Aliq.	ICMS Exigido
	Apuradas	Declaradas na DME		%	
Exercício de 1999	240.656,25	75.506,62	165.149,63	17	28.075,44
Exercício de 2000	445.877,11	202.891,41	242.985,70	17	41.307,57

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade argüidas pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa.

Quanto ao mérito, constata-se que no exercício de 1999 o contribuinte, enquadrado no Regime SIMBAHIA, estava dispensado da escrita fiscal e mercantil e, como tal, imune da presunção legal da “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas”, consoante acusação fiscal, cabendo-lhe, apenas, a multa no valor de R\$ 120,00, vigente à época da ação fiscal, prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “c”, da Lei n.º 7.014/96, pela omissão de dados na DME, em razão da insubsistência do imposto exigido e da comprovação do descumprimento de obrigação acessória vinculada à imputação, nos termos do art. 157 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, independente da intenção do sujeito passivo.

Deve-se ressaltar que tal omissão de saídas poderia ser detectada através auditoria do estoque, porém, jamais através da presunção legal de entradas de mercadorias não contabilizadas.

Assim, só no exercício de 2000 ficou caracterizada a infração imputada ao sujeito passivo, haja vista a obrigatoriedade da escrituração do Livro Caixa só a partir deste exercício, possibilitando a constatação da existência de entradas de mercadorias não contabilizadas e, conseqüentemente, a presunção legal de omissão de saídas tributáveis, conforme provam os documentos de fls. 16 a 66 dos autos (Relação de notas fiscais de compras de mercadorias e Livro Caixa).

Contudo, só a partir da Alteração n.º 20 (Dec. n.º 7.867/00 – com efeitos a partir de 02/11/00) tal infração passou a ser de natureza grave, com exigência do imposto pela alíquota normal. Assim, para o período de janeiro a outubro, cabe a cobrança do tributo mediante a aplicação

dos percentuais previstos no Regime SIMBAHIA, após adicionar a receita omissa à declarada pelo contribuinte, e, para os meses de novembro e dezembro, perderá o direito à adoção do tratamento tributário acima previsto, por incorrer na prática de infrações de natureza grave, sujeitando-se a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, concedendo-se o crédito de 8% sobre o valor da omissão, nos termos do art. 408-L, V, c/c o art. 408-S, § 1º, ambos do RICMS/BA e no art. 19, §1º, da Lei n.º 7.357/98, o que resulta no valor exigido no valor de R\$ 3.642,12, conforme demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO NO PERÍODO DE JAN./00 A DEZ/00 (Fl.1074 do PAF)

Mês	Entradas de Mercadorias	Rec. Bruta Declarada	Rec. Bruta Omissa	Total Rec. Bruta/Mês	Rec. Bruta Ajust. Acum.	%	ICMS Apurado	Incent. Empreg.	I.C.M.S	
									Recolhido	a Recolher
01/00	35.261,41	21.878,65	24.164,11	46.042,76	38.990,48	-	50,00		(50,00)	-
02/00	61.897,11	17.284,46	29.364,57	46.649,03	73.260,09	-	100,00		(50,00)	50,00
03/00	70.245,64	15.259,12	27.443,04	42.702,16	101.913,12	-	150,00		(50,00)	100,00
04/00	50.311,66	4.463,87	43.826,68	48.290,55	140.141,34	-	210,00		(210,00)	-
05/00	59.799,85	15.721,77	42.362,39	58.084,16	186.265,53	-	370,00		(210,00)	160,00
06/00	62.621,32	19.803,20	37.910,90	57.714,10	231.455,36	-	460,00		(210,00)	250,00
07/00	51.339,60	19.971,53	22.972,08	42.943,61	264.131,05	2,5	1.073,59	(268,40)	(210,00)	595,19
08/00	53.928,92	22.157,19	30.505,90	52.663,09	306.008,36	2,5	1.316,58	(329,14)	(210,00)	777,43
09/00	28.056,94	22.294,06	10.025,74	32.319,80	332.716,77	2,5	808,00	(202,00)	(210,00)	396,00
10/00	60.726,33	24.877,76	42.188,11	67.065,87	387.637,37	3,0	2.011,98	(502,99)	(210,00)	1.298,98
11/00	-	-	-	-	-	-	-		-	-
12/00	-	-	161,27	-	-	17	27,42	(12,90)*	-	14,52
							Total do ICMS devido: R\$		3.642,12	

** valor referente ao crédito de 8% sobre a omissão de saídas (§1º do art. 408-S do RICMS).*

Portanto, tal constatação indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com receitas não contabilizadas, decorrentes de operações “tributáveis” anteriormente realizadas e também não contabilizadas, independentemente da classificação fiscal das mercadorias que estão sendo adquiridas com as referidas receitas omissas, cujo imposto apurado foi considerado o ICMS já recolhido, os intervalos de receita bruta ajustada e a compensação de créditos fiscais, de forma a respeitar o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Quanto à alegação de que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais emitidas pelo Frigorífico Paissandu Ltda. (fls. 1012 a 1018 dos autos), os próprios documentos fiscais, capturados pelo fisco através do sistema CFAMT, comprovam e respaldam plenamente a acusação fiscal, visto que se tratam da “Via do Fisco de Destino”, as quais foram coletadas nos postos fiscais do trajeto, constituindo-se em prova concreta das realizações das operações de aquisições pelo destinatário.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 3.642,12 de imposto, mais a multa no valor de R\$ 120,00.

O colegiado desta 1ª Câmara, em 19 de setembro de 2003, entendeu que o processo deveria ser encaminhado à ASTEC/CONSEF, dado seus membros terem ficado em dúvida se o entendimento esposado pela Junta de Julgamento Fiscal está correto. Por isso, solicitaram que aquele órgão

técnico do CONSEF verificasse se for levada em consideração na apuração o sistema SimBahia, mesmo assim, teremos a exclusão do retro-mencionado exercício?

À ASTEC forneceu Parecer nº 0275/2003, de fls. 1094 a 1095, acompanhado de demonstrativos, de fls. 1096 a 1098, nos termos:

[...]

“Com o objetivo de apurar o imposto devido na condição de microempresa SIMBAHIA, conforme se encontrava enquadrada a autuada. Atribuímos, para cada mês, um doze avos dos valores declarados na DME, tanto para as compras quanto para as receitas. Acrescentamos à receita mensal apurada, os valores das compras, em cada mês, que excederam o valor mensal declarado na DME, para o cálculo da receita bruta total acumulada e ajustada.

Verificamos que, se acordo com a DME, cópia anexa, apresentada para o exercício de 1998 a receita bruta ajustada é inferior a R\$90.000,00, portanto, o imposto devido mensalmente é de R\$100,00, acorde o inciso III, do art. 384-A, do RICMS-BA, e não de R\$50,00, como recolhera o autuado.

Conforme demonstrativo, integrante do presente parecer, constatamos que com a aplicação do regime simplificado de apuração para microempresa enquadrada no SimBahia, com a inclusão das compras não declaradas, a autuada deixou de recolher o imposto devido de R\$900,00.

Deixamos de anexar cópia do Termo de Encerramento tendo em vista que a diligência fora realizada com os elementos disponíveis no próprio processo.

Conclusão – em face do exposto, concluímos se for considerado a apuração do imposto devido pelo regime simplificado Microempresa – SimBahia, no exercício de 1999, com a inclusão das compras realizadas pelo autuado, e não declaradas na DME, não teremos a exclusão do referido exercício e sim um débito no valor de R\$900,00, demonstrado de forma minudente nas planilhas anexas.”

VOTO (VENCIDO QUANTO AO EXERCÍCIO DE 1999)

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que apesar da diligência suscitada pelo colegiado à ASTEC, ter afirmado “se for considerado a apuração do imposto devido pelo regime simplificado SIMBAHIA, no exercício de 1999, com a inclusão das compras realizadas pelo autuado, e não declarados na DME, não existe a exclusão e sim um débito de R\$900,00”, ainda assim, fico com a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em razão sobretudo, dos fundamentos fáticos e jurídicos constantes do voto do relator de então. Ao meu entendimento, nada existe a ser modificado.

Assim, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, mantendo integralmente a Decisão recorrida em todos os seus termos.

VOTO VENCEDOR (EXERCÍCIO DE 1999)

Peço *vênia* para divergir do ilustre Conselheiro relator apenas em relação ao exercício de 1999 já que, efetivamente, o resultado da diligência levada a efeito pela ASTEC/CONSEF aponta um saldo devedor na ordem de R\$900,00 o qual deve prevalecer na medida em que reflete o mesmo posicionamento adotado pela 1ª Instância de Julgamento em relação ao período de janeiro a junho do ano de 2000. Ressalto, que do resultado da referida diligência, o recorrido foi notificado, bem como a autuante, inexistindo nos autos manifestação de ambos a este respeito, o que denota aquiescência ao que foi apurado pela ASTEC.

Considerando o que ora se examina, diz respeito, apenas, as parcelas em que a Fazenda Pública Estadual foi sucumbente no julgamento recorrido, e, por nada me opor em relação ao exercício

de 2000 e, ainda, por considerar que a diligência levada a efeito pela ASTEC/CONSEF reflete o *quantum* é devido pelo recorrido em relação ao exercício de 1999, voto pelo Provimento Parcial do presente Recurso de Ofício, para que seja afastada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$120,00 aplicada pela 2ª JJF no tocante ao exercício de 1999 e, em consequência, seja exigido o imposto devido no valor de R\$900,00 na forma indicada nos demonstrativos às fls. 1096 e 1097 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147024.0009/01-2, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS SANLIN LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.542,12**, sendo R\$3.642,12, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$900,00, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da referida lei e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert e Israel José dos Santos.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Nelson Teixeira Brandão, Marcos Rogério Lyrio Pimenta e Rosa Maria dos Santos Galvão.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO EXERCÍCIO/1999

ISRAEL JOSÉ DOS SANTOS – VOTO VENCEDOR (EXERCÍCIO 1999)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE A. SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS