

A. I. Nº - 110024.0007/03-6
AUTUADO - CONSTRUMAX MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NIVIA COSTA VERZOLLA
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 17.12.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0498-02/03

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIAS. 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. Mantida na íntegra a exigência fiscal com a concessão do crédito fiscal no período em que o contribuinte estava inscrito no SIMBAHIA, conforme estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Tratando-se de entradas de mercadorias não registradas, descreve a aplicação de multa, representando-se a autoridade fazendária competente a instaurar novo procedimento fiscal para exigência do imposto devido. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 4. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. b) DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO LANÇADO E O RECOLHIDO. Infrações não contestadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2003, e reclama o valor de R\$ 12.563,08, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 6.119,96, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, no período de janeiro de 2001 a novembro de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 42 a 44, 181, 132 a 133.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente a mercadorias sujeitas a substituição tributária, nos exercícios de 2001 a 2002, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 5.277,42, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, conforme documentos às fls. 42 a 93, e 133 a 181.

3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 376,70, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, através das notas fiscais nº 32045, 47687 e 43217, nos meses de março/01, janeiro e junho de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 40 a 41, 130, e 38 e 39.
4. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 538,19, no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao mês de junho de 2002, conforme documento e demonstrativo às fls. 24 a 37.
5. Recolhimento a menos do ICMS no valor R\$ 250,81, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente ao mês de agosto de 2002.

O autuado representado por advogado legalmente constituído, em sua defesa constante às fls. 185 a 187, suscita a nulidade da autuação fundamentada na preliminar de que na mesma data e contra o mesmo estabelecimento foi lavrado o Auto de Infração nº 206921.0004/03-5, apontando ocorrências diversas e que deveriam compor o mesmo lançamento.

Como segunda preliminar, o defendente argüiu a nulidade do item 01, sob alegação de que não recebeu cópias das notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, e que segundo jurisprudência do CONSEF, enseja insegurança na determinação da infração. Transcreveu as Ementas dos Acórdãos JJF 2096-01/01 da 1^a JJF e CJF nº 0143/01 da 1^a CJF.

Quanto ao mérito, o patrono do autuado analisando a infração 01, alegou que até o mês de junho de 2002, o estabelecimento gozava dos benefícios do SIMBAHIA, na qualidade de EPP, e que nessa condição estava dispensado da escrituração do livro Registro de Entradas. Salienta ainda que caso houvesse obrigação escritural, a acusação fiscal não poderia ensejar a presunção de omissão de saídas, entendendo que neste caso, a lei e a jurisprudência determinam a aplicação da multa de 10% sobre as mercadorias tributadas. Fez menção aos Acórdãos JJF nº 0027-02/02 da 2^a JJF e JJF 0121/01 da 1^a JJF.

Assevera que se mantida a exigência, deveria a mesma ser adequada às normas que regem a EPP até o período de junho de 2002, e a partir daí, aplicar a multa de 10% sobre as notas cujas cópias se encontram no processo, após serem as mesmas entregues ao autuado.

Com relação ao item 02, disse que as notas fiscais fazem referência a aquisição interestadual de cimento, blocos e tintas, cujo ICMS já vem substituído, e a pisos cuja obrigação é do destinatário. Ressalva que em virtude dos períodos coincidirem com o item 01, está caracterizado o “bis in idem”, para o período de 2001, quando haveria de se considerar o enquadramento do estabelecimento no SIMBAHIA por estar desobrigado de escrituração do LRE.

Por fim, requer a nulidade da autuação, ou improcedentes os itens contestados.

A autuante em sua informação fiscal às fls. 190 e 191 considerou totalmente descabidas as preliminares de nulidade, dizendo que reservou à PROFAZ o opinativo sobre a matéria.

Em seguida, aduziu que a tese defensiva com base nos Acórdãos citados não guarda a mesma relação com a matéria de fato discutida nos autos, e quanto a alegação de que não recebeu cópias das notas fiscais, o preposto fiscal salientou que tais documentos fiscais foram anexados ao Auto de Infração e

permaneceram na Infaz Iguatemi durante o interstício de tempo e prazo da defesa administrativa, e que tal alegação tem a intenção protelatória e desprovida de qualquer fundamentação, pois o autuado não as consultou e/ou requisitou cópias porque não quis.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

Considerando as preliminares de nulidades argüidas no recurso defensivo, na fase de instrução foi decidido por esta Junta, para evitar futura alegação de cerceamento de defesa, pela realização de diligência junto à Infaz Iguatemi, no sentido de que: a) fosse anexada aos autos uma cópia do Auto de Infração nº 206921.0004/03-5 e de autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura de mais de um Auto de Infração, conforme previsto no artigo 40, do RPAF/99; b) fosse intimado o sujeito passivo, na forma estabelecida no § 1º do RPAF/99, a tomar conhecimento dos demonstrativos que instruem o presente processo, entregando-lhe no ato da intimação, sob recibo, cópias dos demonstrativos a das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT constantes às fls. 38 a 102, e 132 a 181, com a indicação do prazo de 10 dias para sobre eles se manifestar, querendo, além de cópia do Auto de Infração nº 206921.0004/03-5.

Em atendimento ao solicitado na diligência, a Infaz Iguatemi fez a juntada aos autos de cópia do Auto de Infração nº 206921.0004/03-5, do Demonstrativo de Débito relativo ao exercício de 1998, e da respectiva Ordem de Serviço de nº 507248/03 em nome do AF Marcus Vinicius Badaró Campos, conforme documentos às fls. 198 a 204.

Às fls. 205 a 206 consta que o sujeito passivo foi cientificado em 11/11/2003 através de Intimação expedida pela Infaz Iguatemi, sendo-lhe entregues, sob recibo, cópias de todos os documentos mencionados na diligência formulada à fl. 196, para que o mesmo, querendo, se manifestasse no prazo de 10 dias. O Processo permaneceu no CONSEF até o dia 02/12/2003, e o contribuinte não apresentou qualquer manifestação a respeito.

VOTO

Na análise das peças processuais, notadamente a defesa formulada às fls. 185 a 187, constata-se que o autuado não se insurgiu quanto aos itens 03, 04 e 05, relativamente aos seguintes valores:

- a) R\$ 538,19 referente a recolhimento a menos do ICMS, no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao mês de junho de 2002.
- b) R\$ 250,81 correspondente a recolhimento a menos do ICMS relativo ao mês de agosto de 2002, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.
- c) R\$ 376,70 inerente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, através das notas fiscais nº 32045, 47687 e 43217, nos meses de março/01, janeiro e junho de 2002.

Quanto as preliminares de nulidades argüidas na defesa fiscal, em relação aos demais itens, tenho a observar o seguinte.

De acordo, com o artigo 40 do RPAF/99, em casos especiais e visando facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, o Inspetor Fazendário poderá autorizar a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, hipótese em que deverá ser anexada a cada AI uma cópia da justificativa e dos AIs anteriores.

Já o artigo 46, diz que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, deverão ser fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal, e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

Realmente, no tocante a entrega dos documentos que instruem a ação fiscal, o processo não atendeu às disposições contidas na legislação citada. Contudo, conforme está previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

As omissões existentes no processo, a pedido desta Junta, foram devidamente sanadas mediante a anexação aos autos da cópia do Auto de Infração nº 206921.0004/03-5 e da respectiva Ordem de Serviço, ressaltando-se que a ação fiscal ocorreu no mês de junho/03 e foi executada por outro preposto fiscal, e faz referência a exigência fiscal relativa a outro fato e período. Além disso, restou comprovado que houve a entrega ao sujeito passivo mediante intimação pela Infaz Iguatemi (doc. fl. 206), sob recibo, das cópias dos demonstrativos e das notas fiscais coletadas no CFAMT constantes às fls. 38 a 102, e 132 a 181, além do citado AI e OS. Por conta disso, rejeito as preliminares de nulidades, pois a partir da entrega de tais documentos, as omissões existentes no processo foram devidamente sanadas, e a partir desse momento o sujeito passivo pode exercer o seu direito a ampla defesa e ao contraditório. Se não o fez no prazo estipulado na Intimação à fl. 206, o seu silêncio se configura como uma aceitação e reconhecimento dos documentos que não lhe haviam sido entregues.

No mérito, analisando-se os itens 01 e 02, já que os demais itens não foram impugnados pelo autuado, concluo o seguinte.

Considerando que o autuado não se pronunciou sobre a Intimação às fls. 205 e 206, considero subsistente os citados itens, tendo em vista que “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da acusação fiscal” (art.143, RPAF/99), e o fato alegado por uma das partes quando a outra não o contestar será considerado como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas (art. 140 do RPAF/99).

O débito relativo a infração 01 foi apurado com base nas notas fiscais coletadas junto ao CFAMT, e concerne a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas no período de janeiro de 2001 a novembro de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 42 a 44, 181, 132 a 133.

Pelo que consta registrado no Sistema de Informações o contribuinte até o mês de junho de 2002 se encontrava na condição de empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, fato esse que foi devidamente observado pelo autuante, tendo inclusive concedido os créditos fiscais previstos no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02 até o período em que o estabelecimento se encontrava inscrito nessa condição.

Desse modo, considero que o lançamento consubstanciado no Auto de Infração está revestido das formalidades legais, merecendo ressaltar que a Inspetoria Fiscal entregou cópias de todas as notas fiscais e de demonstrativos que instruem a ação fiscal, não tendo o mesmo se manifestado, configurando o seu silêncio com uma aceitação tácita das aquisições das mercadorias constantes nos documentos fiscais.

Quando é detectada pela fiscalização a falta de contabilização de entradas de mercadorias com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, a legislação tributária autoriza a presunção legal de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas (parágrafo 3º, art 2º do RICMS/97). Considerando que o autuado na condição de empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA (até o mês de junho de 2002), incorreu na situação prevista no inciso V do art. 408-L do RICMS/97, está correta a exigência de imposto, neste caso, com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. No caso do período de julho a novembro de 2002, consta que o estabelecimento estava inscrito como contribuinte normal.

Quanto a alegação de que descabe a exigência fiscal por ser uma empresa de pequeno porte optante pelo regime do SIMBAHIA, de acordo com o artigo 19, da Lei nº 7.357/98, “quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais”. Logo, nesse sentido o cálculo do débito foi feito corretamente na forma prevista no citado diploma legal.

Assim sendo, em virtude do lançamento do crédito tributário decorrer da infração prevista no inciso III do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e considerando que o contribuinte até o mês de junho de 2002 estava inscrito no SIMBAHIA, visando assegurar-lhe o direito de compensação dos créditos, para preservar a legalidade da exigência fiscal já foi feita pela autuante a adequação do aludido lançamento ao disposto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, ficando assim, preservado o princípio da não cumulatividade do imposto.

Quanto a infração 02, ante a constatação também da falta de contabilização de entradas de mercadorias através de notas fiscais coletadas no CFAMT, mesmo tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o correto seria exigir o imposto relativo à operações de saídas anteriores utilizadas no pagamento de tais aquisições, conforme ocorreu no caso do item 01. Nestes termos, considero que descabe a aplicação da multa em questão, o que torna improcedente este item da autuação. Contudo, fica representada a autoridade fazendária competente a instaurar novo procedimento fiscal visando a cobrança do tributo relativo à entrada das mercadorias não contabilizadas correspondente às notas fiscais não registradas relacionadas às fls. 42 a 43, e 132 a 133, no montante de R\$2.604,60 (2001) e R\$50.169,60 (2002), com a concessão dos créditos fiscais de direito no período em que estava inscrito no SIMBAHIA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 7.285,66.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^o **110024.0007/03-6**, lavrado contra **CONSTRUMAX MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 7.285,66, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 538,19; 60% sobre R\$ 627,51 e 70% sobre R\$ 6.119,96, previstas no artigo 42, I, “b”, item ”3”, II, “b” e “d”, e III da Lei n.^o 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR