

A. I. Nº - 156896.0061/06-8
AUTUADO - NUTRISOL ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DALMÁRIO SILVA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 05.10.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0286/02-07

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. **a)** REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Infração caracterizada. **b)** REGIME DO SIMBAHIA. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. **b.1)** MICROEMPRESA. **b.2)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infrações caracterizadas, diante das provas documentais constantes do processo. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS. A constatação de diferenças de entradas omitidas maiores que a de saídas através de auditoria de estoques, impõe a exigência do imposto sobre 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. Metodologia de cálculo com base no regime normal. Dada a condição do estabelecimento no SIMBAHIA, o débito foi reduzido em virtude da falta de concessão, na apuração do débito, do crédito fiscal estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02. **b)** OMISSÃO DE SAÍDAS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2006, reclama o valor de R\$499.691,56, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.230,00, nos meses de setembro e outubro de 2001, julho a setembro de 2002, maio de 2003, a maio de 2004, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), conforme demonstrativos às fls. 27 a 30.
2. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$69.344,09, nos meses de novembro e dezembro de 2001, outubro a dezembro de 2002, junho a dezembro de 2003, junho a outubro de 2004, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), conforme demonstrativos às fls. 27 a 30.
3. Falta de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$17.960,25, por antecipação ou substituição tributária, nos meses de dezembro de 2001, dezembro de 2002, dezembro de 2003 e dezembro de 2004, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, conforme demonstrativos às fls. 31 a 44.
4. Falta de retenção e de recolhimento de ICMS, no valor de R\$152,05, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativa aos exercícios de 2001 a 2003, conforme demonstrativos às fls.45 a 98.
5. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$220.265,55, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias relativas aos exercícios de 2001 a 2005, conforme demonstrativos às fls.45 a 132.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$27.719,05, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente aos exercícios de 2001 a 2005, conforme demonstrativos às fls. 45 a 49, e 117 a 132.
7. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, no valor de R\$163.020,57, referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro de 2004 a setembro de 2005, conforme livro RAICMS às fls. 133 a 342.

Foi expedida intimação pela repartição fazendária, para o endereço da empresa à Rua Lima e Silva, 22-A, sala 204, dando ciência do auto de infração, porém o autuado não foi localizado pelos Correios. Em 01/02/2007 foi intimada a sócia Jaciara Amorim Santana, Rua Lima e Silva, 195, aptº 301, conforme documentos às fls.345 e 345 (intimação e AR dos Correios).

Em 01/03/2007, através do Processo nº 034283/2007-0 (fls.347 a 348), o autuado, por sua procuradora legalmente constituída, apresenta defesa alegando que as vendas realizadas pela empresa foram destinadas à Prefeitura do Estado de Pernambuco, e que conforme o RICMS/BA, em tais operações deve ser aplicada a alíquota de 12% ao invés de 17% conforme procedeu a fiscalização. Pede a improcedência da ação fiscal e a revisão dos cálculos.

Na informação fiscal à fl. 354, o autuante contestou o argumento defensivo transcrevendo o artigo 50, I, “b”, do RICMS/97, que estabelece que a alíquota nas operações ou prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto é de 17%. Manteve integralmente seu procedimento fiscal.

Na fase de instrução visando incluir o presente PAF em pauta de julgamentos, foi observado que o processo necessitava de ser baixado em diligência à Infaz de origem, pois se apresentava com alguns vícios que precisavam ser sanados, quais sejam:

1. Não constava nos autos a comprovação de que tivessem sido entregues cópias dos levantamentos e demonstrativos de apuração do débito das infrações;
2. O Termo de Início à fl. 09 não estava assinado pelo autuante, não constava o ciente do contribuinte, e não havia prova no processo de que o mesmo tivesse sido lavrado no RUDFTO;
3. Foram apreendidas as notas fiscais originais às fls. 165 a 342, sem a lavratura do Termo de Apreensão de Documentos, conforme preceitua o § 4º, do art.911, combinado com o art.940, inciso VIII, e art.943, do RICMS/97, e sem qualquer esclarecimento do motivo para a apreensão das citadas notas fiscais.

Comprida a diligência, foi esclarecido pelo autuante que assinou o Termo de Início de Fiscalização à fl. 09, e que entregou ao autuado os originais das notas fiscais substituindo-as por photocópias. Diz que deixa de apresentar o Termo de Apreensão solicitado pelo órgão julgador, por ter sido este lavrado pela fiscalização de trânsito de mercadorias.

Conforme intimação e AR dos Correios às fls. 364 a 365, foram entregues ao autuado os documentos às fls. 27 a 132, e 358 a 360, com a reabertura do prazo de defesa por (30) trinta dias, tendo o autuado se manifestado à fl. 368 reiterando os termos de sua defesa inicial e requerendo a revisão dos cálculos dos débitos lançados no auto de infração.

VOTO

Inicialmente, com fulcro no art. 147, I, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo sujeito passivo para a revisão dos cálculos, por considerar que o processo contém todos os elementos necessários para a minha convicção acerca da lide.

Na análise das peças processuais, observo que todas as infrações estão descritas com clareza e estão devidamente acompanhadas de demonstrativos e levantamentos, nos quais, encontram-se especificados todos os documentos que originaram cada valor, e indicado o período e o valor do débito de cada período, quais sejam:

Infração 01 – Recolhimento a menor do ICMS na condição de Microempresa – SIMBAHIA - “PLANILHA DE CÁLCULO PARA RECOLHIMENTO DO ICMS DE EMPRESAS SIMBAHIA”, fls. 27 a 30.

Infração 02 – Falta de ICMS na condição de Microempresa – SIMBAHIA - “PLANILHA DE CÁLCULO PARA RECOLHIMENTO DO ICMS DE EMPRESAS SIMBAHIA”, fls. 27 a 30.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação referente às aquisições interestaduais de mercadorias - “DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA” e “RESUMO MENSAL DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, fls. 31 a 44.

Infrações 04, 05 e 06 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e omissão de saídas de mercadorias, presunção legal, referente a entradas não contabilizadas, respectivamente, “LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DAS ENTRADAS”; “LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DAS SAÍDAS”;

DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO PREÇO MÉDIO”, “DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES”, “CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”, “ENTRADAS DE MERCADORIAS OMITIDAS; SAÍDAS DE MERCADORIAS OMITIDAS; fls.45 a 132.

Infração 07 - falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais, fotocópias do RAICMS e RE, fls. 133 a 164, e notas fiscais fls. 165 a 342.

Na fase de instrução foi observado que o processo continha um vício relativo a apreensão de notas fiscais originais sem a lavratura do competente termo de apreensão, falta de assinatura no Termo de Início de fiscalização, e falta de comprovação da entrega de todos os levantamentos e demonstrativos que originaram cada item da autuação.

Tais irregularidades foram devidamente saneadas, a pedido desta Junta, sendo entregues ao autuado os documentos que originaram o lançamento, inclusive todos os levantamentos e demonstrativos, conforme intimação e Ar dos Correios às fls. 364 a 365.

Na impugnação inicial apresentada pela procuradora do contribuinte, e reiterada por ocasião da intimação citada no parágrafo anterior, sem maiores considerações, foi aduzido que as vendas realizadas pela empresa foram destinadas à Prefeituras do Estado Pernambuco, e que conforme o RICMS/BA, em tais operações deve ser aplicada a alíquota de 12% ao invés de 17% conforme procedeu a fiscalização, alegação essa, que foi rebatida pelo preposto fiscal mediante a transcrição do artigo 50, I, “b”, do RICMS/97, que estabelece que a alíquota nas operações ou prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto é de 17%.

Portanto, pelo argumento defensivo se depreende que somente houve impugnação à infração 07 que trata de exigência do ICMS sobre as operações escrituradas nos livros fiscais no período em que o estabelecimento estava submetido ao regime normal de apuração do imposto, qual seja, de novembro de 2004 a setembro de 2005, conforme documentos às fls. 134 a 144. Assim, ante o silêncio do autuado considero subsistentes as demais infrações.

Analisando as razões defensivas em relação ao item 07, observo que, embora o débito esteja demonstrado nas fls.03 e 04 à alíquota de 17%, porém, os valores do imposto correspondem exatamente com os valores apurados pelo autuado às fls.134 a 144 à alíquota de 12%. Mantenho o lançamento pois não houve erro na aplicação da alíquota conforme alegado na defesa.

Cumpre observar que, apesar de o autuado não ter se insurgido quanto as infrações 05 e 06, porém, houve erro na apuração do débito, pois não foi concedido o crédito de 8%, previsto no § 1º do artigo 408-S do RICMS/97, dada a condição do estabelecimento no SimBahia no exercícios de 2001 a 2004. Subsistem em parte as infrações, conforme demonstrativos abaixo.

INFRAÇÃO 05

ANOS	VL.APURADO	ICMS	CRÉDITO (8%)	VL.DEVIDO
2001	29.006,52	4.931,11	2.320,52	2.610,59
2003	153.668,20	26.123,60	12.293,46	13.830,14
2004	758.855,67	129.005,48	60.708,45	68.297,03
2005	354.149,17	60.205,36	-	60.205,36
TOTAIS	220.265,55	75.322,43	144.943,12	

INFRAÇÃO 06

ANOS	VL.APURADO	ICMS	CRÉDITO (8%)	VL.DEVIDO
2001	10.777,98	1.832,26	862,24	970,02
2005	143.654,64	24.421,29	-	24.421,29
2005	20.935,80	1.465,50	-	1.465,50
TOTAIS	27.719,05	862,24	26.856,81	

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$423.506,98, ficando o demonstrativo de débito das infrações 05 e 06 alterados conforme abaixo:

Infração 05 – 04.05.04

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/12/2001	9/1/2002	15.356,41	17	60	2.610,59
31/12/2003	9/1/2004	81.353,76	17	60	13.830,14
31/12/2004	9/1/2005	401.747,12	17	60	68.297,03
31/12/2005	9/1/2006	354.149,18	17	60	60.205,36
TOTAL DO DÉBITO					144.943,12

Infração 06 – 04.05.05

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/12/2001	9/1/2002	5.706,00	17	60	970,02
31/12/2005	9/1/2006	152.275,24	17	60	25.886,79
TOTAL DO DÉBITO					26.856,81

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 156896.0061/06-8, lavrado contra **NUTRISOL ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 423.506,89**, acrescido das multas de 50% sobre R\$251.554,91, 60% sobre R\$152,05 e 70% sobre R\$171.799,93, previstas no artigo 42, I, “a”, “b”, “I” e “3”, II, “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR