

A. I. Nº - 232953.0004/03-6
AUTUADO - RESTAURANTE MUNDO DO BACALHAU LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ BENTO CORREIA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 20.04.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114/01-04

EMENTA. ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO NA DME. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível a identificação de aquisição de mercadorias através de notas fiscais colhidas nos postos fiscais de trânsito, sem que tenha o autuado informado sua aquisição através da DME. Previsão legal para exigência do imposto pelo regime normal de apuração a partir de 01/11/00. Refeitos os cálculos, adequando-os, ao que determina a legislação tributária, com base nos critérios previstos para tal situação, foi reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que as mercadorias arroladas nos documentos fiscais que foram colhidos nos postos fiscais, vias do Fisco, estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2003, exige imposto no valor de R\$ 36.080,19, pelas seguintes irregularidades:

- 1) Falta de recolhimento de imposto por omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. O não registro das notas fiscais referente a essa infração é comprovado com a ausência de qualquer valor nas DMES dos exercícios de 2000 e 2001, no campo “Aquisições em outras unidades da Federação”. Foi concedido o crédito presumido de 8%, por se tratar de empresa do SimBahia. Imposto no valor de R\$ 27.157,12, com multa de 70%;
- 2) deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88, no valor de R\$ 8.923,07, com multa de 60%.

O autuado, às fls. 114 a 116, apresentou defesa alegando que estava inscrito na condição de regime simplificado SimBahia, tendo passado a sua condição de empresa regime normal de

tributação, a partir de maio/02. Assim, no período em que estava na condição de SimBahia cumpriu suas obrigações fiscais, principais e acessórias, tendo efetuado os recolhimentos dos tributos como determinado pelo RICMS. Que o autuante retroagindo à época em questão, ignorou sua condição de regime SimBahia e que consta na Inspetoria os seus controles e registros, o lançamento dos valores do ICMS recolhido.

Argumentou ser injusta a imputação da infração, primeiramente porque o autuado desconheceu sua condição de regime SimBahia, dando-lhe tratamento de empresa “Normal” e, segundo, por desconsiderar os recolhimentos efetuados, no mesmo período e, em terceiro lugar, por tentar transformar em obrigação principal o fato de haver constatado divergências nas informações prestadas através das DMEs, que é uma obrigação acessória, com lapso possível e admissível, diante do qual, à luz da legislação, tanto pode o contribuinte, espontaneamente, emitir e entregar na Repartição uma ou quantas “declarações retificadoras” sejam necessárias, ou por seu turno, a Administração Fazendária, no resultado de sua ação fiscal, orientar, notificar ou, ainda, intimar o contribuinte a apresentar nova DME com as devidas retificações.

Quanto ao segundo item, argumentou que o autuante deu semelhante tratamento fiscal como aconteceu com a infração 1. Que no documento intitulado “relatório das notas fiscais” dos exercícios de 2000 e 2001, não existe informação sobre o critério adotado para a realização dos cálculos através dos quais está sendo cobrado o imposto. Que na maioria dos casos, os cálculos se mostram superiores aos valores das mercadorias, dificultando, inclusive, a aferição das reais bases de cálculos e valores dos impostos indicados nos relatórios e demonstrativo de débito. Assim, entendeu serem esses fatos merecedores de revisão fiscal.

Requeru a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, à fl. 132, informou que o autuado tentou invalidar as informações por ele prestadas através de DMEs, alegando a sua condição de SimBahia. Afirmou não se justificar a argumentação de lapso quanto às informações prestadas através da DME, uma vez que já se passaram dois anos, tempo suficiente para retificá-la e não o fez.

Quanto a infração 2, o defensor adquiriu em outro Estado vários tipos de vinhos e, mesmo na condição de microempresa, está obrigado a fazer a antecipação do ICMS, que as notas fiscais que motivaram a autuação foram colhidas mediante sistema CFAMT.

Manteve a autuação.

Esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado a ASTEC/CONSEF a fim de que auditor fiscal revisor refizesse os cálculos do imposto apurado no item 01 do Auto de Infração, excluindo as parcelas relativas as aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que foram objeto de exigência de imposto por antecipação no item 2 da autuação, e que fosse adequada às normas do regime simplificado de apuração – SimBahia, as omissões apuradas até o dia 31/10/00, considerando o que dispõe o art. 408-S combinado com o art. 408-L, V, do RICMS/97. Em seguida, fosse dado vistas ao autuado e autuante.

Mediante Parecer ASTEC nº 0278/2003, o revisor fiscal esclareceu ter efetuado três intimações solicitando do autuado os documentos fiscais, no entanto, as notas fiscais de compras não foram apresentadas sob a alegação de que teriam sido perdidas. Deixou de realizar o ajuste para o regime simplificado.

Em relação ao item 02, informou que foram excluídas da infração 01, as notas fiscais com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, levando o resultado para o demonstrativo de débito.

Concluiu dizendo que a infração 01 passou para R\$ 26.277,72.

O autuado, ao ser cientificado do resultado da revisão fiscal, se pronunciou discordando do teor do parecer da ASTEC quanto ao não ajuste para o regime do SimBahia, relativo ao período fiscalizado. Que salvo engano, as notas fiscais foram dispensadas da apresentação pelo revisor, tendo a empresa apresentado o demonstrativo de compras e vendas daquele período. Ratificou os termos da defesa.

Foi dada ciência do autuante, que não se pronunciou nos autos.

VOTO

Preliminarmente rejeito os argumentos de nulidade levantados pelo sujeito passivo, haja vista que os demonstrativos que fazem parte do presente processo, às fls. 8 a 12, evidenciam com clareza a forma como o autuante procedeu ao cálculo para determinação do valor do imposto exigido em relação às infrações 01 e 02 do Auto de Infração, uma vez que teve acesso a todos os documentos, fato provado com a anexação de cópias reprográficas dos mesmos quando da sua impugnação. Assim, não vislumbro nos autos nenhum dos elementos previstos no art. 18, IV, do RPAF/99, que pudessem dar causa a nulidade pretendida pelo impugnante.

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que no Auto de Infração foi identificada a omissão de informação, através das DMEs, dos exercícios de 2000 e 2001, de aquisições de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação, tendo sido exigido o imposto, na condição de contribuinte regime normal de apuração, uma vez que no período em questão o autuado estava inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte – SimBahia, com regime simplificado de apuração.

O autuante anexou ao processo as vias dos documentos fiscais (3^a ou 4^a vias destinadas ao Fisco), que foram colhidas nos postos fiscais de trânsito.

O impugnante não negou ter adquiridos as mercadorias, cujos documentos foram anexados às fls. 15 a 44 e 46 a 110 dos autos, apenas protestou quanto à aplicabilidade da alíquota de 17%, sob o fundamento de possuir regime de tributação simplificada e não ter sido observada a sua condição de SimBahia, nem o fato de que poderia, mediante retificação das informações apresentadas através das DMEs, ser corrigido o erro por ele cometido.

Razão não assiste ao sujeito passivo quanto à adoção do regime normal de apuração, uma vez que a falta de informação de parte das aquisições de mercadorias para comercialização, identificada pela Fiscalização mediante o confronto entre as informações prestadas pelo autuado através da DME – Declaração de Movimento Econômico Fiscal, obrigatória para as empresas com regime simplificado de apuração – SimBahia e os documentos fiscais, tanto os apresentados pelo autuado, como os colhidos junto aos postos fiscais de trânsito, presume-se que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos efetuou o pagamento das compras de mercadorias não informadas através das DMEs. Tal situação tem como previsão legal o disposto no §4º do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Assim, o fato de se tratar de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte – SimBahia, em nada altera o lançamento tributário quanto a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, em relação às omissões apuradas, vez que o art. 408-L, inciso V, do RICMS/97, foi modificado mediante alteração 20, (Decreto nº 7.867/00) efeitos a partir de 01/11/00, passando a ter a seguinte redação:

Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime de apuração do ICMS (Simbahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações que tratam os incisos III, IV e a alínea “c” do inciso V, do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Para confirmar o lançamento tributário, o autuante anexou as vias dos documentos fiscais colhidos nos postos fiscais do trânsito, bem como juntou cópia das DMEs demonstrando que o autuado omitiu as informações quanto àquelas aquisições, já que o autuado estava desobrigado a proceder a escrituração dos livros fiscais (registros de Saídas, Entradas e Apuração)

No entanto, considerando que a citada infração alcançou período em que a legislação tributária deste Estado não previa a exigência do imposto pelo regime normal de tributação, foi solicitada diligência a ASTEC/CONSEF, a fim de proceder a retificação, apurando até o período de 31/10/00 o imposto devido pelo regime simplificado de apuração, conforme determina o art. 387-A do RICMS/97. Foi solicitado, ainda, que fosse excluído do levantamento os valores correspondentes às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por ter sido objeto de exigência de imposto por antecipação na infração 02.

O revisor fiscal da Assessoria Técnica, mediante parecer ASTEC nº 0278/2003, informou não ser possível efetuar os cálculos do imposto relativo ao período em que não poderia ser exigido o imposto pelo regime normal, sob o fundamento de que o sujeito passivo argumentou ter perdido as notas fiscais, o que o impossibilitou de atender ao solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal. Esclareceu, ainda, que foram excluídos do item 01 os valores que tiveram como base as aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, oriundas de outras unidades da Federação, indicadas nos documentos fiscais nºs 29845, 30360, 31207, 31595, 153536, 34185, 44195, 46989 e 47284, por terem sido objeto da exigência do imposto no item 02 da autuação.

Quanto ao período de junho a outubro de 2000, não se pode exigir o imposto pelo regime normal de tributação, por falta de previsão legal. A disposição regulamentar para exigência do imposto pelo regime normal, nesses casos, passou a vigor a partir de 01/11/00. No entanto, como não foi possível se determinar o valor do imposto devido pelo regime simplificado, ou seja, com base no previsto no art. 387-A do RICMS/97, concluo ser inviável a exigência do imposto apontado nos meses de junho/00 a outubro/00, no valor total de R\$ 2.264,28.

Dos demonstrativos anexados pelo autuante e do elaborado pelo revisor, constato que o revisor deixou de incluir, nas exclusões, algumas notas fiscais relativas às aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, do item 01 do Auto de Infração, ou seja, omitiu-se em relação aos documentos fiscais do período de junho a outubro de 2000 e, também, dos documentos fiscais nºs 24943, 26960, 28631, 29215, 37429, 39829, 164742, 40777, 165828, 42568, 42832 e 49059, do período de novembro de 2000 a novembro de 2001.

Assim, para identificação do valor efetivamente devido procedi também a exclusão dos valores abaixo relacionados, para determinação da quantia efetivamente devida, em relação a infração 01.

Nº Nota Fiscal	Mês/Ano	Valor a excluir do item 01
24943	Nov/00	22,41
26960	Dez/00	27,81
28631	Dez/00	20,25
29215	Jan/01	20,25
37429	Mai/01	19,85

39829	Jun/01	56,40
164742	Jul/01	30,24
40777	Jul/01	17,10
165828	Ago/01	23,65
42568	Ago/01	18,72
42832	Ago/01	17,10
49059	Nov/01	23,48

No período posterior a 31/10/00 o autuante observou o que determina a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, no tocante a dedução dos valores a título de crédito fiscal. Por esta nova redação, o imposto apurado em razão de omissão de saída de mercadorias, deve ser tomado como base os critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. E os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei).

O débito remanescente do item 01 do Auto de Infração passa a ser o abaixo demonstrado:

Vencimento	Valor do imposto devido	% multa
09/12/00	1.239,98	70%
09/01/01	1.232,37	70%
09/02/01	2.746,23	70%
09/03/01	864,61	70%
09/04/01	1.542,78	70%
09/05/01	1.946,61	70%
09/06/01	2.251,45	70%
09/07/01	1.484,78	70%
09/08/01	2.822,54	70%
09/09/01	2.119,16	70%
09/10/01	2.258,91	70%
09/12/01	1.071,00	70%
09/01/02	2.135,76	70%
TOTAL	23.716,18	-

No tocante a infração 02 foi exigida antecipação tributária pelas aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias (vinhos enriquecidos com álcool) enquadradas no regime de Substituição Tributária. O RICMS/97, no seu art. 353, II, item 2, sub-item 2.1, do RICMS/96 estabelece a obrigatoriedade quanto a antecipação do imposto relativo à operação subsequente a ser realizada pelo adquirente neste Estado, já o art. 371, I, do citado regulamento prevê que não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem a responsabilidade pelo pagamento do imposto por antecipação é atribuída ao adquirente, definindo, inclusive, que o prazo é o previsto no inciso I do art. 125 do mesmo Diploma Legal.

Assim, o fato de o autuado, à época da ocorrência dos fatos estar inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte – SimBahia, não o desobrigava da responsabilidade quanto ao pagamento de imposto por antecipação nas aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária quando adquiridas em outra unidade da Federação em que não haja convênio ou protocolo firmado com o Estado da Bahia, ou seja, a antecipação tributária independe da condição do regime de tributação.

Como o produto adquirido encontra-se listado dentre os arrolados na substituição tributária, e sua aquisição se deu no Estado de São Paulo, e, aliado ao fato de inexistir convênio ou protocolo firmado entre o Estado da Bahia e São Paulo, mantendo a exigência do item 02 da autuação, no valor de R\$ 8.923,07.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o imposto no total de R\$ 32.639,25.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232953.0004/03-6, lavrado contra **RESTAURANTE MUNDO DO BACALHAU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 32.639,25**, acrescido das multas de: 70% sobre o valor de R\$23.716,18 e 60% sobre o valor de R\$8.923,07, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e, demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA