

A. I. N° - 281240.0233/08-3
AUTUADO - FREITAS BORJA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30.10.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0317-04/08

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos após exclusão de notas fiscais que, apesar de incluídas no levantamento, não foram localizadas pelo CFAMT, reduzindo assim, o valor originalmente exigido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$52.527,25, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta da descrição dos fatos que a omissão de saídas foi apurada através de notas fiscais destinadas ao estabelecimento autuado capturadas pelo sistema CFAMT não registradas no livro Caixa, não informadas na DME e não apresentadas quando da intimação fiscal.

O autuado ingressa com impugnação do Auto de Infração, fls. 144 a 145, depois de descrever a infração, apresenta as seguintes ponderações:

- 1 - Observa que o imposto não pode ser apurado pelo regime normal, uma vez que, no período de 2004 e 2005, encontrava-se cadastrada na condição de Empresa de Pequeno Porte – SIMBAHIA, como pode ser constatado no sistema da SEFAZ. Ressalta que está sendo exigido ICMS com aplicação da alíquota de 17% relativo às notas fiscais não registradas, quando sua empresa na condição de EPP não estava obrigada a escrituração de documentos;
- 2 - Diz que a partir de 01/01/2006 passou a funcionar na condição de NORMAL e relativo a este período a fiscalização juntou duas notas fiscais, a de nº 005194 contém produtos com dispensa do pagamento do imposto e a de nº 342149 que contém produtos com o imposto pago antecipadamente. Enfatiza que nesse caso, no máximo caberia a cobrança de 1% (um por cento) pela não escrituração, de acordo com o art. 915, inciso II do RICMS-BA/97;
- 3 - Salaria que sequer foi intimado para apresentar a documentação, não justificando desta forma, esta cobrança reclamada no Auto de Infração;

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos. Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, ou no máximo, a procedência parcial, com a aplicação das alíquotas previstas para EPP – SimBahia e exclusão das vendas de mercadorias isentas, não tributadas e substituídas, cujos percentuais deverão ser confirmados mediante revisão.

O autuante presta informação fiscal à fl. 154, esclarece que o contribuinte fora autuado a partir do monitoramento fiscal pela falta de recolhimento do ICMS relativo à sua condição de EPP-SimBahia, nos exercícios de 2004 e 2005 e na condição de normal no exercício de 2006, tendo em

vista que a ocorrência de omissão de saídas evidenciadas por notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, conforme presunção de omissão de saídas tipificadas pelo Decreto/Lei nº 6.284/97 e pelos artigos nºs 2º; 50; 60; 124; 218; 322 e 936 do RICMS-BA/97.

Em seguida, ressalta que o autuado alega em sua defesa que no período 2004 e 2005 encontrava-se na condição de EPP do SimBahia, e que a fiscalização aplicou a alíquota de 17%. Já no exercício de 2006 em que se encontrava na condição de normal a defesa alegou que a fiscalização juntou duas notas fiscais que contém produtos com dispensa de imposto.

Informa que a apuração fora feita a partir das notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, demonstrando a omissão de saídas evidenciadas pelos seguintes fatos: o contribuinte não escriturou o livro “Caixa” e não informou as aquisições na DME no período de 2004 e 2005, quando se encontrava no SimBahia – EPP. Ressalta ainda que o autuado não apresentou as notas fiscais por ocasião da ação fiscal com o intuito de reduzir ou suprimir o ICMS. Esclarece que, conforme se verifica nos demonstrativos de apuração do imposto efetuado com base nas notas fiscais, fls. 25 e 27, foi aplicada a alíquota de 17% e, sobre o imposto apurado, a redução de 8% de crédito presumido para empresas de pequeno porte, presunção legal autorizada pela Lei nº 7.014/96. Assegura que, não obstante a demonstração constante da planilha, fl. 26, as omissões de saídas ficaram evidenciadas pelo fato do contribuinte não ter registrado as compras em livros próprios de Registro de Entradas.

Diz que considerando a obrigação acessória do autuado na condição de empresa Normal no exercício de 2006, também não informou as aquisições na DMA e não apresentou as notas fiscais durante a ação fiscal, por isso, sobre o valor das notas fiscais fora aplicada a alíquota de 17%, deduzindo-se do imposto apurado os créditos destacados nas aludidas notas fiscais.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas, no período fiscalizado de janeiro de 2004 a dezembro de 2006. A empresa autuada encontrava-se enquadrada no regime simplificado do SimBahia como Empresa de Pequeno Porte – EPP nos exercícios de 2004 e 2005 e no regime normal no exercício de 2006.

O autuado em sua defesa, além de alegar que não fora intimado para apresentar a documentação, concentrou sua argumentação para impugnar o Auto de Infração aduzindo que nos exercícios de 2004 e 2005 encontrava-se cadastrado na condição de EPP do SimBahia, não estando obrigado a efetuar escrituração fiscal, e que fora indevidamente exigido o ICMS com a aplicação da alíquota de 17%. Em relação ao exercício de 2006, período que passou a funcionar na condição de Normal, aduziu que no máximo caberia a aplicação da multa de 1% pela não escrituração de acordo com o inciso II do art. 915 do RICMS-BA/97, tendo em vista que a nota fiscal nº 05194 contém produtos com dispensa do pagamento do imposto e a de nº 342149, contém produto com o imposto pago antecipadamente.

Constato que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de entradas de mercadorias não registradas, capturadas no CFAMT, conforme demonstrativos, exercício de 2004, fl. 05, exercício de 2005, fl. 07, e exercício de 2006, fl. 06.

Do exame das peças processuais, verifico que, efetivamente, o autuado nos exercícios de 2004 e 2005 se encontrava cadastrado na SEFAZ/BA, na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, enquadrado como empresa de pequeno porte. Nessa condição, o imposto é regularmente apurado pelo contribuinte com a aplicação de percentual correspondente sobre a receita bruta. Contudo, incorrendo o contribuinte na prática de infrações de natureza grave ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, ou seja, o imposto é apurado com base

nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme o artigo 408-L, do RICMS/97, que estabelece que perderá o direito a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS - SimBahia a empresa que incorrer na prática de infrações de que trata o inciso IV e a alínea “c” do inciso V do art. 915 do RICMS/BA. No presente caso a infração tem esta natureza, haja vista que as omissões de receitas tributáveis foram apuradas através de mercadorias não registradas.

Convém ressaltar, que a exigência com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, exige a concessão de créditos fiscais 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, consoante determina o artigo 408-S, §§ 1º e 2º do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

§ 2º Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher”.

Verifico também que o autuado recebeu cópias das notas fiscais capturadas no CFAMT -, conforme se verifica às fls. 141 a 142, tendo a possibilidade de exercer plenamente o direito de defesa, e elidir a presunção *juris tantum*, prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, mas não o fez.

Em relação ao exercício de 2006, em que o autuado encontrava-se inscrito no CAD-ICMS/BA na condição de normal, verifico que o autuante procedera corretamente ao apurar o valor da omissão considerando o imposto retido constante das notas fiscais.

Entretanto, depois de examinar a documentação fiscal carreada aos autos pelo autuante como suporte da acusação fiscal, constato que as notas fiscais nº 1993 no valor de R\$11.302,50 de 13/09/06, fls. 08 e 97; nº 165, no valor de R\$4.382,00 de 22/08/05, fls. 10 e 101; nº 8243, no valor de R\$18.322,35 de 27/01/05, fls. 10 e 101; nº 8610, no valor de R\$14.500,00, de 20/02/04, fls. 09 verso e 63 e nº 409066 no valor de R\$5.115,30, de 15/05/04, fls. 09 verso e 63; apesar de incluídas na coluna “Base de Cálculo – Omissão de Receitas” dos Demonstrativos da Presunção de Omissão de Saídas”, fls. 05 a 07, elaborados pelo autuante, não foram localizadas pelo CFAMT e, conseqüentemente, não foram colacionadas aos autos e nem entregues ao autuado. Por isso, entendo que devem ser excluídas do levantamento de apuração do imposto devido, consoante o demonstrativo a seguir apresentado, o valor de R\$ 4.857,49, do valor inicialmente lançado de R\$52.527,25, resultando no imposto devido de R\$ 47.669,76.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DAS OCORRÊNCIAS MODIFICADAS COM A EXCLUSÃO DAS NFs NÃO LOCALIZADAS NO CFAMT

NÚM. OCORR.	D. OCORR.	B. de CÁLC. AUTO DE INFRAÇÃO	NOTA FISCAIS EXCLUÍDAS	B. de CÁLC. JULGAMENTO	ALÍQ.	IMPOSTO APURADO	CRÉDITO %	IMPOSTO DEVIDO APÓS JULGAMENTO	MULTA	FL DO PAF
2	29/02/04	120.823,15	14.500,00	106.323,15	17,0%	20.539,94	9.665,85	10.874,08	70,00%	239
5	31/05/02	8.877,18	5.115,30	3.761,88	17,0%	1.509,12	710,17	798,95	70,00%	242
	2005									
12	31/01/05	18.322,35	18.322,35	0,00	17,0%			0,00		
17	31/08/05	9.032,00	4.382,00	4.650,00	17,0%	790,50	372,00	418,50	70,00%	244
	2006									
24	30/11/06	11.302,50	11.302,50	0,00	17,0%			0,00		

Diante destes fatos, supra enunciados e dos documentos acostados ao PAF, entendo que a infração está parcialmente caracterizada e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281240.0233/08-3**, lavrado contra **FREITAS BORJA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.669,76**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR