

A. I. Nº - 100303.0017/03-3  
AUTUADO - JASIL COMÉRCIO DE PEÇAS PARA FOGÃO LTDA.  
AUTUANTE - MARGARET SAMPAIO BARBOSA LUCAS  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 15.04.04

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112/01-04

**EMENTA: ICMS.** 1. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS COM RECURSOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar suprimentos de Caixa de origem não comprovada. Como durante certo tempo o contribuinte esteve inscrito no regime normal de apuração do imposto e depois no SimBahia, o lançamento do tributo foi ajustado à legislação da época dos fatos, reduzindo-se o débito. 2. SIMBAHIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS, COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE E DEPOIS COMO MICROEMPRESA. Imputação não impugnada pelo sujeito passivo. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RETIDO. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NAS VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. Apesar de aparentemente, pela descrição dos fatos no Auto de Infração, se tratar de duas situações distintas, na verdade trata-se da falta de retenção de ICMS pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a não contribuintes. A legislação não manda que se faça a retenção de ICMS nas vendas a “não contribuintes”. O que a legislação prevê é que, nas vendas a “contribuintes não inscritos”, quando as mercadorias se destinarem a futuras operações, seja feita a retenção do imposto pelo vendedor. Na situação em exame, é indevida a autuação por duas razões. Primeira: no exercício de 1998, quando o autuado era inscrito no regime normal de apuração, não foi provado que as vendas tivessem sido feitas a contribuintes não inscritos para revenda. Segunda: nos demais exercícios, o autuado estava inscrito no SimBahia, ora como empresa de pequeno porte, ora como microempresa, sempre no segmento de comércio. O art. 393-A do RICMS/97 somente prevê a obrigação da retenção do imposto por parte de microempresa e

empresa de pequeno porte quando se tratar de empresas “que se dediquem à atividade industrial, quando produzirem mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária”. Assim, literalmente, o Regulamento somente atribui à microempresa ou empresa de pequeno porte a condição de substituto tributário se a empresa se dedica à atividade industrial e quando se tratar de mercadorias de produção própria, e mesmo assim se as mercadorias se encontrarem enquadradas no regime de substituição tributária. No presente caso, não é preenchido nenhum dos três requisitos, haja vista que o autuado não é empresa industrial, haja vista que apenas revende peças e acessórios de fogão, não estando as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. É indevida a autuação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/11/03, diz respeito aos seguintes fatos:

1. [falta de recolhimento de ICMS relativo a] “Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada”, sendo lançado o imposto no valor de R\$ 57.067,66, mais multa de 70%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos pelo sujeito passivo, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.287,83, com multa de 50%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos pelo sujeito passivo, na condição de microempresa enquadrada no SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 550,00, com multa de 50%;
4. recolhimento de ICMS efetuado a menos, relativamente a valores retidos de terceiros nas operações com mercadorias destinadas a não contribuintes, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.367,23, com multa de 60%;
5. falta de retenção de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a não contribuintes, sendo lançado imposto no valor de R\$ 13.887,33, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se requerendo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, alegando não haver nos autos qualquer demonstrativo que relacione quais os documentos que serviram de base para a presunção da autuante. Diz que houve ofensa ao art. 46 do RPAF/99, segundo o qual devem ser entregues ao sujeito passivo, no ato da intimação, cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fisco. Argumenta que, embora tenham sido anexadas aos autos cópias de documentos fiscais, a falta de um demonstrativo claro, que fosse fornecido ao autuado, impede que possa a empresa ter acesso aos verdadeiros elementos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração e caracterizaram a presunção de ilícito, havendo, por isso, cerceamento de defesa, implicando, ainda, falta de caracterização da infração.

Quanto aos fatos, a defesa reclama que a auditora procedeu aos ajustes com base na Orientação Normativa nº 1/02, mas esse ato foi revogado. Com relação aos itens 4º e 5º, a defesa sustenta que não há infração, haja vista que operações internas efetuadas a não contribuintes não demandam a necessidade de que se proceda à substituição tributária. Ressalta que não se trata de contribuintes não inscritos, e sim de não contribuintes, conforme consta no próprio Auto de Infração. Observa que não é feita no Auto qualquer alusão ao tipo da mercadoria comercializada, que justificasse ao menos a antecipação tributária propriamente dita. Assinala que inexiste substituição tributária na comercialização efetuada a não contribuintes.

Conclui pedindo a nulidade do Auto de Infração, ou, caso ultrapassada a preliminar, a procedência apenas parcial, dentre outros pleitos.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação dizendo discordar da preliminar suscitada, uma vez que no ato da ciência do lançamento foram discutidos e analisados os trabalhos desenvolvidos com um dos sócios da empresa, o Sr. Jaasiel Gomes Passos, e o mesmo recebeu cópias dos demonstrativos fiscais, conforme recibo à fl. 8 dos autos.

Relativamente aos fatos, a auditora diz que discorda da defesa no tocante ao item 1º, destacando que, conforme demonstrativos das fontes e das aplicações de recursos, a empresa no exercício de 1998 estava no regime normal de apuração; nos exercícios de 2001 e 2002, foram incluídas Notas Fiscais de entradas, apurando-se a “alíquota média” em consonância com a Orientação Normativa nº 1/02, já que naquele período a empresa estava enquadrada no regime de empresa de pequeno porte; no período de janeiro de 1999 a março de 2000, em que igualmente estava ela enquadrada no regime de empresa de pequeno porte, foram efetuadas inclusões e exclusões de pagamentos no movimento do Caixa, de acordo com os vencimentos das duplicatas; o mesmo critério foi seguido nos períodos de abril a dezembro de 2000 e de janeiro a setembro de 2003, quando a empresa fez opção pelo regime de microempresa. Quanto às vendas a não contribuinte, a auditora observa que a empresa, no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2002, emitiu várias Notas Fiscais de vendas que estão relacionadas no Registro de Saídas e foram apresentadas à fiscalização, nas quais é feita a indicação do número do CIC dos compradores.

Conclui opinando pela manutenção integral do lançamento.

Os autos foram submetidos à apreciação desta Junta na pauta suplementar do dia 15/3/04, ficando decidido que o processo se encontrava em condições de ser julgado.

## VOTO

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa. De acordo com o que consta à fl. 8, cópias dos demonstrativos foram entregues ao sujeito passivo.

Passo ao exame do mérito.

O 1º tópico do Auto de Infração cuida do lançamento de ICMS devido por omissão de saídas de mercadorias apurada através de suprimento de Caixa de origem não comprovada. A defesa não negou o fato; apenas discutiu a forma de apuração do imposto, reclamando que a auditora seguiu o procedimento da Orientação Normativa nº 1/02 do Comitê Tributário, ato este que se encontra revogado.

Realmente, é inaplicável a Orientação Normativa nº 1 do Comitê Tributário, após a alteração introduzida no art. 19 da Lei nº 7.357/98 pela Lei nº 8.534/02, pois o ajuste do débito apurado deve

ser feito mediante o abatimento do crédito presumido de 8% calculado sobre o valor das saídas de mercadorias.

De acordo com o que foi dito pela auditora na informação prestada, a empresa no exercício de 1998 estava no regime normal de apuração; no período de janeiro de 1999 a março de 2000, passou a ser empresa de pequeno porte do SimBahia; de abril a dezembro de 2000, foi enquadrada como microempresa; nos exercícios de 2001 e 2002, voltou a figurar como empresa de pequeno porte; de janeiro a setembro de 2003, retornou ao sistema de microempresa.

Assim sendo, no caso do item 1º, o débito do exercício de 1998 permanece tal como foi apurado pela autuante, com aplicação da alíquota de 17% sobre os suprimentos de Caixa de origem não comprovada, pois naquele exercício a empresa era inscrita no regime normal de apuração. Já no tocante aos exercícios de 2001 e 2002 (fls. 84 e 100, respectivamente), deve-se abater do débito levantado o crédito presumido de 8% sobre o valor das saídas de mercadorias, em atenção ao art. 19 da Lei nº 7.357/98, modificado pela Lei nº 8.534/02 (2001: 8% sobre R\$ 108.209,92 = R\$ 8.656,79; 2002: 8% sobre R\$ 153.968,68 = R\$ 12.317,49).

A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar suprimentos de Caixa de origem não comprovada.

O Demonstrativo de Débito do 1º item deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

1. exercício de 1998: R\$ 15.312,16;
2. exercício de 2001 (fl. 84): R\$ 18.395,69 – R\$ 8.656,79 = R\$ 9.738,90;
3. exercício de 2002 (fl. 100): R\$ 26.174,68 – R\$ 12.317,49 = R\$ 13.857,19.

Os itens 2º e 3º não foram impugnados pelo sujeito passivo. Os débitos foram calculados de acordo com os arts. 386-A e 387-A do RICMS/97.

Quanto aos itens 4º e 5º, apesar de aparentemente, pela descrição dos fatos no Auto de Infração, cuidarem de duas coisas distintas, na verdade se referem à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a não contribuintes (*sic*).

A legislação não manda que se faça a retenção de ICMS nas vendas a “não contribuintes”. O que a legislação prevê é que, nas vendas a “contribuintes não inscritos”, quando as mercadorias se destinarem a futuras operações, seja feita a retenção do imposto pelo vendedor. Ao prestar a informação fiscal, a auditora diz que nas Notas Fiscais é feita a indicação do número do CIC dos compradores.

Na situação em exame, é indevida a autuação de que cuidam os itens 4º e 5º, por duas razões, uma fática, outra jurídica. Razão fática: no exercício de 1998, quando o autuado era inscrito no regime normal de apuração, não foi provado que as vendas tivessem sido feitas a contribuintes não inscritos para revenda. Razão jurídica: nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, o autuado esteve inscrito no SimBahia, ora como empresa de pequeno porte, ora como microempresa, sempre no segmento de comércio. O art. 393-A do RICMS/97 somente prevê a obrigação da retenção do imposto por parte de microempresa e empresa de pequeno porte quando se tratar de empresas “que se dediquem à atividade industrial, quando produzirem mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária”. Note-se que, literalmente, o Regulamento somente atribui à microempresa ou empresa de pequeno porte a condição de substituto tributário quando, primeiro,

a empresa se dedicar à atividade industrial, segundo, quando se tratar de mercadorias de produção própria, e terceiro, quando as mercadorias se encontrarem enquadradas no regime de substituição tributária. No presente caso, não é preenchido nenhum dos três requisitos, pois o autuado não é empresa industrial, haja vista que apenas revende peças e acessórios de fogão, não estando as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Reitero que é indevida a autuação de que cuidam os itens 4º e 5º do Auto de Infração.

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 100303.0017/03-3, lavrado contra **JASIL COMÉRCIO DE PEÇAS PARA FOGÃO LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 41.746,08**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 2.837,83 e de 70% sobre R\$ 38.908,25, previstas no art. 42, I, “b”, 3, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA