

PROCESSO	- A.I. N° 128859.0034/02-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PARAFUSOS CRESPOS LTDA.
RECORRIDOS	- PARAFUSOS CRESPOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF n° 0178-03/04
ORIGEM	- INFAC BONOCÔ
INTERNET	- 14/09/2004

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0197-12/04

EMENTA: ICMS. ENTRADAS 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. Ajustado o valor do débito após realização de diligência fiscal na fase de instrução do processo na 1^a Instância de julgamento. Atendido o princípio ou a técnica da não cumulatividade do ICMS. Em relação à multa vinculada à obrigação tributária principal é defeso ao órgão julgador administrativo declarar a constitucionalidade ou ilegalidade das normas tributárias estaduais. Indeferido pedido de nova diligência. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos, o primeiro pelo contribuinte e o segundo pela Fazenda Pública, objetivando contraditar a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, contida no Acórdão n° 0178-03/04, que declarou a Procedência Parcial do Auto de Infração, consoante o demonstrativo de débito juntado à fl. 623 do PAF.

No Auto de Infração em lide é imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em relação aos períodos mensais dos anos de 1998, 1999, 2000 e 2001, em virtude do autuado não ter oferecido à tributação notas fiscais referentes a aquisições de mercadorias para revenda, razão pela qual lhe foi exigido o tributo sem os benefícios do Regime de Apuração do ICMS Simplificado (SimBahia)

Com isso ocorreu a alteração do tratamento tributário previsto no Regime SimBahia, por ter incorrido na prática a que se refere o art. 408- L, inc. VII do Regulamento do ICMS, considerada infração de natureza grave. O valor total da autuação foi de R\$69.711,01.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, em relação às preliminares suscitadas pelo impugnante, e em relação às questões de mérito, apresentou os fundamentos a seguir reproduzidos:

“Incialmente, deixo de acatar as preliminares suscitadas pelo autuado, já que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. E, ademais, o percentual de multa indicado (70%) é o previsto no artigo 42, inciso III, da Lei n° 7.014/96 para a irregularidade apontada.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido porque o contribuinte deixou de oferecer, à tributação, notas fiscais referentes à aquisição de mercadorias para revenda – Regime do SimBahia -, conforme os demonstrativos e as fotocópias dos documentos anexos.

Tendo em vista que o PAF não havia sido adequadamente instruído com as provas necessárias e que o autuado estava inscrito como normal, no exercício de 1998, e como microempresa e empresa de pequeno porte (SimBahia), nos exercícios de 1999 a 2001, este órgão julgador converteu os autos em diligência, primeiramente ao autuante e, posteriormente, a fiscal estranho ao feito, para que:

1. *juntasse aos autos as fotocópias dos livros fiscais (no período de janeiro/98 a dezembro/98) e das DMEs apresentadas pelo contribuinte no período em que estava inscrito no SimBahia (janeiro/99 a dezembro/01);*
2. *intimasse o contribuinte a apresentar a relação das notas fiscais constantes nas DMEs entregues à SEFAZ/BA, no período de janeiro/99 a dezembro/01;*
3. *informasse, pela análise dos documentos fiscais acostados às fls. 30 a 419, se houve aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária; caso positivo, elaborasse demonstrativo separado, exigindo o ICMS devido, de acordo com a MVA correspondente (Anexos 69 e 88) e deduzindo o ICMS destacado em cada nota fiscal;*
4. *em relação às mercadorias que não estivessem enquadradas na substituição tributária e não haviam sido efetivamente lançadas nos livros fiscais ou nas DMEs, o diligente deveria adotar o seguinte procedimento:
 - a) no período de janeiro/98 a dezembro/98 (inscrição normal do contribuinte) - calcular o ICMS à alíquota interna, adotando a base de cálculo prevista no artigo 60, inciso I, do RICMS/97, isto é, o custo das entradas não registradas na escrituração, sem o acréscimo de qualquer percentual a título de MVA;
 - b) no período de 01/01/99 a 31/10/00 – verificar se, adicionando as receitas não declaradas e sem o acréscimo de MVA, à receita bruta do contribuinte, houve ou não pagamento a menos do imposto estadual;
 - c) no período de 01/11/00 a 31/12/01 - calcular o ICMS de acordo com os critérios normais de apuração do imposto (alíquota interna), adotando a base de cálculo prevista no artigo 60, inciso I, do RICMS/97, isto é, o custo das entradas não registradas na escrituração, sem o acréscimo de nenhum percentual a título de MVA e, após, deduzir o percentual de 8%, a título de créditos fiscais a que faz jus o contribuinte, em face do disposto no § 1º do artigo 19, da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), com a alteração introduzida pela Lei nº 8.534/02.*

O fiscal estranho ao feito cumpriu todas as solicitações inseridas no pedido de diligência, por meio do Parecer ASTEC nº 0012/2004 (fls. 617 a 624), aduzindo que:

1. *após o confronto entre os documentos fiscais apresentados pelo sujeito passivo e pelo preposto fiscal e seus respectivos lançamentos nas DMEs e no livro Registro de Entradas, constatou diferenças em valor inferior ao apontado pelo autuante, de acordo com o demonstrativo que elaborou;*
2. *verificou que as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas não estão enquadradas na substituição tributária, visto que o autuado não comercializa peças automotivas e sim peças para aplicação industrial;*

3. no exercício de 1998, o ICMS foi apurado pelo regime normal e a base de cálculo de foi encontrada de acordo com o previsto no artigo 60, inciso I, do RICMS/97;
4. no período de janeiro de 1999 a outubro de 2000, o imposto foi apurado pelo regime do SimBahia, adicionando-se, à receita bruta ajustada do autuado, os valores de omissões de receitas apurados;
5. no período de novembro de 2000 a dezembro de 2001, o imposto foi calculado à alíquota de 17%, excluindo-se as notas fiscais registradas constantes das relações acostadas pelo autuante (fls. 532 a 567), com a dedução de 8%, a título de crédito fiscal, consoante o disposto no § 1º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98, introduzido pela Lei nº 8.534/02.

O diligente finalizou seu Parecer informando que, após as alterações procedidas, constatou um débito de R\$17.766,89. Como, apesar de cientificados, o autuante e o autuado não impugnaram o trabalho do diligente, foi acatado o valor de débito por ele apurado, conforme o demonstrativo de débito acostado à fl. 623 dos autos.

Com a fundamentação acima, o colegiado da 1ª Instância decidiu, por unanimidade, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito elaborado pelo revisor da ASTEC, anexo à fl. 623 dos autos.

O Recurso de Ofício, impetrado na própria Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, decorre das alterações procedidas na revisão fiscal, em procedimento de diligência, sendo encontrado pelo revisor o débito no montante de R\$ 17.766,88, levando-se em consideração o ajuste do valor autuado em razão do regime simplificado de apuração, no período de janeiro de 1999 a outubro de 2000, e a concessão de crédito presumido, no período de novembro de 2000 a dezembro de 2001, onde o imposto foi calculado à alíquota de 17%. Houve, também, a exclusão de notas fiscais registradas pelo contribuinte e constantes das relações acostadas pelo autuante (fls. 532 a 567). No exercício de 1998 o imposto foi calculado pelo regime normal e a base de cálculo foi encontrada de acordo como previsto no art. 60, I, do RICMS/97.

Quanto ao Recurso Voluntário o contribuinte apresentou petição, a fl. 723, requerendo a reapreciação de sua defesa inicial, alegando que a impugnante optou pelo regime diferenciado e que a suposta irregularidade argüida pelo autuante, levou o mesmo a determinar que o autuado ficasse fora do regime de tributação simplificado, e com isso o tratamento a ser aplicado deve ser o regime normal e com observância ao princípio da não cumulatividade. Aduz que não foi observado o princípio da não cumulatividade, tendo em vista que todas as notas fiscais fiscalizadas foram devidamente escrituradas nos livros fiscais da impugnante, que por disposições legais, lhe dão direito ao crédito nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização ou industrialização, e que o princípio da não cumulatividade não pode ser infringido sob pena de flagrante violação aos preceitos constitucionais vigentes.

Ressaltou que as mercadorias adquiridas, através das notas fiscais que os agentes fiscais glosaram, foram regularmente escrituradas nos livros fiscais da impugnante, e comercializadas, como faz prova as cópias (anexo da defesa) dessas notas de entrada e saídas autuadas. Logo existiu uma entrada e uma saída respectiva, atendendo, assim, o princípio da não cumulatividade.

Em relação à multa afirma ter esta, caráter punitivo e não arrecadatório, e com a implantação do plano real e o fim da inflação não se pode falar em multa de tamanha monta, no percentual de 70%, por que fere o princípio do não confisco. Diz que o governo já reconheceu e reduziu as multas de alguns seguimentos econômicos, trazendo algumas decisões judiciais, em relação a lides envolvendo tributos federais. Citou o art. do 114 do CTN para ilustrar que não deve o fisco converter obrigação acessória em principal, o que inviabiliza a honradez dos débitos tributários.

Finaliza o Recurso Voluntário, pedindo que o Auto de Infração que seja julgado improcedente e requereu a produção de prova pericial.

A Procuradoria Estadual, através da Dra. Sylvia Amoêdo, exarou Parecer jurídico nos autos, entendendo que a reapreciação do mérito da defesa pela CJF pode ocorrer, pois o Recurso Voluntário devolve a matéria, em sua totalidade, a este Conselho, mas no caso em apreço, o julgamento da JJJ foi completo e analisou toda a matéria fática e jurídica constante nos autos, decidindo a lide de maneira acertada. Logo, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas e inaptas para propiciar a modificação do julgamento. Opinou, ao final, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de revisão fiscal, pois toda a matéria fática foi objeto de diligência na fase de instrução do processo verificada na 1^a instância, que resultou no Parecer da ASTEC de nº 00012/2004, da lavra do Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira, peça inserida às fls. 617 a 702 dos autos, incluindo os respectivos demonstrativos e documentos que o embasam. Basicamente, o Recurso Voluntário se restringe a questões de ordem jurídica, pois o contribuinte contesta que a Decisão recorrida afronta o princípio da não cumulatividade do ICMS e que a multa de 70%, incidente sobre o valor residual do débito, é excessiva e ilegal.

Ao contrário do que formula o contribuinte, em relação ao princípio da não cumulatividade, a Decisão “*a quo*”, se pautou exatamente no atendimento a esse princípio constitucional, como dizem alguns, ou técnica de apuração do imposto, como preferem outros, pois a revisão fiscal da ASTEC foi solicitada pelo órgão de julgamento de 1^a Instância e executada pelo setor técnico do CONSEF, visando, precipuamente, adequar o valor apurado na autuação aos ditames da legislação em vigor quanto ao regime de apuração do imposto em que se encontrava inserido o sujeito passivo à época da ocorrência dos fatos geradores. Em 1998, a apuração do tributo se pautou pelo regime normal, que pressupõe débitos confrontados com créditos. Em 2000, até o mês de outubro, o tributo foi calculado em conformidade com a sistemática do SimBahia, com as alíquotas reduzidas em função da faixa de faturamento da empresa, que aderiu espontaneamente ao sistema simplificado de apuração do imposto. A partir de novembro de 2000, a infração voltou a ser apurada pelo regime normal, na forma da legislação do SimBahia, concedendo-se o crédito fiscal de 8%. Portanto, nenhuma ofensa ao princípio ou técnica da não cumulatividade, que foi plenamente atendida no procedimento revisional. Não cabe, portanto, acolher a tese apresentada pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário.

Quanto à multa, no montante de 70% sobre o valor do tributo, não cabe ao órgão julgador administrativo deixar de aplicar norma expressa contida na legislação estadual, pois às instâncias administrativas é defeso declarar a constitucionalidade ou ilegalidade, em tese, da norma tributária, por vedação expressa do RPAF/99 (art. 167, inciso I). Além disso, a lei concede ao contribuinte o direito de pagar a multa com redução, conforme consta do Anexo do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, nas situações ali previstas, circunstância que torna, de fato, a penalidade inferior ao valor contestado pelo recorrente. Também não merece ser acolhido o pedido do sujeito passivo, razão pela qual NEGO PROVIMENTO a todas as postulações integrantes do Recurso Voluntário, acompanhando o Parecer Jurídico da Procuradoria Estadual.

Quanto ao Recurso de Ofício, a sua motivação resultou dos ajustes decorrentes da Revisão Fiscal a cargo da ASTEC, que calculou o débito tributário de acordo com a sistemática de apuração prevista na lei e em conformidade com a opção que o contribuinte fez perante a Secretaria da Fazenda. Também foram consideradas algumas notas fiscais, relacionadas nos autos, que foram efetivamente registradas ou declaradas pelo sujeito passivo, de forma que o valor autuado, no montante de R\$69.711,01, mais acréscimos legais, foi reduzido, após revisão, para R\$17.766,88,

débito este também sujeito aos acréscimos de lei. Está correta a Decisão da Junta de Julgamento, que aplicou acertadamente a lei tributária ao caso concreto, excluindo da autuação as parcelas indevidas e acolhendo as provas apresentadas pelo contribuinte no procedimento diligencial. NEGO, TAMBÉM, PROVIMENTO, ao Recurso de Ofício.

Fica, portanto, inalterada a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 128859.0034/02-4, lavrado contra **PARAFUSOS CRESPOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.766,88**, sendo R\$6.581,17, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 11.185,71, acrescido de idêntica multa, prevista no inciso III, do artigo 42, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS