

PROCESSO - A. I. Nº 269515.0003/03-5
RECORRENTE - MACFIL FILTROS E LUBRIFICANTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0443-03/07
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 24/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Constitui descumprimento de obrigação acessória a falta de escrituração de notas fiscais no Registro de Entradas, sujeitando o infrator à penalidade correspondente a 10% do valor das mercadorias entradas no estabelecimento e não registradas. As empresas enquadradas no regime simplificado do imposto (SimBahia), entretanto, são dispensadas da escrituração dos livros fiscais, exceto o Livro Registro de Inventário, e, em substituição a escrita mercantil, o Livro Caixa. Infração parcialmente caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide foi lavrado, em 02/06/03, para exigir o ICMS no valor de R\$5. 300,15, acrescido da multa de 50%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$16.033,43, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do imposto, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado do ICMS (SimBahia) – R\$5. 300,15;
2. Entradas de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal – multa de 10% no valor de R\$16. 033,43.

O autuado apresentou defesa suscitando, preliminarmente, a nulidade da infração 2, sob a alegação de que não recebeu cópia dos documentos fiscais que não teriam sido escriturados e, sem a documentação.

No mérito, sem se referir à infração 1, argumenta em relação à infração 2, que não pode ser aplicada a penalidade indicada, prevista para os contribuintes do regime normal, tendo em vista que está enquadrado como empresa de pequeno porte. Primeiro, porque a ausência de registro não acarreta nenhum prejuízo para o Estado, uma vez que, não estando configurada a hipótese de omissão de saídas, recolheu o imposto em função de sua receita bruta ajustada, não existindo repercussão das notas fiscais no ajuste. Segundo, porque a multa de 10% supera em cinco vezes o percentual incidente sobre a sua receita bruta, causando um verdadeiro confisco e a cassação do regime especial a ele concedido. Terceiro, porque, em contraprestação, não pôde usufruir de nenhum benefício pela ausência de escrituração, o que também se constitui num indício de que as operações não existiram e, ainda que confirmadas as operações, a penalidade foge ao espírito da Lei do Simbahia e ao conteúdo da Orientação Normativa nº 01/2002.

Conclui aduzindo que, além de irregular e sem sentido, é extremamente injusta a aplicação da multa de 10%, mesmo que comprovada a falta de escrituração de entradas de mercadorias, em razão de sua condição de empresa de pequeno porte.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, pede a nulidade ou a improcedência da infração 2 e requer a conversão da multa indicada em sanção fixa no valor de R\$45, 00, prevista no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, “por ser compatível com a condição da empresa”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 331 e 332), ressalta inicialmente que o autuado reconheceu tacitamente a procedência da infração 1.

Quanto à infração 2, refuta a preliminar de nulidade, suscitada pelo autuado, aduzindo que as notas fiscais foram acostadas às fls. 100 a 319 dos autos e colocadas à disposição do interessado, não se configurando o alegado cerceamento do direito de defesa.

No mérito, afirma que a falta de lançamento de notas fiscais se constitui em ilícito fiscal punível com a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, procedimento que, a seu ver, favoreceu o contribuinte, haja vista que, se tal procedimento fosse tipificado como omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o valor do débito seria muito superior ao apontado neste item do lançamento.

Ressalta que o SimBahia é um benefício fiscal *“com regras legalmente constituídas que mostram atos de bondade, apoio, e proteção do Estado da Bahia, que por prerrogativa, liberalidade e favor deste são concedidas a certas pessoas ou coisas; são graças que se constituem em privilégios”* e que, no presente caso, *“o contribuinte está sendo tratado como se sua condição fosse a de Empresa Normal, visto ter se desenhado por prática de ilícitos fiscais contemplados no Art. 408-L do RICMS/BA”*.

Finaliza dizendo que *“na esperança de favorecer o contribuinte no seu intento de baixar sua inscrição estadual no CICMS/BA foi lavrado este Auto de Infração, minimizando-se o máximo possível as penalidades dos ilícitos fiscais apurados e praticados no passado”*. Mantém o Auto de Infração.

A JJF decidiu converter o PAF à Inspetoria de origem para que entregasse cópias das notas fiscais acostadas ao PAF, às fls. 100 a 319, e reabrisse o prazo de defesa de trinta dias.

O autuado foi intimado (fl. 351) e voltou a se manifestar (fls. 353 e 354), alegando que *“não obstante venha a suprir vício alegado na defesa, correspondente à suposta ausência dos documentos que deram margem ao Auto de Infração a exibição das notas fiscais não servem de suporte ao lançamento, conforme razões já explanadas na peça defensiva, bem como porque, consoante item 1 do PAF, o autuado encontrava-se enquadrada no SimBahia, como EPP, condição que não a obriga a escrituração do LRE, o que, por via conexa, impede a aplicação da sanção pela mesma ‘omissão’ ”*.

Transcreve a ementa do Acórdão CJF nº 0436-12/02 sobre a matéria, protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, pede a nulidade ou a improcedência da infração 2 ou a conversão da multa indicada em sanção fixa no valor de R\$45, 00, prevista no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

O autuante se pronunciou (fls. 359 e 360) reiterando todos os argumentos já expendidos em sua informação fiscal e acrescentando que *“as notas fiscais de entradas capturadas pelo CFAMT foram checadas com o livro de Registro de Entradas (fls. 20 a 98) e como não haviam sido lançadas, foram tratadas como ilícitos fiscais e penalizadas conforme descrito acima”*.

Prossegue dizendo que “o recorrente deve estar interpretando mal o conteúdo do Acórdão por ele citado, pois não está levando em consideração o art. 408-L do RICMS/BA do desenquadramento por prática de ilícitos fiscais”. Finalmente, pede a manutenção do lançamento, “diante da fragilidade da peça recursal”.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, ressalto que foi saneada a irregularidade formal existente neste PAF, relativa à infração 2, com a entrega, ao autuado, de fotocópias das notas fiscais juntadas às fls. 100 a 319 e a reabertura do prazo legal para apresentação de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, na infração 1, em razão do recolhimento a menos do imposto, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado do ICMS (SimBahia). O contribuinte não impugnou a irregularidade apontada e, portanto, é devido o valor exigido.

Na infração 2 exige-se a multa de 10% sobre o valor das mercadorias entradas no estabelecimento do contribuinte, cujas notas fiscais não foram registradas na escrita fiscal.

O autuado não trouxe aos autos nenhuma prova de que os documentos fiscais foram lançados em sua escrituração, entretanto, impugnou o débito, sob o argumento de que não pode ser aplicada a penalidade indicada na autuação, já que está enquadrado como empresa de pequeno porte, e, no máximo, poderia ser aplicada a penalidade, prevista no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$45, 00, “por ser compatível com a condição da empresa”.

Analisando os documentos constantes dos autos, especialmente o “Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação” juntado à fl. 361, constato que o sujeito passivo era inscrito na condição de normal até o dia 31/12/98; a partir de 01/01/99 até 03/10/02, como empresa de pequeno porte; e, posteriormente, como microempresa (SimBahia).

As obrigações tributárias acessórias concernentes às empresas do SimBahia estão previstas no artigo 408-C, do RICMS/97 que estabelece o seguinte (redação vigente a partir de 24/02/00):

Art. 408-C. *As microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes:*

.....

III - conservação, durante 5 anos, dos livros e documentos fiscais, por parte do contribuinte antes inscrito na condição de contribuinte normal e que vier a ser enquadrado como microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, observado o disposto no art. 144;

.....

VI - escrituração:

a) *do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, tratando-se de empresas de pequeno porte e microempresas com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);*

b) *do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), pelos postos revendedores de combustíveis.*

c) *do livro Registro de Impressão de Documentos Fiscais, pelas empresas que confeccionarem impressos de documentos e livros fiscais para terceiros ou para uso*

no próprio estabelecimento.

Pela análise da legislação, verifico que o autuado, por estar enquadrado no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), a partir de 01/01/99, estava desobrigado de escriturar o livro Registro de Entradas e, conseqüentemente, não é admissível legalmente que lhe seja aplicada multa por falta de lançamento, no referido livro, de notas fiscais de entradas de mercadorias, ainda que o contribuinte, por opção, o tenha escriturado.

Este é o posicionamento adotado anteriormente por este CONSEF, manifestado no Acórdão CJF nº 0436-12/02, cuja ementa foi transcrita pelo sujeito passivo. O Voto foi proferido pelo Sr. Ciro Roberto Seifert nos seguintes termos:

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente processo, verifico que, na Decisão Recorrida, as parcelas excluídas da exigência pela 4ª JJF foram em parte relativas aos exercícios de 1996 e 1998, e totalmente quanto ao exercício de 1999.

Quanto aos exercícios de 1996 e 1998, foi acatada a diligência levada a efeito pelo autuante, que retificou o valor das aquisições e das respectivas multas e anexou as notas fiscais coletadas pelo sistema CFAMT.

Considero correto este entendimento.

No que tange ao exercício de 1999, a 1ª Instância decidiu que, uma vez inscrito na condição de empresa de pequeno porte (SIMBAHIA), o autuado não se encontrava obrigado à escrituração do Livro Registro de Entradas, conclusão esta que teve a anuência do autuante.

De fato, o art. 408-C, VI, “a”, do RICMS/97 dispensa a empresa de pequeno porte da escrituração dos livros fiscais, exceto o Livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, o Livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária.

Pelo que expus, vejo que a Decisão Recorrida está perfeita e não merece qualquer reparo, e o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para homologá-la.

Em conclusão, relativamente à infração 2, entendo que está correto o débito apontado no exercício de 1998, considerando que o autuado era inscrito no cadastro de contribuintes na condição de normal, porém deve ser excluído o valor apurado nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, haja vista a sua condição de empresa enquadrada no SimBahia, não obrigada à escrituração do livro Registro de Entradas.

Devo ressaltar, entretanto, que o procedimento fiscal deve ser renovado para que se apure a ocorrência, ou não, de falta de pagamento do ICMS, em razão da presunção legal de ocorrência de omissão de saídas de mercadorias nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, conforme previsto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, observado o prazo decadencial.

Por fim, destaco que, ao contrário do que foi afirmado pelo autuante, o autuado não foi desenquadrado do regime simplificado de apuração do imposto (SimBahia) nos moldes do artigo 408-L, do RICMS/97. Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser renovado o procedimento fiscal a teor do artigo 156, do RPAF/99, como explanado acima.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente diz que ratifica as alegações da defesa e demais pronunciamentos não acatados pela JJF, pertinentes ao item 2, e que a sanção imposta possui como base impositivo o próprio ICMS contido nas notas fiscais arrolada, sem fundamentação legal, pois o tributo não pode servir de base para cobranças outras, mesmo de caráter formal, sob pena de bis in idem. Transcreve o dispositivo da Lei nº 7.014/96 para comprovar que o valor

comercial exclui o ICMS. Requer que o item 2 seja julgado improcedente, ou, no máximo, procedente em parte, com a redução da base de cálculo, com a exclusão do imposto.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes fundamentos:

- restou incontroversa a irregularidade do recolhimento a menos do ICMS;
- no que concerne à obrigatoriedade da escrituração dos livros concorda que a presente obrigação acessória só efetivamente teve existência, validade e eficácia no momento da concretização da hipótese de incidência, que neste caso corresponde ao enquadramento no regime simplificado em 01/01/1999.

Em relação à nova argumentação veiculada na súplica recursal, entende pela impossibilidade de sua apreciação, pois as mesmas não foram objeto da peça de defesa, tendo ocorrido a preclusão temporal.

VOTO

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte alega, com relação à infração 2, que o valor do imposto constante das notas fiscais deve ser excluído da base de cálculo. Como bem fundamentou a PGE/PROFIS, ocorreu a preclusão temporal, pois essa matéria não foi objeto de contestação na defesa. Por outro lado, o contribuinte limita-se a alegar, mas não traz ao processo, ainda que intempestivamente, comprovação ou demonstrativos que pudessem ser analisados por este Conselho, pois, caso confirmado, em se tratando de matéria de fato, entendo que deveria ser considerada, vez que poderia ser caracterizada a bitributação ou a cumulatividade. Com relação a multa, agiu corretamente a JJF ao excluir da penalidade o período em que o autuado adquiriu a condição EPP. Quanto ao mérito, a Decisão da JJF demonstra exaustiva e adequadamente a procedência da autuação, cujos argumentos adoto como razão de decidir.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269515.0003/03-5**, lavrado contra **MACFIL FILTROS E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.300,15**, sendo R\$2.830,07, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$2.470,08, acrescido de idêntica multa, prevista no item 3 da alínea “b” do inciso I, da citada lei e artigo, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$6.009,23**, atualizado monetariamente, prevista no artigo 42, IX, da Lei nº 7.014/96, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a teor do art. 156, do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS