

A. I. Nº - 298576.0002/04-2
AUTUADO - GILVANO DIAS DE SOUZA (ME)
AUTUANTE - LUÍS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAC BRUMADO
INTERNET - 15. 07. 2004

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0253-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) IMPOSTO NÃO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É vedada a utilização de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas de empresa de pequeno porte dedicada ao ramo comercial. b) EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A legislação tributária estadual não permite a utilização do crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. c) EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. MERCADORIAS EXISTENTES EM ESTOQUES QUANDO DO DESENQUADRAMENTO DO REGIME DO SIMBAHIA. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INCORRETA. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as alegações de nulidade. Não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/04, exige ICMS no valor total de R\$ 69.483,01, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.537,68, constatada pela apuração de diferenças de entradas e de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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.

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 6.609,77, referente a imposto não destacado em documento fiscal.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$ 49.317,24, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 11.018,32, em razão de aplicação incorreta de alíquota sobre as mercadorias sujeitas ao ICMS, constante no levantamento das mercadorias em estoque, no último dia do mês em que recebeu a comunicação de desenquadramento da condição de Microempresa ou de Empresa de Pequeno Porte.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 140 a 154) e, referindo-se à utilização de crédito fiscal, alega que o auditor fiscal confundiu as obrigações tributárias principais e acessórias. Transcreve o art. 113 do Código Tributário Nacional (CTN) e cita doutrina. Diz que a obrigação tributária principal é das empresas vendedoras das mercadorias consignadas nas notas fiscais. Afirma que cumpriu a sua obrigação acessória de registrar os documentos fiscais relativos às operações realizadas, satisfazendo o disposto no § 2º do art. 113 do CTN.

Após citar os artigos 50, 51 e 116, do RICMS-BA/97, o autuado diz que quem vender mercadorias ou prestar serviços elencados na legislação do ICMS está obrigado a recolher o imposto apurado mediante a aplicação da alíquota prevista. Explica, à luz do disposto no art. 116 do RICMS-BA/97, como funciona o sistema de apuração do ICMS pelos contribuintes sujeitos ao regime normal. Repete que a obrigação principal é das empresas vendedoras das mercadorias e que cumpriu a sua obrigação acessória de registrar os documentos fiscais relativos às operações realizadas. Frisa que, se as empresas fornecedoras não recolheu o imposto devido, o Estado não poderá transferir para o autuado o ônus do tributo, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Transcreve as acusações contidas nas infrações 2 e 3 e, em seguida, assevera que não se pode cobrar o imposto decorrente de erro de terceiros, os quais tinham a obrigação de aplicar a alíquota correta e de recolher o tributo devido. Diz que agiu dentro da legalidade, utilizando créditos fiscais que lhes são devidos, já que é credor do imposto devido em cada operação de entrada, em consonância com o princípio da não-cumulatividade. Ressalta que todas as empresas fornecedoras estão localizadas na Bahia, portanto, devem ser fiscalizadas, se ainda não o foram.

Alega que o Regulamento do ICMS não pode sobrepor a Constituição Federal e nem a Lei Complementar que instituiu o CTN. Discorre sobre o princípio da legalidade e cita farta doutrina. Diz que não é admissível que tenha de pagar o imposto para depois se defender, pois tal procedimento não está mais previsto em nosso ordenamento jurídico.

Menciona que o autuante incorreu em abuso de poder, ao fazer uma devassa na contabilidade da empresa, adentrando no mérito de atos jurídicos perfeitos e acabados, desconsiderando lançamentos fiscais e alterando valores. Ressalta que as mercadorias entradas no seu estabelecimento estavam acompanhadas de documentação fiscal idônea e foram registradas nos seus livros fiscais e contábeis.

Alega que o autuante não observou o disposto no princípio da razoabilidade, o que macula de nulidade o Auto de Infração. Afirma que o poder do autuante é vinculado e, portanto, os seus atos devem estar dentro do que determina a lei, caso contrário o ato será nulo. Assevera que a Fazenda Pública Estadual não poderá lhe condenar, sem antes extrair da sua contabilidade a verdade material dos fatos. Discorre sobre princípios tributários e transcreve farta doutrina.

Ao finalizar, requer que a autuação seja julgada parcialmente procedente, com a exclusão das infrações 2 e 3. Solicita que cópia do presente Auto de Infração seja apensada ao que venha a ser lavrado contra o emissor das notas fiscais arroladas no lançamento. Protesta por todos os meios

de prova admitidos em direito. Anexou ao processo cópia de páginas dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS.

Na informação fiscal, fls. 160 a 162, o autuante diz que o defensor não contradiz o que foi aplicado na autuação. Transcreve artigos do RICMS-BA/97 e, ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Antes de adentrar no mérito da lide, saliento que o presente Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades previstas na legislação, não existindo nenhum erro de forma que possa ocasionar a sua nulidade, a teor do disposto no artigo 18 do RPAF/99. As infrações foram descritas de forma satisfatória e com a indicação dos dispositivos infringidos, tendo o autuado se defendido sem nenhum cerceamento de seu direito de defesa. Ademais, observo que no presente lançamento foram respeitados os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Quanto à alegação defensiva pertinente à constitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, ressalto que de acordo com o disposto no artigo 167, I, do RPAF/99, tal matéria não se inclui na competência deste órgão julgador.

Adentrando no mérito da lide, observo que, em relação à infração 1, o autuado não se manifestou em sua defesa. Interpreto esse silêncio do sujeito passivo como um reconhecimento, tácito, da procedência da infração, a qual está devidamente caracterizada.

Relativamente à infração 2, a fotocópia do livro Registro de Entrada anexada à fl. 74 comprova que o autuado utilizou o crédito fiscal referente a imposto não destacado na Nota Fiscal nº 7249 (fl. 43), de 04/06/2003, emitida pela empresa de pequeno porte Elson Mercantil de Alimentos. Esse procedimento está em desacordo com o previsto no artigo no art. 97, XI, do RICMS-BA/97, o qual veda a utilização de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias efetuadas a empresas de pequeno porte. Considero, portanto, que foi correto o procedimento do autuante e que a infração em tela está devidamente caracterizada.

Quanto à infração 3, ressalto que o art. 91 do RICMS-BA/97, condiciona o direito ao crédito fiscal a que as mercadorias recebidas ou os serviços tomados estejam acompanhados de documento fiscal, onde conste o destaque do imposto anteriormente cobrado. Por seu turno, o art. 93, § 4º, do mesmo Regulamento, prevê que “*Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização para esse fim de carta de correção*”.

O demonstrativo de fl. 25, as notas fiscais anexadas às fls. 27/42 e 44/50 e as fotocópias do livro Registro de Entradas anexadas às fls. 64/98 comprovam que o autuado utilizou créditos fiscais, referentes a aquisições internas de óleo de soja e de milho, em valores superiores aos que estão efetivamente destacados nos documentos fiscais.

Não acato a alegação defensiva de que o imposto devido pelo emitente das notas fiscais foi transferido para o autuado, pois os créditos fiscais glosados correspondem ao imposto que não foi debitado pelo vendedor e, consequentemente, não foi pago pelo adquirente das mercadorias. Esse fato está em total consonância com o princípio da não-cumulatividade, o qual prevê que, na apuração do imposto, deverá ser compensado o ICMS que foi anteriormente cobrado.

No que tange ao alegado abuso de poder por parte do autuante, deixo de acatar tal acusação porque a mesma não está comprovada nos autos.

Em face do comentado acima, considero que foi correto o procedimento do autuante e que a infração está devidamente caracterizada.

Em relação à infração 4, o autuado não indicou erros e nem contrapôs números ao demonstrativo elaborado pelo autuante, limitando-se a questionar o seu direito constitucional ao crédito, matéria que não se inclui na competência deste órgão julgador. Dessa forma, entendo que a infração em tela está caracterizada, sendo devidos os valores nela exigidos.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298576.0002/04-2, lavrado contra **GILVANO DIAS DE SOUZA (ME)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 69.483,01**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 2.537,68 e de 60% sobre R\$ 66.945,33, previstas, respectivamente, no art. 42, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR