

PROCESSO - A. I. Nº 232992.0009/03-2
RECORRENTE - M.V.J.N. COMÉRCIO DE MADEIRA LTDA. (MADEIREIRA AZEVEDO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0021-03/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0077-12/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Considerando a condição do autuado como Empresa de Pequeno Porte, sendo detectado omissão de entradas de mercadorias no período de agosto/1999 até outubro/2000 a legislação estabelece que o imposto deve ser recolhido de acordo com a receita bruta, aplicando-se o percentual de acordo com a receita bruta ajustada. Infração comprovada. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2003, refere-se a exigência de R\$100.299,70 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento de ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração (SimBahia), referente ao período de agosto de 1999 a outubro de 2000. O recolhimento a menor foi apurado com a omissão de entradas de mercadorias.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas. A empresa deixou de escriturar no demonstrativo de entradas, bem como nas respectivas DME's, a entrada de diversas mercadorias, conforme demonstrativos e notas fiscais acostadas ao PAF, período de novembro de 2000 a dezembro de 2002.

O autuado apresentou impugnação (fls. 785 a 788), alegando preliminarmente que existe absoluta Nulidade do Auto de Infração. Disse que o autuante juntou uma vasta relação contendo números de notas fiscais de remessa de mercadorias destinadas ao estabelecimento autuado, e, ao exame das peças anexadas ao PAF, constatou que não foram juntadas cópias das notas fiscais em referência, ressaltando que a mera relação não tem o condão de provar a infração, e que seria necessário fazer a juntada de cópias das citadas notas fiscais devidamente autenticadas. Assim, argumentou que, se o elemento probante constitui requisito obrigatório, e não foi observado,

determina a nulidade do Auto de Infração e de todo o processo dele decorrente, por cerceamento do direito de defesa.

No mérito, foi alegado que o Auto de Infração é improcedente, ao considerar os cálculos da primeira infração aplicando alíquotas de 2%, 2,5%, 3% e 5%, e multa de 50%. Quanto à infração 2, disse que o autuante aplicou a alíquota de 17% com multa de 70%, e apresentou o entendimento de que o tratamento diferenciado no mesmo processo cria uma exigência fiscal no total corrigido de R\$206.808,91, valor que considera impagável para uma empresa do porte em que se encontra. O defendente argumentou, ainda, que em momento algum ultrapassou os limites concedidos às empresas de pequeno porte, sendo viável a aplicação da mesma sistemática do primeiro item, o que possibilitaria a análise de um pagamento parcelado. Por fim, o defendente disse que o Auto de Infração é imprestável à finalidade a que se destina por abrigar vícios substanciais; falta-lhe legalidade do objeto e existência de motivo. Requereu o deferimento de todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive o pronunciamento da ASTEC, do CONSEF, para finalmente ser decretada a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou informação fiscal, dizendo que a alegação de cerceamento do direito de defesa é uma falsa assertiva, considerando que, além dos demonstrativos por ele elaborados, encontram-se no processo as notas fiscais que foram omitidas. Quanto ao tratamento diferenciado nas duas infrações, disse que o procedimento foi devidamente explicitado no processo, e o autuado reconheceu implicitamente a infração, quando disse que concordava em fazer um parcelamento, desde que permaneçam as alíquotas aplicáveis à situação de SimBahia.

De acordo com a informação consignada pelo autuante no demonstrativo à fl. 11, à Receita Bruta foram acrescentados os valores apurados em Notas Fiscais de Entradas não registradas. A 2ª JJF, deliberou converter o presente processo em diligência à INFAZ de origem para o autuante elaborar demonstrativo, discriminando a receita declarada e a receita omitida, utilizando como Receita Bruta no Mês o somatório das duas receitas (declarada + omitida), no período 08/99 a 10/2000.

Na informação fiscal prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito à fl. 814, foi cumprida a diligência fiscal solicitada, tendo sido apurados os valores mensais de receita bruta iguais aos demonstrativos originalmente elaborados pelo autuante, às fls. 10/11 dos autos.

Intimado a tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, o defendente apresentou nova manifestação, às fls. 826/827, suscitando nulidade da autuação, alegando que não foram acostadas aos autos as cópias das notas fiscais objeto da autuação fiscal, assegurando que o elemento probante constitui requisito obrigatório, e, se não for observado, determina a nulidade do Auto de Infração. No mérito, disse que o presente Auto de Infração é imprestável à finalidade a que se destina, falta-lhe legalidade do objeto e existência de motivo, e os fatos dados como justificativos do procedimento fiscal não se alicerçam em realidade fática. Pediu que fosse decretada a nulidade ou improcedência do presente lançamento.

Através do Acórdão JJF n.º 0021-03/07, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à preliminar de nulidade de ausência de apresentação das notas fiscais que embasaram o levantamento fiscal, observou que *“além dos demonstrativos concernentes aos cálculos do imposto exigido, nos quais foram relacionadas as notas fiscais objeto da autuação fiscal, foram anexadas aos autos xerocópias dos documentos fiscais, fls 34 a 591”*, razão pela qual *“não se caracterizou o cerceamento alegado nas razões de defesa, e não foi constatada a existência de vícios formais ou materiais que comprometam a eficácia da autuação, e inexistindo os motivos elencados no art. 18 do RPAF/99, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa”*;
- b) no mérito, no que pertine à infração 1, asseverou que *“não procede a alegação defensiva, haja vista que o imposto devido mensalmente é calculado sobre a receita bruta mensal utilizando-*

se os percentuais indicados no art. 387-A do RICMS/97 em função da Receita Bruta Ajustada, e a multa é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96”; prossegue, ressaltando que “está correto o cálculo da receita bruta ajustada, efetuado pelo autuante, haja vista que foram considerados os valores da receita bruta do período incluindo a receita omitida, fato confirmado por meio da diligência fiscal à fl. 814”;

- c) no que tange à infração 2, decidiu que *“Tendo em vista que o autuado é optante pelo SIMBAHIA, com recolhimento mensal do ICMS, observo que no caso em exame foi apurada omissão de receitas tributáveis mediante constatação de entradas de mercadorias não registradas, cabendo adoção de procedimentos para exigência do imposto com base em critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais”*; todavia, *“considerando que no exercício de 1999 essa situação ainda não estava devidamente regulamentada, e tendo em vista que o autuado encontrava-se enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, foi aplicada, no mencionado exercício de 1999, até outubro de 2000, a regra estabelecida no art. 387-A, do RICMS/97, levando em consideração a Receita Bruta Ajustada, e por isso, foi apurado o novo valor da receita mediante o somatório da receita declarada com a receita omitida para se determinar a faixa de recolhimento, abatendo-se o que foi comprovadamente recolhido, e exigido o saldo remanescente (INFRAÇÃO 01), conforme demonstrativo à fls. 10 e 11”*; acrescentou que *“A partir de novembro de 2000 (INFRAÇÃO 02), foi aplicada a regra estabelecida no art. 408-S do RICMS/97, que já estava em vigor”*, pelo que *“a exigibilidade do imposto foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e por isso, no demonstrativo de fls. 12 a 20 do PAF, foi utilizado pelo autuante o crédito de 8% sobre o valor da omissão de saída apurada, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do citado art. 408-S”*; conclui asseverando que *“os cálculos efetuados na segunda infração estão de acordo com a legislação em vigor à época, e não foi comprovada pelo contribuinte a existência de crédito fiscal superior ao considerado no levantamento fiscal”*.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa, integralmente, as razões e pedidos formulados em sua peça impugnatória jungida aos autos.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, invocando as razões de decidir constantes da Decisão recorrida, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Isso porque, como corretamente decidiu o *a quo* em sede de preliminar, incorreu qualquer nulidade no presente Auto de Infração, visto que foram jungidos aos autos não só os demonstrativos referentes aos cálculos do imposto ora cobrado – em que indicadas as notas fiscais objeto da autuação fiscal -, como também as xerocópias dos documentos fiscais (fls 34 a 591).

Ora, inexistiu qualquer cerceamento do direito de defesa, bem como não restou comprovada a existência de qualquer vício formal ou material que comprometa a eficácia da autuação, não havendo os motivos elencados no art. 18, do RPAF/99, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade reiterada nas razões recursais.

Ademais, as notas fiscais objeto da presente autuação, foram obtidas junto à contabilidade do próprio autuado (fl. 792), fato que obsta qualquer arguição de cerceamento do direito de defesa.

No que tange ao *meritum causae*, melhor sorte não assiste ao recorrente.

A infração 1 foi devidamente comprovada, não podendo ser acatada a tese defensiva, notadamente porque o imposto devido mensalmente é calculado sobre a receita bruta mensal,

com espeque nos percentuais indicados no art. 387-A do RICMS/97 em função da Receita Bruta Ajustada. Outrossim, a multa aplicável é aquela prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96.

Daí porque, está correto o cálculo da receita bruta ajustada, efetuado pelo autuante, visto que foram devidamente considerados os valores da receita bruta do período, incluindo a receita omitida, o que foi confirmado através de diligência fiscal.

Com relação à infração 2, como salientou a 3ª Junta de Julgamento no Acórdão recorrido, “foi apurada omissão de receitas tributáveis mediante constatação de entradas de mercadorias não registradas, cabendo adoção de procedimentos para exigência do imposto com base em critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais”.

Por outro lado, tendo em vista que, no exercício de 1999 essa situação ainda não estava devidamente regulamentada, bem como o fato de que o autuado encontrava-se enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, foi aplicada, quanto ao aludido período (até outubro de 2000), a regra estabelecida no art. 387-A, do RICMS/97, levando em consideração a Receita Bruta Ajustada. Por tal razão, resultou-se em novo valor da receita, “mediante o somatório da receita declarada com a receita omitida para se determinar a faixa de recolhimento, abatendo-se o que foi comprovadamente recolhido, e exigido o saldo remanescente (INFRAÇÃO 01), conforme demonstrativo à fls. 10 e 11”; como salientou o *a quo*.

No que se refere ao período a partir do mês de novembro de 2000 (INFRAÇÃO 02), aplicou-se a regra estatuída no art. 408-S do RICMS/97, pelo que a exigência do imposto foi adotada, tomando-se por base a alíquota normal de 17%, tendo sido concedido, pelo autuante, o crédito de 8% sobre o valor da omissão de saída apurada, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme preceitua o § 1º, do citado art. 408 (demonstrativo de fls. 12 a 20 do PAF).

Assim, restou comprovado o acerto da autuação também quanto à segunda infração, não tendo o contribuinte, se desincumbido do ônus de demonstrar a existência de crédito fiscal superior ao considerado no levantamento fiscal.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo 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 Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232992.0009/03-2**, lavrado contra **M.V.J.N. COMÉRCIO DE MADEIRA LTDA. (MADEIREIRA AZEVEDO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$100.299,70**, sendo R\$14.388,69, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$10.205,19 e 70% sobre R\$4.183,50, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$85.911,01, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da mencionada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE- REPR. PGE/PROFIS