

A. I. Nº - 128859.0034/02-4
AUTUADO - PARAFUSOS CRESPOS LTDA.
AUTUANTE - EZILBERTO DE BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 31.05.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-03/04

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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Foi retificado o lançamento, reduzindo-se o débito originalmente exigido, tendo em vista a adaptação à Lei do SimBahia. Não acatadas as preliminares de nulidade. Este órgão julgador não tem competência para declarar a nulidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 12/11/02, para exigir o ICMS no valor de R\$69.711,01, acrescido da multa de 70%, que deixou de ser recolhido, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, ainda, na descrição dos fatos o seguinte: “Deixou de oferecer à tributação, notas fiscais referente à aquisição de mercadorias para revenda – Regime SimBahia -, conforme DEMONSTRATIVOS em anexo, razão pela qual perde, consequentemente, o tratamento tributário concedido à empresa, consoante determina o art. 408-L, inc. VII, comb. art. 408-S do Regulamento do ICMS” – período de 31/01/98 a 31/12/01.

O autuado apresentou defesa, por meio de advogado (fls. 423 a 433), argumentando que a autuação é descabida e ilegal porque o agente fiscal não observou o princípio constitucional da não cumulatividade, tendo em vista que “todas as notas fiscais fiscalizadas foram devidamente escrituradas nos livros fiscais” e comercializadas por seu estabelecimento, o que lhe dá o direito ao crédito do ICMS destacado nos documentos de entradas das mercadorias. Transcreve o artigo 155 da Constituição Federal e discorre sobre a doutrina relativa aos princípios de direito, especialmente o da não cumulatividade do ICMS.

Alega, ainda, que a multa indicada, de 70%, tem caráter punitivo e confiscatório e transcreve diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 1^a Região e conclui que “o exercício da competência tributária não é (...) ilimitado, o que poderia resultar em arbítrio ou, no mínimo, em exercício abusivo do poder de tributar, não conferido pela Constituição Federal” e que “as limitações ao poder de tributar são impostas pelos princípios tributários que são as garantias constitucionais do contribuinte, com o fim de proteger valores básicos do indivíduo, como segurança e a estabilidade das relações jurídicas”.

Finalmente, pede a improcedência do Auto de Infração e requer “diligência a ser realizada por preposto do DICO”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 447 a 449), explica que o presente lançamento foi efetuado 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.

Quanto às alegações defensivas, afirma que são meramente protelatórias e os argumentos apresentados não possuem lógica nem conclusão. Acrescenta que o autuado não apresentou nenhuma prova de que os documentos fiscais foram escriturados nos livros fiscais, como afirma, e, além disso, assegura que não houve nenhuma ilegalidade na autuação, haja vista que o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de entradas relacionadas foi devidamente considerado, a título de crédito fiscal, como se observa dos demonstrativos acostados às fls. 10 a 26. Pede a procedência do lançamento.

Esta 3^a JJF decidiu converter o PAF em diligência ao autuante (fls. 451 e 452) para que juntasse fotocópias dos livros fiscais e das DMEs do contribuinte e refizesse o levantamento fiscal, retificando os equívocos apontados e calculando o ICMS de acordo com o faturamento do autuado, como empresa inscrita no SimBahia, nos exercícios de 1999 a 2001.

O autuante apresentou o resultado de seu trabalho (fls. 456 a 609), informando que, no período fiscalizado, não houve aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária. Em relação aos exercícios de 1999 e 2000, diz que refez o levantamento fiscal, atribuindo os créditos fiscais de acordo com a Orientação Normativa nº 01/2002. No período de janeiro a dezembro de 2001, informou que refez a planilha original, retirando o acréscimo da MVA e deduzindo o percentual de 8%, a título de crédito presumido.

O autuado foi intimado do trabalho do autuante (fls. 610 e 611), mas não se manifestou nos autos, não obstante ter-lhe sido concedido o prazo de 30 dias.

Considerando que o autuante não cumpriu a diligência, nos moldes em que foi formulada, este órgão julgador decidiu converter o PAF mais uma vez em diligência, desta feita a fiscal estranho ao feito, para que cumprisse a solicitação anteriormente efetuada (fls. 614 e 615).

O diligente apresentou o Parecer ASTEC nº 0012/2004 (fls. 617 a 624) aduzindo que:

1. o contribuinte foi intimado a apresentar a relação de notas fiscais constantes nas DMEs, tendo sido efetuado o confronto entre os documentos fiscais constantes da planilha elaborada pelo autuante (fls. 10 a 26) e os respectivos lançamentos no livro Registro de Entradas, e constatadas diferenças em valor inferior ao apontado pelo autuante, de acordo com o demonstrativo que apresentou;
2. analisou as notas fiscais acostadas às fls. 30 a 419 e verificou que as mercadorias nelas constantes 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 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, acrescentado pela Lei nº 8.534/02.

Conclui afirmando que, após a diligência, constatou um débito de R\$17.766,89, conforme o demonstrativo de débito que apresentou à fl. 623 dos autos.

O autuante e o autuado foram intimados do Parecer ASTEC (fls. 705 a 707), porém não mais se manifestaram.

VOTO

Inicialmente, 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 inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. E, ademais, o percentual de multa indicado (70%) é o previsto no artigo 42, inciso III, da Lei nº 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 científicos, o autuante e o autuado não impugnaram o trabalho do diligente, acato o valor de débito por ele apurado, conforme o demonstrativo de débito acostado à fl. 623 dos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, consoante o demonstrativo de débito juntado à fl. 623 do PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 128859.0034/02-4, lavrado contra **PARAFUSOS CRESPOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 da citada Lei e artigo e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA