

A. I. N° - 232957.0007/03-6
AUTUADO - PANIFICADORA TADEU LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 11.03.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0061/01-04

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constitui-se em presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis a não contabilização dos pagamentos das mercadorias adquiridas, cujas notas fiscais foram colhidas nos postos fiscais. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/05/03, exige imposto no valor de R\$ 10.583,22, pelas seguintes irregularidades:

1) falta de recolhimento do imposto por omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, nos exercícios de 1999 a 2002, no valor total de R\$ 10.213,22. Consta da descrição dos fatos que as notas fiscais foram anexadas ao processo, cujos documentos, vias/fisco, se encontram às fls. 09 a 20 dos autos.

2) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), no mês de abril/02, no valor de R\$ 370,00.

O autuado, às fls. 58 a 65, apresentou defesa transcrevendo inicialmente o disposto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96 e art. 2º, §3º, IV, do RICMS/97, alegando que os dispositivos tratam de presunção de omissão de receitas tributáveis, no entanto, sua atividade é de comércio varejista de produtos de padaria e confeitaria, e são considerados não tributáveis, já que têm como matéria-prima, em quase toda sua totalidade os insumos adquiridos com imposto pago por antecipação.

Teceu comentários em torno de sua atividade mercantil, alegando que as mercadorias por ele comercializadas têm saídas sem tributação, com base no que dispõe o art. 506, § 5º, I, “a” e “b” (vigência até fevereiro de 2001) e art. 506-B, I e II, (vigência a partir de março/01 – alteração 23) todos do RICMS/97. Informou, ainda, que os insumos para a fabricação dos seus produtos são: farinha de trigo, açúcar, margarina, creme vegetal, mistura de farinha de trigo, aditivos para panificação, embalagens e outros.

Argumentou que a presunção alegada pelo autuante é de que os insumos indicados nos documentos acostados ao processo foram adquiridos com receitas anteriormente omitidas, porém a presunção, neste caso, é contrária à aventada pelo autuante, já que só vende o que fabrica e a legislação do ICMS diz que sua saída já se encontra encerrada a fase de tributação, em função dos insumos utilizados cujo imposto foi pago por antecipação. Também asseverou que parte das mercadorias constantes nos documentos fiscais não diz respeito a insumos, e sim, material de uso

e consumo da empresa. Já as notas fiscais nºs 000337, 000444, 000341, 000549, 000545, 2376, 1374, 206751 e 206796, dizem respeito à aquisição de farinha de trigo e/ou mistura de farinha de trigo de fornecedores localizados neste Estado, que em função de o imposto já ter sido antecipado não constam destaques do ICMS nos documentos fiscais. Citou o § 4º do art. 93 do RICMS/97, que trata de crédito fiscal e o art. 356 do regulamento já citado que trata sobre antecipação tributária.

Afirmou que o autuante concedeu crédito do ICMS sobre a farinha de trigo adquirida pelo autuado, e que nos documentos fiscais não conta destaque do imposto.

Concluiu dizendo que se houveram saídas não contabilizadas, estas foram tributadas antecipadamente, e que houve falta de amparo legal do autuante para a concessão de crédito nas aquisições de farinha de trigo.

Requeru a improcedência deste item do Auto de Infração.

No tocante a infração 02, disse reconhecer a irregularidade e anexa cópia reprográfica de DAE de recolhimento do imposto.

O autuante, às fls. 73 a 75, informou que a infração 01 diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pela presunção legal de que as mercadorias não contabilizadas foram adquiridas com a utilização de receitas anteriormente omitidas e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto. Que à luz da legislação não tem relevância se as mercadorias adquiridas dizem respeito a produtos tributados, não tributados ou isentos.

Esclareceu não deixar dúvidas o que determina o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, que considera, dentre outras hipóteses, ocorrido o fato gerador a entrada de mercadorias não contabilizadas, facultando ao contribuinte a prova da improcedência da autuação. Que o autuado tentando desqualificar a autuação confessa que realmente omitiu receitas, quando revela: “pois se presume que a autuada comprou as mercadorias constantes dos documentos fiscais objeto desta lide com recursos oriundos de vendas sem emissão de documentos fiscais de pães, bolachas, e outros produtos de padaria”. Que nas normas regulamentares não estão enumeradas atividades ou mercadorias que sejam beneficiadas pela falta e a desobrigação da emissão de documentos fiscais ou autorize ao contribuinte a omitir saídas de mercadorias tributáveis ou não tributáveis.

Afirmou que o momento da ocorrência do fato gerador do imposto está caracterizado pela omissão de saídas de mercadorias, em decorrência da presunção legal de que as mercadorias não contabilizadas foram adquiridas com receitas anteriormente omitidas e a base de cálculo para a cobrança do imposto é sobre o valor das aquisições não contabilizadas, e não, sobre o tipo das mercadorias se tributadas ou não.

Asseverou que se equivocou o sujeito passivo ao afirmar que o autuante tivesse concedido crédito fiscal do ICMS sobre as aquisições de farinha de trigo, já que tal procedimento não foi visualizado no processo, tendo em vista ter sido aplicada a alíquota de 17% sobre as base de cálculos referente às mercadorias não contabilizadas, conforme se verifica do demonstrativo de fl. 8 dos autos, bem como dos documentos fiscais. Que o total das aquisições não contabilizadas foi de R\$ 60.077,75, que aplicada a alíquota de 17%, corresponde ao ICMS no valor de R\$ 10.213,22, o que demonstra não ter havido concessão de crédito fiscal.

Manteve a autuação, informando que o autuado reconheceu e recolheu o imposto exigido na infração 02.

A Inspetoria deu vistas de 10 dias ao autuado para ciência da informação fiscal, tendo, naquela oportunidade o autuado, às fls. 81 a 84, reafirmando seus argumentos iniciais. Disse não ter havido “raciocínio confuso” como afirmou o autuante e que sendo o produto “farinha de trigo” que corresponde a mais de 95% do insumo na fabricação de pães e bolachas, cujo imposto já foi

pago por antecipação, estaria sendo tributada duas vezes a mesma mercadoria. E, pelo fato de não comercializar mercadorias tributáveis não cabe a presunção de que as mercadorias não contabilizadas foram adquiridas com a omissão de receitas tributáveis.

Que a penalidade que deveria ser imposta ao caso em lide seria de R\$ 40,00, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97, por inexistir penalidade prevista na legislação ou, se considerando aquisição de mercadorias não tributáveis, a aplicação da multa de 1% do valor comercial, prevista no art. 915, XI, do RICMS/97.

Concluiu pela improcedência da autuação.

Esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado a ASTEC/CONSEF, para as seguintes providências:

- 1) Elaborar demonstrativo adequando às normas do SimBahia, ou seja, ao que determina os arts. 386-A e 387-A, os valores apurados no período de 01/05/99 a 31/10/00, já que no período acima citado o contribuinte autuado esteve enquadrado na condição de SimBahia Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, conforme histórico do contribuinte anexado ao processo.
- 2) Em relação ao período de 01/11/00 a 30/04/02, elaborar demonstrativo concedendo crédito fiscal de 8% conforme determina a Lei nº 8.534/02, no tocante a apuração do imposto pelo regime normal.
- 3) Elaborar, ao final, demonstrativo englobando os valores de imposto apurados com base nos itens 1 e 2 acima solicitados.
- 4) Verificar, ainda, *in loco*, se a empresa só comercializa produtos cujas saídas não têm mais incidência do imposto, conforme dispõe o art. 506, § 5º, I, “a” e “b” e art. 506-B, I e II, do RICMS/97.

Após cumprida a diligência acima solicitada, que o processo fosse encaminhado à INFAZ SERRINHA, a fim de que fosse dada vistas ao autuado, 10 (dez) dias, do resultado da revisão fiscal, devendo, naquela oportunidade, lhe ser entregue, mediante recibo, cópia da diligência e do resultado da revisão procedida pela ASTEC. Em seguida, fosse dada ciência ao autuante.

O auditor revisor, através da Assessoria Técnica deste CONSEF, atendendo ao solicitado por esta Junta, emitiu o Parecer nº 0269/2003 informando que não foi possível verificar, *in loco*, se a empresa só comercializa produtos não tributáveis, ou seja, com fase de tributação já encerrada, uma vez que encerrou suas atividades desde maio de 2003.

Refaz os cálculos do imposto devido, apurando um débito de R\$ 4.323,15, em relação ao primeiro item da autuação.

Foi dada ciência, via correios, ao autuado, não havendo manifestação nos autos.

VOTO

No processo consta a exigência de imposto por falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas e falta de recolhimento do ICMS relativo ao mês de abril/02, na condição de Microempresa enquadrada no regime simplificado de apuração (SimBahia).

Todo o questionamento do sujeito passivo se resume na afirmação de que os produtos por ele comercializados têm tributação antecipada e, por esta razão já se encontra encerrada a fase de tributação nas saídas e que dos documentos listados na autuação, parte deles diz respeito a aquisição de bens de consumo, descabendo, ao seu ver, a exigência do tributo por omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que dos documentos não contabilizados constam aquisições de farinha de trigo, margarina, extrato de tomate, molho de tomate, molho tomate pizza, sabonete phebo, copos descartáveis, creme vegetal, bentamix pão francês e kit bentamix panetone. Os documentos fiscais foram colhidos junto ao Sistema CFAMT, dizem respeito as vias pertencentes ao Fisco e indicam como adquirentes das mercadorias o contribuinte autuado.

Foi solicitada diligência, *in loco*, para verificação quanto a alegação do autuado de que só comercializa produtos cujas saídas não têm mais incidência do imposto, conforme dispõe o art. 506, § 5º, I, “a” e “b”, do RICMS/97 (em vigor até 28/01/01) e art. 506-C, § 6º, do RICMS/97. No entanto, o revisor ficou impossibilitado de tal constatação por não mais estar o estabelecimento em funcionamento. Assim, analisando apenas as aquisições realizadas pelo sujeito passivo e que foram objeto da exigência do tributo, o que evidencio é que o autuado também comercializa produtos tributados pelo regime normal de apuração, fato que confirma a presunção de omissão de receitas tributáveis pelo não registro nas escritas do contribuinte.

Ressalto, que na presente situação, o imposto exigido não diz respeito às mercadorias, objeto das entradas omitidas, já que o valor das omissões de entradas constitui indicação de realização de operações de saídas de mercadorias anteriormente realizadas, efetuadas sem a emissão de documentação fiscal e, com os recursos daquelas vendas o contribuinte efetuou o pagamento das entradas não declaradas. Tal situação tem como previsão legal o disposto no § 4º do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Também, considerando que o autuado estava inscrito na condição de Microempresa (SimBahia), foi solicitado que o revisor adequasse a exigência do tributo às normas vigentes à época dos fatos, já que até 31/10/2000, não havia previsão legal para exigência de imposto pelo regime normal de apuração, nos casos de omissão de saídas detectadas em trabalhos de fiscalização direcionados a contribuintes com regime de apuração simplificado – SimBahia. Passando a vigor tal exigência a partir de 01/11/00, com a alteração do art. 408-L, inciso V, do RICMS/97, através do Decreto nº 7.867/00.

Do período de 01/05/99 a 31/10/00, foi solicitado que o revisor elaborasse demonstrativo adequando às normas do SimBahia, ao que determina o art. 386-A, do RICMS/97 (período em que o autuado se encontrada na condição de Microempresa) e 387-A do citado regulamento (período em que o autuado se encontrava na condição de Empresa de Pequeno Porte). E em relação ao período a partir de 01/11/00, fosse elaborado demonstrativo concedendo crédito fiscal de 8%, com base no que determina a Lei nº 8.534/02, no tocante a apuração do imposto pelo regime normal. Tendo sido atendido conforme demonstrativos às fls. 147 a 149, e demonstrativo de débito à fl. 92 dos autos, reduzindo o valor do débito do item 01 da acusação fiscal de R\$ 10.213,22 para R\$ 4.323,15.

Observo que só descaberia a exigência do imposto por presunção de omissão de saída, com base no que dispõe o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, caso ficasse provado que, efetivamente, o autuado só comercializa produtos isentos, não tributados ou com fase de tributação encerrada, o que não ficou evidenciado nos autos. Assim, mantenho parcialmente a infração para exigir o pagamento do imposto apurado através da revisão procedida pela ASTEC/CONSEF, conforme abaixo demonstrado:

| Data vencimento | ICMS a recolher | % multa |
|-----------------|-----------------|---------|
| 09/06/99 | 30,98 | 50% |
| 09/07/99 | 18,17 | 50% |
| 09/08/99 | 19,80 | 50% |
| 09/09/99 | 19,36 | 50% |
| 09/10/99 | 20,63 | 50% |
| 09/11/99 | 89,87 | 50% |
| 09/12/99 | 57,36 | 50% |
| 09/01/00 | 25,11 | 50% |
| 09/02/00 | 41,07 | 50% |
| 09/12/00 | 1.890,00 | 70% |
| 09/10/01 | 19,75 | 70% |
| 09/01/02 | 62,95 | 70% |
| 09/05/02 | 19,66 | 70% |
| 09/01/03 | 2.008,44 | 70% |
| TOTAL | 4.323,15 | - |

O valor do débito remanescente para o primeiro item da autuação é de R\$ 4.323,15.

No tocante a infração 02, o autuado reconheceu a irregularidade apontada, anexando cópia reprográfica de DAE do recolhimento do imposto, após a ação fiscal, fl. 69 dos autos. Mantida a autuação, com a homologação da quantia já recolhida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0007/03-6**, lavrado contra **PANIFICADORA TADEU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.693,15**, sendo: R\$ 322,35, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50% prevista no art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e, R\$ 4.000,80 , acrescido da multa de 70% e R\$ 370,00 acrescido da multa de 50%, ambas previstas no art. 42, III e I, “b” do mesmo Diploma Legal, e demais acréscimos moratórios, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA