

A. I. N ° - 269102.0034/04-3
AUTUADO - GUANAMBI COMERCIAL DE CEREAIS LTDA.
AUTUANTES - OSVALDO SÍLVIO GIACHERO
ORIGEM - INF AZ GUANAMBI
INTERNET - 27.09.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0337-01/05

EMENTA. ICMS. 1. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Realizada a adequação ao regime de tributação do autuado, em relação ao período de 01/01/1999 a 31/10/2000, nos percentuais previstos em lei, estabelecidos em função da sua faixa de faturamento. **Infração parcialmente caracterizada.** **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. **Infrações caracterizadas.** **3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração subsistente.** **4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Exigido o imposto em relação à diferença de saídas e realizada a adequação ao regime de tributação do autuado, de acordo com os percentuais previstos em lei, estabelecidos em função da sua faixa de faturamento. **Infração parcialmente caracterizada.** **b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for inferior ao das saídas, deve ser

exigido o imposto tomando-se por base o valor das saídas não declaradas. Concedido o crédito de 8% previsto em lei. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados nos meses de janeiro a março, junho, julho e novembro de 1999 e abril, junho, setembro, outubro e dezembro de 2000, exigindo ICMS no valor de R\$ 929,42;
02. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, nos meses de setembro de 1999 e janeiro, novembro e dezembro de 2000, exigindo ICMS no valor de R\$ 233,52;
03. Recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, no mês de janeiro de 1999, exigindo ICMS no valor de R\$ 98,74;
04. Recolhimento a menor de ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, nos meses de janeiro e fevereiro de 2000, exigindo ICMS no valor de R\$ 90,19;
05. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, referente ao exercício de 1999, exigindo ICMS no valor de R\$ 365,41;
06. Falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2000, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, exigindo ICMS no valor de R\$ 272,64.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 145 a 151), na qual afirmou que está enquadrado como empresa de pequeno porte, o que lhe confere o direito de pagar o imposto com base na alíquota de 2,5%, prevista no art. 7º e seguintes da Lei nº 7.357/98. Alegou que a regra utilizada pelo autuante, aplicando a alíquota de 17%, só teve eficácia a partir de 14/12/2002, conforme estabelece a Lei nº 8.534/02, e que o mesmo estaria ainda obrigado a deduzir o crédito tributário equivalente a 8% da base de cálculo.

Citou os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da verdade real, transcreveu o art. 6º da LICC, o art. 5º, II da CF/88 e doutrina de Hely Lopes Meirelles e Júlio F. Mirabete, anexou demonstrativo dos valores que entende devido (fls. 153 e 154), protestou provar o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, notadamente pela juntada de novos documentos, aditamento da impugnação e perícia, e requereu a procedência parcial da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 164), afirmou que a defesa não se direcionou a nenhuma das infrações, questionando o tratamento tributário adotado por se tratar de empresa de pequeno porte. Informou que tal circunstância ocorreu nas Infrações 01, 05 e 06, sendo que a redação original do art. 19 da Lei nº 7.357/98 já previa a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais quando constatadas as situações descritas no art. 15, V do mesmo diploma legal, o qual transcreveu, e que o art. 915, III do RICMS/97 impõe multa de 70% sobre o valor do imposto se apurada a prática de atos fraudulentos, tais como pagamentos não contabilizados e omissão de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoque.

Alegou que, embora a defesa rejeite a aplicação da Lei nº 8.535/02 [8.534/02] por se tratar de vigência posterior aos exercícios auditados, esta retroage para beneficiar o autuado, autorizando o crédito tributário de 8% sobre as cobranças em empresas adepts do SIMBAHIA, como forma de compensação do crédito preterido quando da adoção do regime. Requereu que o CONSEF acate as cobranças das Infrações 01, 05 e 06, concedendo o crédito de 8%, reduzindo os valores para R\$ 492,06, R\$ 193,46 e R\$ 144,34, conforme cálculos que apresentou, e a manutenção das Infrações 02, 03 e 04, tendo em vista que a defesa não teceu comentários sobre as mesmas.

O autuado, em nova manifestação (fls. 166 e 167), disse que era salutar a atitude do autuante em reconhecer o crédito em seu favor, mas que o mesmo se equivocou na aplicação da norma tributária, pois a lei não pode retroagir para prejudicar, sendo desnecessário repetir os argumentos da defesa, posto que a matéria é pacífica, inclusive com jurisprudência sedimentada. Ratificou a defesa em todos os seus termos e protestou pela improcedência da autuação.

Em pauta suplementar, esta 1ª JF deliberou que o processo fosse encaminhado à CONSEF/ASTEC (fl. 173), para que fossem elaborados demonstrativos de forma a adequar as Infrações 01, 05 e 06 ao regime de tributação do autuado, em relação ao período de 01/01/1999 a 31/10/2000, nos percentuais previstos em lei, estabelecidos em função da sua faixa de faturamento.

Após a diligência, deveria ser entregue ao autuado, mediante recibo específico, cópia dos demonstrativos e levantamentos realizados. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado do prazo de 10 dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da revisão fiscal. Se houvesse manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante para que também se manifestasse.

O diligente, mediante o Parecer ASTEC nº 66/2005 (fls. 176 a 178), afirmou que efetuou as inclusões apuradas pelo autuante, não resultando em mudança da faixa de enquadramento do autuado no Regime SIMBAHIA. Disse que as diferenças de imposto a recolher referente aos meses 01 e 02/2000 não afetaram a Infração 01, pois já foram objeto da Infração 04, e que a Infração 06 tem incidência no mês 12/2000, tendo aplicado a alíquota de 17%, com dedução de 8%, conforme a legislação aplicável. Quanto à Infração 05, alegou que esta restou reduzida para o valor de R\$ 42,57 e que o valor total do imposto relativo às Infrações 01, 05 e 06 passou de R\$ 1.567,46 para R\$ 269,93, conforme demonstrativos que anexou.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao autuado as infrações de falta de recolhimento do imposto e do seu recolhimento a menos, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, bem como pela diferença tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, exigindo o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, além de recolhimento a menos do imposto na condição de empresa de pequeno porte e omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante a existência pagamentos não registrados.

O autuado, em sua peça defensiva, afirmou que está enquadrado como empresa de pequeno porte, o que lhe confere o direito de pagar o imposto com base na alíquota de 2,5%, prevista no art. 7º e seguintes da Lei nº 7.357/98. Alegou que a regra utilizada pelo autuante, aplicando a alíquota de 17%, só teve eficácia a partir de 14/12/2002, conforme estabelece a Lei nº 8.534/02, e que o mesmo estaria ainda obrigado a deduzir o crédito tributário equivalente a 8% da base de cálculo.

Na Infração 01, o autuado é acusado de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada mediante a existência de pagamentos não registrados, autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, com base no disposto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu no caso em tela.

Contudo, o imposto foi calculado com base no regime normal de apuração, o que só poderia ser efetuado a partir de 01/11/2000, quando as infrações previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, foram consideradas de natureza grave pelo Decreto nº 7.867/00, devendo ainda ser concedido o crédito de 8% previsto no art. 19, §1º, da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, aplicada segundo os princípios da retroatividade benigna e da hierarquia das leis.

Desta forma, foi determinada a realização de diligência para adequação das Infrações 01, 05 e 06 ao regime de tributação do autuado, sendo que, em relação ao período de 01/01/1999 a 31/10/2000, deveriam ser utilizados os percentuais previstos em lei, estabelecidos em função da sua faixa de faturamento, e, a partir desta data, ser concedido o referido crédito de 8%.

Assim, o valor da Infração 01 deve ser reduzido para R\$ 104,78, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Valor Original Auto de Infração	Valor Devido
29/01/1999	107,36	12,50
03/02/1999	24,57	2,86
31/03/1999	41,48	4,83
14/06/1999	74,69	8,70
20/07/1999	286,37	-
21/11/1999	152,80	17,79
25/04/2000	81,96	11,81
01/06/2000	65,48	9,63
06/09/2000	23,46	3,45
30/10/2000	11,78	1,73
10/12/2000	59,47	31,48
Valor Total da Infração 01	929,42	104,78

No tocante às Infrações 02 e 03, que tratam, respectivamente, da falta do recolhimento do imposto e do seu recolhimento a menos, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, verifico que estão devidamente demonstradas nos autos.

Ressalto que a adoção do Regime SIMBAHIA pelo autuado não o dispensa do pagamento do imposto relativo à antecipação tributária, conforme estabelece o art. 391-A do RICMS/97. Portanto, entendo que as Infrações 02 e 03 são subsistentes.

Na Infração 04, é exigido o imposto recolhido a menos, na condição de empresa de pequeno porte, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, tendo sido os valores ratificados por ocasião da realização da diligência. Assim, entendo que a infração está caracterizada.

Quanto à Infração 05, entendo que não pode ser exigido o imposto com base em presunção, pois esta já foi exigida em relação ao mesmo exercício de 1999 na Infração 01, no valor de R\$ 46,68, superior ao valor apurado na diligência de R\$ 42,57.

Entretanto, como a infração está demonstrada nos autos e se refere à apuração de diferença tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, deve ser exigido o imposto referente à diferença das saídas, no valor de R\$ 39,50, com base na alíquota de 2%, conforme demonstrativo abaixo:

Produto	Omissão de Saídas	Preço Médio	Base de Cálculo	Alíquota	ICMS Calculado	Incentivo ao Emprego (1%)	ICMS Devido
Nutrivita Fd. 15 kg	150,00	7,00	1.050,00	2%	21,00	0,21	20,79
Vitabem Fd. 15 kg	135,00	7,00	945,00	2%	18,90	0,19	18,71
Valor Total Devido na Infração 05							39,50

A Infração 06 também se refere à apuração de diferença tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, só que no exercício de 2000, sendo exigido o imposto relativo à diferença das saídas, por ter maior expressão monetária. A infração também está demonstrada nos autos, mas não foi concedido o crédito de 8% previsto em lei, já que o lançamento da infração é efetuado no último dia do exercício, correção que foi realizada na diligência. Desta forma, entendo que a infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 144,34.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Valor do Imposto	Multa	Observação
1	Diversos	Diversos	104,78	70%	Parcialmente subsistente
2	Diversos	Diversos	233,52	60%	Subsistente
3	31/1/1999	9/2/1999	98,74	60%	Subsistente
4	Diversos	Diversos	90,19	50%	Subsistente
5	31/12/1999	9/1/2000	39,50	70%	Parcialmente subsistente
6	31/12/2000	9/1/2001	144,34	70%	Parcialmente subsistente
Total			711,07	-	Parcialmente subsistente

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 **269102.0034/04-3**, lavrado contra **GUANAMBI COMERCIAL DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 711,07**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 90,19, 60% sobre R\$ 332,26 e 70% sobre R\$ 288,62, previstas no art. 42, I, “b”, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR