

A. I. N° - 110024.0007/03-6
AUTUADO - CONSTRUMAX MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NIVIA COSTA VERZOLLA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 16. 09. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0343-04/04

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 contabilizados. 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 n° 6.284/97 alterado pelo Decreto n° 8.413/02. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. No entanto: a) o contribuinte encontrava-se, até junho de 2002, enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto - Simbahia. Neste caso, estava desobrigado a escriturar o livro Registro de Entradas e de Apuração do ICMS. Infração não caracterizada para este período. b) as mercadorias se encontravam enquadradas no regime da substituição tributária. Cabe a multa de 1% e não de 10% sobre o valor das operações comerciais realizadas. Infração parcialmente procedente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. a) SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. b) DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO LANÇADO NO LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS E O RECOLHIDO. Infrações não contestadas. Não acatadas as arguições de nulidade. Rejeitado pedido de diligência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2003, no valor de R\$7.285,66 acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, mais multa no valor de R\$5.277,66, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT (janeiro de 2001 a novembro de 2002) – R\$6.119,96;
2. Multa de 10% pela entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (exercícios de 2001 e 2002) - R\$5.277,42;
3. 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 (notas fiscais nº 32045, 47687 e 43217, nos meses de março/2001, janeiro e junho de 2002) – R\$376,70;
4. Recolhimento a menos do ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, no mês de junho de 2002, - R\$538,19;
5. Recolhimento a menos do ICMS 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 – R\$250,81.

O autuado, por advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 185/187) suscitando como primeira preliminar à nulidade da autuação 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, argüiu a nulidade do item 1, por não ter recebido cópias das notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT e que, segundo jurisprudência do CONSEF, que transcreveu, ensejava insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito e em relação à infração 1, 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. E, quando ao período a partir da referida data, salientou que se caso houvesse obrigação escritural, a acusação fiscal não poderia ensejar a presunção de omissão de saídas, mas sim e conforme jurisprudência deste Colegiado citada, a aplicação da multa de 10% sobre as mercadorias tributadas.

Em relação ao item 2, disse que as notas fiscais faziam referência à aquisição interestadual de cimento, blocos e tintas, cujo ICMS já vem substituído, e a pisos cuja obrigação é do destinatário. Ressalvou que, em virtude dos períodos coincidirem com o item 1, estava caracterizado o "bis in idem" para o período de 2001, quando haveria de se considerar o enquadramento do estabelecimento no SimBahia por está desobrigado de escrituração do LRE.

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

A autuante em sua informação fiscal (fls. 190/191) ratificou em sua totalidade o levantamento fiscal. Afirmou que quanto à alegação defensiva de que não havia recebido cópias das notas fiscais, os documentos fiscais foram anexados ao Auto de Infração e permaneceram na Inspetoria do Iguatemi durante o interstício de tempo e prazo da defesa administrativa.

A 2ª JF diligenciou os autos à Inspetoria do Iguatemi, no sentido de que: a) fosse anexada ao mesmo 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 art. 40, do RPAF/99; b) fosse intimado o sujeito passivo à tomar conhecimento dos demonstrativos que

instruem o presente processo, entregando-lhe no ato da intimação, sob recibo, cópias dos demonstrativos e das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT (fls. 38/102 e 132/181), com a indicação do prazo de 10 dias para sobre eles se manifestar, querendo (fl. 196).

Em atendimento ao solicitado a Repartição Fiscal apensou aos autos 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 (fls. 198/204) e intimou o autuado, que foi cientificado em 11/11/2003, 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 2/12/2003, e o contribuinte não apresentou qualquer manifestação.

A 2ª JJF, através do Acórdão nº 0498-02/03 decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração, já que foi considerada insubsistente a infração 2 indicada no referido auto (fl. 210/215).

Insatisfeito com a citada Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, requerendo a nulidade da Decisão proferida pela JJF, alegando que se sentiu prejudicado, haja vista que a aludida intimação com entrega dos demonstrativos e documentos que não acompanharam a autuação não foi direcionada ao profissional que, no caso, é o representante legal do contribuinte, para todos os efeitos legais do PAF e que desconhecia ter havido reabertura do prazo de defesa, o que se fazia necessário em razão do disposto no art. 46 do RPAF/99 (fls. 224/226).

A representante da PGE/PROFIS opinou que era descabida a alegação de nulidade, em razão do CONSEF não ter intimado, na remessa das cópias das notas fiscais coletadas junto ao CFAMT a pessoa do patrono do recorrente. Entretanto, entendeu pertinente o argumento do recorrente quanto a não abertura do prazo de defesa por ocasião da remessa das cópias das notas fiscais coletadas pelo CFAMT, já que tais documentos são essenciais ao exercício do direito de defesa e, portanto, deveriam ter sido entregues no momento da cientificação da autuação (fl. 230).

A 1ª CJF deu provimento ao Recurso não ter sido observado o devido processo legal Anulou a Decisão recorrida, a fim de que fosse determinada a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias ao recorrente para apresentação de defesa administrativa, consoante disposto no art. 123 do RPAF, devolvendo os autos à Junta de Julgamento para adotar as medidas pertinentes (fls. 239/242).

A 1ª JJF baixou os autos em diligência reabrindo o prazo de defesa ao sujeito passivo – 30 dias (fls. 248) em conformidade com o disposto no art. 46 e art. 123, do RPAF/99 para que pudesse se manifestar a respeito dos documentos que lhe haviam sido entregues em 11/11/2003, relativamente às notas fiscais de aquisição, objeto do presente lançamento.

Manifestando-se, o sujeito passivo (fls. 255/257) preliminarmente ratificou parcialmente o teor de sua defesa, no que diz respeito à preliminar levantada no item 2 e razões de mérito. Acrescentou, em relação ao item 1, que não procedia ao lançamento, especialmente pela maneira como foi realizado. Informou que até junho/2002 gozava dos benefícios do SimBahia, na qualidade de empresa de pequeno porte, sendo dispensado, portanto, do cumprimento de determinadas obrigações acessórias, dentre elas da escrituração do livro Registro de Entradas. Nesta condição, perguntou, se não existia a obrigação de se escriturar as entradas, como tal fato ensejaria a

exigência de imposto, e, ainda mais, pela via da presunção? Afirmou que esta argumentação sequer foi analisada pela JJF na primeira decisão. No mais, ainda que existisse uma obrigação acessória, a forma como havia sido descrita a irregularidade no Auto de Infração não poderia ensejar a presunção de omissão de saídas. Para embasar seu argumento trouxe decisões deste Colegiado, concluindo que, no máximo, o lançamento fiscal deveria ser insubsistente até junho/2002 e daí em diante ser cobrada a multa acessória de 10% sobre as notas cujas cópias se encontrem no PAF, após serem entregues cópias ao autuado, ressalvando, em seguida, que os documentos fiscais citados não serviam aos fins destinados, por serem documentos sem autenticidade.

Requeru a nulidade ou a improcedência dos itens do lançamento em discussão.

Em nova informação fiscal (fls. 260/262) a autuante ratificou o lançamento, já que baseado na legislação tributária em vigor do Estado da Bahia, bem como, pelo fato do impugnante em nenhum momento ter trazido provas aos autos para desconstituí-lo.

VOTO

O processo volta a esta 1ª Instância de Julgamento para nova apreciação da autuação por decisão da 2ª Instância deste Conselho de Fazenda Estadual tendo em vista que houve cerceamento de defesa pelo não cumprimento dos prazos processuais.

Inicialmente ressalto que no foro administrativo, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que o pleito do impugnante seja atendido. O órgão competente desta Secretaria poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo.

Passo a decidir a lide atentando, inicialmente, às arguições de nulidade suscitadas pelo defendente. Na primeira o impugnante afirmou que já havia sido lavrado outro Auto de Infração (nº 206921.0004/03-5) que embora apontasse ocorrências diversas, deveria compor o mesmo lançamento. Para sanar a irregularidade, caso houvesse, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência solicitando a anexação ao presente cópia do Auto de Infração nº 206921.0004/03-5 e da respectiva Ordem de Serviço, o que foi realizado. Analisando o lançamento feito em 30/6/2003 (fls. 198/199) trata de omissões de saídas de mercadorias apuradas através de saldo credor na conta Caixa no período de 1998 e 1999. Com esta comprovação, os períodos auditados são diferentes. O item 1 do lançamento em questão trata, igualmente, de omissões de saídas de mercadorias apuradas através de entradas não registradas, porém entre 1/1/2001 a 30/1/2002. Junte-se a este fato de que embora os dois Auto de Infração tenham a mesma data de lavratura, possuem Ordens de Serviços diferentes (nº 5072092/03 a do presente e nº 507248/03, o outro Auto de Infração – fl. 203). De acordo com o art. 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 um cópia da justificativa e dos autos de infrações anteriores. Este, entretanto não foi nem o caso, pois como provado, os períodos auditados foram diferentes. Diante destas comprovações, não existe motivo para se alegar nulidade do presente processo.

Em segunda preliminar, a defesa arguiu a nulidade do item 1 da autuação por não ter recebido cópias das notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT. De fato, esta situação ficou comprovada nos autos. A 2ª JJF na fase de instrução processual deu a conhecer ao impugnante os documentos fiscais. Porém houve equívoco quanto ao prazo de manifestação do sujeito passivo e este foi o motivo da anulação da decisão anterior da Primeira Instância. Retornando os autos a Primeira Instância, foi reaberto prazo de defesa (30 dias), que o contribuinte se utilizou, tendo a autuante

se manifestado, de igual maneira. Sanada a irregularidade não existe mais motivo para a arguição de cerceamento do pleno direito de defesa, com base no § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Abordando o mérito da autuação, o item 1 do lançamento em discussão trata de omissões de saídas de mercadorias apuradas através de entradas não registradas. O impugnante alega que sendo empresa enquadrada no SimBahia estava desobrigado a escriturar o livro Registro de Entradas. Assim, a presunção, base da autuação, não poderia ser no caso aventada. E, a partir de junho/2002, quando passou para o regime normal de apuração do imposto, o correto seria a aplicação de multa de 10% sobre o valor das mercadorias entradas, conforme mandamento da legislação. Porém, como os documentos fiscais não se encontravam autenticados nem este fato poderia ser imputado. Trouxe á lide decisões deste Colegiado.

Este é um argumento sem qualquer base para ser recepcionado. O que aqui estar a se tratar é a falta de pagamento do imposto pela presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, ou seja, a legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável e não falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas. Este fato não se comprova exclusivamente pelo livro Registro de Entradas, que até junho de 2002, realmente, o contribuinte estava desobrigado a possuir. Porém para este período o sujeito passivo estava obrigado a informar todas as suas aquisições através das DME, escriturá-las no livro Caixa e guardar por cinco anos, em ordem cronológica todas as notas fiscais de aquisições (art. 408-C, II, “a”, do RICMS/97). Para desconstituir a infração bastaria que o impugnante trouxesse aos autos as primeiras vias dos documentos e a comprovação de que os mesmos compuseram o cálculo do imposto mensalmente pago. Quanto ao fato das notas fiscais não estarem autenticadas, ressalto que não são cópias, e sim originais, terceiras vias colhidas pelo fisco estadual quando do trânsito das mercadorias pelo território baiano, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, estando nelas identificados os dados do destinatário, no caso, o autuado, estão revestidas de todas as formalidades legais, as mercadorias são condizente com o ramo de atividade do contribuinte. Assim, as notas fiscais acostadas ao PAF são documentos legais e se constituem em prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte.

Desta forma, os argumentos de defesa não possuem sustentação, não havendo qualquer sentido o seu requerimento de diligência para apuração dos fatos e as decisões deste Colegiado trazidas pelo impugnante não servem como paradigmas à presente lide.

No mais, analisando os demonstrativos de fls. 42/43 e de fls. 132/133, o autuante calculou o imposto de acordo com a legislação tributária vigente. Para o período de janeiro de 2001 a junho de 2002, época do desenquadramento do autuado do SimBahia, a apuração do imposto foi feita pelo regime normal, ou seja, com aplicação da alíquota de 17% a partir da ocorrência dos fatos e os 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 comprovasse a existência de créditos superiores ao acima indicado (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98). Esta sistemática é aplicada tendo em vista a excepcionalidade da condição do contribuinte, visando que não seja ferido o princípio da não-cumulatividade do imposto. A partir de julho de 2002 até novembro de 2002 sem qualquer crédito, pois o autuado neste período não mais se encontrava enquadrado no SimBahia e, como já explanado, no caso se estar a cobrar imposto através de uma presunção legal de vendas anteriores efetuadas sem emissão de notas fiscais.

Diante do exposto, mantenho a autuação em relação a este item no valor de R\$6.119,96.

O item 2 trata da aplicação de multa de 10% sobre aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária nos exercícios de 2001 e 2002. Neste item razão assiste em parte ao impugnante. Esta multa não pode ser cobrada até junho de 2002, pois até este período o sujeito passivo estava enquadrado no SimBahia e desobrigado a escriturar os livros fiscais, com exceção do livro Registro de Inventário, Registro de Impressão de Documentos Fiscais e Livro de Movimentação de Combustíveis, nas condições estabelecidas (art. 408-C, VI, do RICMS/97). No caso, deveriam ser analisadas se nestas aquisições houve ou não o recolhimento antecipado o imposto pelos fornecedores. Não havendo este recolhimento, a cobrança recairia sobre a obrigação principal, ou seja, sobre o ICMS devido por substituição tributária.

Porém a partir de julho de 2002, quando o autuado já se encontrava sob o regime normal de apuração do ICMS é obrigado a escriturar no livro Registro de Entradas estas aquisições. Não o fazendo, cabe a cobrança de multa. Ressalto, que ao contrário da afirmativa da defesa, não existe duplicidade de lançamento entre os itens 1 e 2 da autuação. Quando do levantamento efetuado, a autuante sobre as notas fiscais que compuseram este item não cobrou imposto, apenas a multa por obrigação acessória. Este fato está provado às fls. 42/43 e 132/133 dos autos.

Entretanto, o autuante cobrou multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Neste caso, sobre elas a multa não é de 10% do seu valor comercial e sim de 1%, ao teor do art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Portanto, refazendo o levantamento fiscal, o valor da multa é de R\$139,37, conforme demonstrativo de débito a seguir.

DATA	NF	BC	MULTA 1%
jul/02	238948	2.957,69	29,57
	67420	3.451,46	34,51
	67700	3451,46	34,51
	68269	226,63	2,26
TOTAL			100,85
ago/02	69758	3.636,06	36,36
TOTAL			36,36
set/02	2830	216,35	2,16
TOTAL			2,16

Os itens 3, 4 e 5 tratam, respectivamente, da 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, através das notas fiscais nº 32045, 47687 e 43217, nos meses de março/2001, janeiro e junho de 2002, do recolhimento a menos do ICMS, no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) no mês de junho de 2002 e do 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. Estes itens não foram contestados pelo defendente. Não havendo lide a ser decidida, subsiste a cobrança do ICMS nos valores de R\$376,70, R\$538,19 e R\$250,81, respectivamente.

Ante o exposto, 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 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$139,37**, prevista no art. 42, XI da referida lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR