

**A. I. N°** - 206969.0013/04-1  
**AUTUADO** - ILHÉUS EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA. (ESPERANÇA EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.)  
**AUTUANTE** - IRLENE ERCI LINO  
**ORIGEM** - INF AZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 07.12.04

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0478-01/04**

**EMENTA. ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. EXGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado utilizou os créditos fiscais relativos as aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com encerramento da fase de tributação nas saídas das mesmas. Vedada a sua utilização. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não existe Convênio ou Protocolo do ICMS relativo às mercadorias, objeto da autuação (peças para veículos automotores). Responsabilidade do adquirente pelo pagamento do imposto devido por antecipação. Infração confirmada. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTINS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, no exercício de 2001. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS. Constitui-se em presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis a não contabilização dos pagamentos das mercadorias adquiridas, cujas notas fiscais foram colhidas através do CFAMT, nos exercícios de 2002 e 2003. Infração subsistente. 5. REGISTRO DE OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO “NÃO TRIBUTADAS”. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado não elide a acusação. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não elidida. Redução da penalidade aplicada em face da retroatividade benéfica da lei. Multa de 1% sobre o valor das saídas do período. 7. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/05/04 exige imposto no valor de R\$ 157.628,66, além da multa no valor de R\$ 28.649,40, pelas seguintes irregularidades:

- 1) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, no período de 04/2001 a 04/2002, referente a notas fiscais de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição, com o imposto retido na origem e/ou pago antecipadamente, estando a fase de tributação encerrada, no valor total de R\$ 4.135,05;
- 2) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (autopeças – constantes do item 30, do inciso II do art. 353 do RICMS/BA), nos exercícios de 2001 e 2002 e 2003, no valor total de R\$ 41.220,16;
- 3) omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de abril a dezembro de 2001, no valor total de R\$ 34.583,81. O contribuinte apresentou declaração de extravio dos livros Diário relativos aos exercícios de 2000 e 2000 a 2003, ocorrido após intimação para apresentação dos mesmos à fiscalização, e não apresentou nenhum livro contábil, sendo feita a auditoria do caixa levando em consideração todos os documentos comprovantes de receitas e despesas apresentadas pelo contribuinte no período;
- 4) omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, mediante notas fiscais enviadas pelo CFAMT (2002 e 2003), sendo encontrada na documentação apresentada pelo contribuinte a esta fiscalização notas fiscais não escrituradas relativas aos períodos de 01 e 02/2003, no valor total de R\$ 35.069,80;
- 5) deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos livros fiscais (Registros de Saída e Apuração) como outras, ora destacando o imposto nos documentos fiscais – notas fiscais e cupons fiscais – ora informando nesses documentos que as mercadorias tributáveis eram não tributáveis, nos exercícios de 2001 a 2003, no valor total de R\$ 42.619,84;
- 6) deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas (entradas e saídas), relativas ao período de 08/2001 a 31/12/2003, apesar de ter sido intimado por duas vezes e do prazo concedido para cumprimento das intimações, multa no valor de R\$ 28.509,40;
- 7) declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, nos meses de abril de 2001, abril, junho a agosto e dezembro de 2002, setembro a dezembro de 2003, multa no valor de R\$ 140,00.

Foi lavrado termo de revelia, à fl. 1027, tendo a PGE/PROFIS emitido parecer, à fl. 1036, autorizando a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Em seguida, o processo foi remetido ao Inspetor Fazendário, constando, às fls. 1037/1038, informação de que a defesa foi protocolada tempestivamente, no dia 07/07/2004, sob nº 122378/2004-8 e, por erro do preposto, foi constituída para os Autos de Infração nºs 206969.0013/04-1 e 206969.0014/04-8, uma peça defensiva, tendo sido a mesma apensada apenas no Auto de Infração nº 206969.0014/04-8.

O Inspetor Fazendário reconhecendo a tempestividade da defesa e a ilegalidade do Termo de Revelia, solicitou o cancelamento da inscrição na dívida ativa à GECOB, comunicando ao autuado do trâmite administrativo do processo.

O autuado, às fls. 1040 a 1043, apresentou defesa tempestiva, através de seu representante legalmente constituído, alegando que o autuante codificou a infração no art. 125, I, “a” c/c art. 61, do RICMS/97, estando, o referido dispositivo, revogado pelo Dec. 8.969, de 12/02/04. Também, disse que o autuante citou o art. 371, I, “a”, do citado regulamento, sob o fundamento de que não

havia convênio com os Estados de origem das mercadorias, sendo que as compras foram efetuadas nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e outros conveniados para antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Entendeu ser nulo o Auto de Infração.

Argumentou ser inaplicável a multa por ausência da base tributária, posto que não existindo a infração, não há o que se falar de multa.

Protestou dizendo que o enquadramento da infração no art. 97, IV, “b”, se trata de compra dentro do Estado, sendo correto o crédito do ICMS e, que não houve utilização de crédito de operações desoneradas, de que trata o art. 356, do RICMS/97.

Afirmou que mantém escrituração regular e os livros foram entregues para a fiscalização, estando disponibilizados os documentos respectivos.

Requeru a insubsistência dos laudos pela falta de consistência da autuação e inexatidão dos enquadramentos.

A autuante, às fls. 1046 a 1049, informou que o representante do autuado apresentou peça impugnatória única para dois Autos de Infração: 206969.0014/04-8 e 206969.0013/04-1. Que o autuado no final da folha 1040 informou se tratar de defesa relativa ao presente Auto de Infração, no entanto, o conteúdo de suas alegações na folha 1041 diz respeito a auto distinto, passando o representante do autuado, às fls. 1042/1043 a impugnar o auto em questão, sem informar a qual ou quais infrações está se referindo.

Esclareceu que o art. 97, IV, “b” e art. 356, do RICMS, se referem, respectivamente, a vedação de utilização de crédito relativo as aquisições de mercadorias com pagamento do imposto devido por antecipação e sobre a desoneração do imposto nas operações internas subsequentes à ocorrência do pagamento do imposto devido por antecipação ou substituição tributária.

Que ao contrário do que afirma o autuado, o inciso I do art. 125 não foi revogado, e sim, o inciso II do citado artigo e, também esclareceu não existir convênio entre o Estado da Bahia e os demais Estados de origem das mercadorias em relação a autopeças.

Informou que o autuado, após intimação para apresentação de livros e documentos, inclusive livro Diário e documentos contábeis, apresentou comunicação à Repartição Fiscal de extravio dos livros Diário, relativos aos exercícios de 2000 a 2003, conforme processo SIPRO nº 049027/2004-3, sendo intimado a apresentar os demais livros contábeis e os documentos correspondentes aos lançamentos em 22/03 e 13/04/04, não sendo atendida as intimações até o encerramento da ação fiscal. Que efetuou a Auditoria da Conta “Caixa” com base na documentação apresentada, apurando saldo credor em diversos meses do exercício de 2001. Não tendo respaldo a alegação de que mantém escrituração contábil.

Disse a autuante que o Auto de Infração está correto no conteúdo e forma, o enquadramento legal e aplicação da multa para cada infração estão em conformidade com a legislação aplicável, as infrações descritas na autuação e os levantamentos perfeitamente discriminados nos anexos, com a entrega de cópia ao contribuinte. Também, disse que não há que se falar em “insubsistência dos laudos” já que não existe nenhum laudo nos autos.

Opinou pela manutenção da autuação.

## VOTO

Rejeitada a preliminar de nulidade alegada pelo autuado, haja vista que as infrações estão descritas de forma clara e precisa, tendo o autuado recebido cópia de todos os levantamentos e demonstrativos anexados ao Auto de Infração. Assim, não vislumbro nos autos a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Também, as multas por infração foram aplicadas com base na Lei nº 7.014/96.

No tocante a alegação de que tivesse havido revogação de dispositivo regulamentar (art. 125, I, “a”, do RICMS/97), através do Decreto nº 8.969/04, neste sentido tenho duas observações a fazer: 1) não houve revogação do dispositivo regulamentar acima citado. Houve, sim, revogação do inciso II, do citado artigo do regulamento a partir de fevereiro de 2004; 2) mesmo que tivesse havido alteração ou revogação dos dispositivos citados na acusação fiscal, tal situação não se aplicaria a fatos ocorridos em data anterior à revogação das disposições regulamentares, ou seja, não se aplica a retroatividade, no tocante a exigência de tributo, quanto se trata de modificação ou revogação de disposição legal que trate de fato gerador e de base de cálculo, a exceção quando houver disposição expressa na lei que revogue ou modifique as disposições anteriores. Assim, para a exigência de tributos deve ser verificada a norma vigente à época da ocorrência dos fatos.

Também, as mercadorias (peças para veículos automotores) passaram a ter tratamento de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, através do Dec. nº 7.886/00, efeitos a partir de 30/12/00, não havendo Convênio ou Protocolo firmado entre o Estado da Bahia e os demais Estados da Federação. Desta forma, nas aquisições interestaduais dessas mercadorias, o contribuinte adquirente é o responsável tributário pelo pagamento do imposto devido por antecipação.

Das peças processuais, verifico que a autuante apresenta quadros demonstrativos apontando as irregularidades detectadas por infração, conforme a seguir:

Na infração 01 foi exigido imposto por utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

As mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária têm sua fase de tributação encerrada nas operações internas subseqüentes, em razão do pagamento do imposto devido por antecipação ou substituição tributária. Assim, é vedada a utilização do crédito fiscal destacado no documento fiscal de aquisição. A autuante apresentou quadro demonstrativo indicando, inclusive, número da documentação fiscal e página de folha do livro Registro de Entradas em que foi registrado pelo autuado, demonstrando a irregularidade cometida pelo impugnante.

Na infração 02 foi exigido imposto devido por antecipação, por falta de recolhimento e recolhimento a menos, na aquisição de autopeças, ou seja, de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

O autuado alega haver convênio entre o Estado da Bahia e os Estados de origem das mercadorias, sem, contudo, observar que não existe Convênio ou Protocolo firmado em relação a tais mercadorias. Assim, caberia ao sujeito passivo, o pagamento do imposto devido por antecipação quando de sua aquisição, o que não ocorreu.

Como também foi identificado recolhimento a menos que o efetivamente devido, a autuante apresentou levantamento, identificando individualmente cada nota fiscal e o cálculo do imposto devido.

A infração 03 exige imposto por identificação de omissão de saída de mercadorias por presunção, apurada através da realização do roteiro de Auditoria da Conta “Caixa”, no exercício de 2001. A autuante, de posse dos documentos de pagamentos, elaborou levantamento mês a mês, identificando o valor total dos pagamentos confrontando-os com as receitas de vendas declaradas, apurando, em alguns meses do citado exercício, saldo credor de caixa. Também, na infração 04, foi identificada omissão de saída de mercadorias por presunção, nos exercícios de 2002 e 2003, pela não contabilização de notas fiscais de aquisição de mercadorias, cujos documentos foram colhidos nos postos de trânsito, através do Sistema CFAMT.

O autuado apesar de ter alegado que os documentos e livros se encontravam disponibilizados para exame pela fiscalização, apresentou, em 17/03/04, petição à SEFAZ/ILHÉUS, informando ocorrência de extravio dos livros Diário relativo aos exercícios de 2000 a 2003, juntando ao

comunicado Certidão de Perda/Extravio de Documento da 7ª Coordenadoria de Polícia – Ilhéus. Assim, com base no que dispõe o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ressalto, que na presente situação, o imposto exigido nos itens 3 e 4, decorrentes de apuração de saldo credor de caixa e não contabilização de aquisições de mercadorias, em exercícios distintos, constitui indicação de realização de operações de saídas de mercadorias tributadas anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentação fiscal e, com os recursos daquelas vendas o contribuinte efetuou o pagamento das entradas não declaradas, bem como supriu o saldo credor apontado na Auditoria da Conta Caixa. Tal situação tem como previsão legal o disposto no §4º do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Já na infração 05 o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do imposto ao lançar, nos livros Registros de Saída e Apuração, valores de vendas de mercadorias tributáveis como sendo não tributáveis. Foram identificadas, pela autuante, as operações realizadas relativas as saídas de mercadorias que apesar de serem tributadas foram lançadas como não tributadas, e, em consequência, não foi recolhido o imposto devido

Quanto a infração 06, foi aplicada multa de 1% sobre as operações de entradas e saídas, pela falta de apresentação de arquivos magnéticos nos meses de agosto de 2001 a dezembro de 2003.

No tocante a infração acima, o autuado contrariando o disposto no art. 686, § 5º e art. 708-B, do RICMS/97, foi penalizado com a aplicação da multa de 1%, no valor de R\$ 28.509,40, calculada sobre o valor das operações e prestações de entradas e saídas de mercadorias. Com a alteração da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 9.159/04, a alínea “g”, do inciso XIII-A do art. 42, passou a ter a seguinte redação:

*Alínea “g” – 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;*

Apesar da aplicação da penalidade se referir a período anterior a alteração da Lei nº 7.014/96, que exclui do cálculo da multa os valores das entradas do estabelecimento, já que a ação fiscal diz respeito aos exercícios de 2001 a 2003, no caso de penalidade, a lei retroage para beneficiar o sujeito passivo, disposição prevista no art. 106, II, “c”, do CTN.

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

....

*II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

...

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.*

Desta forma, a penalidade a ser exigida na presente ação fiscal corresponde a 1% do valor das saídas em cada período de apuração, passando o valor do débito a ser exigido para R\$ 17.979,48, conforme abaixo demonstrado:

Mês/ano	Valor das saídas	1% multa
08/2001	56.183,43	561,83
09/001	46.012,80	460,13
10/2001	44.691,62	446,92

11/2001	61.678,80	616,79
12/2001	84.435,26	844,35
01/2002	109.847,63	1.098,48
02/2002	69.097,77	690,98
03/2002	64.985,85	649,86
04/2002	61.849,94	618,50
05/2002	48.216,63	482,17
06/2002	25.908,38	259,08
07/2002	61.242,81	612,43
08/2002	65.261,67	652,62
09/2002	51.961,15	519,61
10/2002	72.671,00	726,71
11/2002	52.200,90	522,01
12/2002	67.603,71	676,04
01/2003	68.434,91	684,35
02/2003	64.151,22	641,51
03/2003	56.752,88	567,53
04/2003	42.990,15	429,90
05/2003	43.541,90	435,42
06/2003	43.091,81	430,92
07/2003	75.475,32	754,75
08/2003	65.982,32	659,82
09/2003	77.429,81	774,30
10/2003	81.831,81	818,32
11/2003	67.843,31	678,43
12/2003	66.573,10	665,73
TOTAL	1.797.947,89	17.979,48

A infração 07 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela declaração incorreta de valores escriturados nos livros fiscais, sendo aplicada multa no valor de R\$ 140,00. Não houve impugnação em relação a penalidade aplicada.

Mantidas integralmente as infrações 01 a 05 e 07 e, parcialmente, no valor de R\$ 17.979,48, a infração 06.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206969.0013/04-1, lavrado contra **ILHÉUS EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA. (ESPERANÇA EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 157.628,66**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$

4.135,05, R\$ 41.220,16, R\$ 42.619,84 e 70% sobre R\$ 34.583,81 e R\$ 35.069,80, previstas no art. 42, II, “a” e “d”, III e VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 18.119,48**, previstas no art. 42, XIII-A e XVIII, “c”, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR