

PROCESSO - A. I. Nº 279804.0110/06-7
RECORRENTE - PLENUM INSTALAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0114-01/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/09/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-12/08

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE REGISTRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado, mediante diligência, que parte das notas fiscais estava registrada na contabilidade da empresa. Efetuada a apuração do imposto proporcionalmente às operações tributadas pelo ICMS. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, sendo objeto do Recurso apenas a infração 3.

Na infração, em comento, o autuado foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, referentes aos meses de março, abril, maio, julho, agosto, setembro, outubro e novembro/2004, tendo sido a irregularidade apurada por meio da constatação de entradas de mercadorias não registradas. Foi lançado ICMS no valor de R\$10.029,70, mais multa de 70%.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à infração em tela, alegou que estava enquadrado no regime do SimBahia e, portanto, encontrava-se desobrigado de escriturar livros fiscais. Disse que o imposto deveria ter sido apurado segundo o citado regime. Solicitou que a infração fosse julgada improcedente.

Na informação fiscal, o autuante manteve a autuação em sua totalidade.

Na Decisão recorrida, a infração 3 foi julgada procedente, uma vez que “o autuado não comprovou ter registrado os documentos fiscais no livro caixa”.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a infração 3 é nula, pois os bens consignados nas notas fiscais lançadas na autuação foram todos aplicados na prestação de serviços. Frisa que esses bens não circularam por intermédio de operações de compra e venda e, desse modo, não estavam no campo de incidência do ICMS. Salienta que a aplicação de bens na prestação de serviços encontra-se fora da competência tributária estadual, conforme previsto no art. 1º, § 2º, da Lei Complementar nº 116/03.

O recorrente afirma que, não tendo sido os bens móveis comercializados, não há o que se falar em ocorrência de fato gerador do ICMS e, em conformidade com o princípio da legalidade cerrada, está inviabilizada a cobrança pretendida. Menciona que acostou ao processo cópia de contratos que comprovam que os bens adquiridos foram utilizados na prestação de serviços. Diz que, em relação às mercadorias que não foram utilizadas na prestação de serviços, o imposto devido foi declarado e recolhido tempestivamente, conforme DAEs acostados ao processo.

Prosseguindo, o recorrente afirma que as notas fiscais relacionadas na autuação foram escrituradas no livro Razão da empresa. Frisa que não é o descumprimento da obrigação acessória que enseja a ocorrência do fato gerador do ICMS, mas sim a circulação de mercadorias. Para comprovar sua alegação, o recorrente acostou ao processo cópia do referido livro às fls. 533 a 758.

Ao finalizar seu arrolado, o recorrente solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que a infração 3 venha a ser declarada improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 762 e 763, a ilustre representante da PGE/PROFIS, doutora Maria Olívia de Almeida, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, alegando que o recorrente não acostou ao processo documentos que elidisse a presunção que embasou a autuação.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 766, para que auditor fiscal estranho ao feito verificasse se as notas fiscais arroladas na infração 3 foram escrituradas na contabilidade do recorrente (fls. 533 a 758). Foi solicitado que o imposto remanescente fosse apurado proporcionalmente às operações tributadas pelo ICMS, e que fosse elaborado um novo demonstrativo de débito.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 028/2008 (fls. 768 a 770).

O diligenciador informou que os valores dos serviços e das mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas na infração 3 foram, respectivamente, R\$295.628,72 e R\$445.906,81, porém não era possível informar se as mercadorias foram empregadas na prestação de serviços. Frisou que as notas fiscais em questão estavam registradas na contabilidade da empresa, exceto as de nºs 9369, 342, 85160, 19062 e 10543, conforme demonstrativo à fl. 769. Disse que os percentuais das operações tributáveis pelo ICMS realizadas pelo recorrente estavam relacionados à fl. 770.

O diligenciador elaborou um novo demonstrativo de débito para a infração 3, tendo sido apurado o valor remanescente de R\$1.062,69. Nessa apuração, foram excluídos os valores referentes às operações registradas na contabilidade da empresa, bem como foi aplicada a proporcionalidade na determinação do imposto a recolher.

Notificados acerca do resultado da diligência, o recorrente e o autuante não se pronunciaram.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo, a doutora Maria Olívia Almeida opinou pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para que fosse a exigência fiscal reduzida para R\$1.062,69, conforme apurado na diligência efetuada pela ASTEC.

Em despacho à fl. 827, o doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, discordou do Parecer emitido pela doutora Maria Olívia. Explica o ilustre procurador assistente que, considerando que o recorrente executava operações mistas, era imperiosa a discriminação dos bens utilizados na prestação dos serviços, de maneira que se pudesse estabelecer uma correlação entre bens e prestação de serviços. Para embasar sua tese, transcreve Decisão proferida pelo STJ. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou procedente a infração 3.

VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância que julgou procedente o terceiro item do Auto de Infração em epígrafe. Nesse item do lançamento, o autuado, ora recorrente, foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio da constatação de entradas de mercadorias não registradas.

Visando a elidir a acusação, o recorrente alega que os bens consignados nas notas fiscais listadas pelo autuante foram aplicados na prestação de serviços e, portanto, não estavam no campo de incidência do imposto. No entanto, essa alegação recursal não é suficiente para elidir a acusação, pois a exigência fiscal em questão está embasada na presunção legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) de que as entradas não registradas foram pagas com receitas decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao recorrente comprovar a improcedência da presunção legal.

O recorrente também alegou que as operações arroladas na autuação foram escrituradas no seu livro Razão. Considerando que esse argumento era capaz de elidir a presunção legal, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fosse verificada a veracidade desse fato e, sendo caso, que as entradas contabilizadas fossem excluídas da autuação. Além disso, foi determinado

que, caso remanescesse algum valor a recolher, o débito deveria ser apurado proporcionalmente às operações tributáveis pelo ICMS realizadas pelo recorrente.

A diligência realizada pela ASTEC comprovou que as notas fiscais listadas na infração em tela estavam registradas na contabilidade da empresa, exceto as de nºs 9369, 342, 85160, 19062 e 10543. O diligenciador excluiu da autuação os valores referentes às notas fiscais registradas na contabilidade da empresa e, em seguida, apurou o imposto remanescente de forma proporcional às operações tributáveis pelo ICMS realizadas pelo recorrente no período.

Acato integralmente o resultado da diligência efetuada pela ASTEC, pois:

- em relação às operações registradas na contabilidade da empresa, a acusação de falta de registro de entradas não subsiste e, em consequência, está elidida a presunção legal no que tange a essas operações;
- considerando que uma parte das operações realizadas pelo recorrente não era tributável pelo ICMS, a parcela do imposto a recolher que subsiste deve ser apurada proporcionalmente às operações tributáveis realizadas pelo recorrente no período, conforme previsto na Instrução Normativa 56/07. Dessa forma, o terceiro item do lançamento subsiste parcialmente no valor de R\$ 1.062,69, conforme apurado na diligência da ASTEC.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e declarar a infração 3 Procedente em Parte, no valor de R\$1.062,69, conforme o demonstrativo de débito à fl. 771.

Observe, entretanto, a ocorrência de erro material na apuração do valor devido no mês de ocorrência de março de 2004. Nesse mês o diligenciador da ASTEC deixou de considerar o crédito de R\$109,52. Após essa retificação o valor correto devido no referido mês passa de R\$232,74 para R\$123,22, conforme demonstrativo revisado que assim se apresenta:

INFRAÇÃO 3									
D. OCORR.	B. DE CÁLCULO ORIGINAL	ICMS RECLAM.	B. DE CÁLCULO REVISADA	% PROP. MERC. MATERIAIS	B. DE CÁLC. REVISADA PROP.	ALÍQ.	ICMS	CRÉDITO 8%	DÉBITO REVISADO
31/03/2004	7.344,94	1.248,64	1.968,76	69,54%	1.369,06	17%	232,74	109,52	123,22
30/04/2004	5.128,82	871,90	0,00		0,00	0	0,00	0,00	0,00
31/05/2004	4.837,52	822,38	8.390,25	66,99%	5.620,47	17%	955,48	449,64	505,84
30/06/2004	0,00	0,00	5.256,00	67,27%	3.535,61	17%	601,05	282,85	318,20
31/07/2004	3.880,64	659,71	1.813,00	63,35%	1.148,55	17%	195,25	91,88	103,37
31/08/2004	7.177,00	1.220,09	0,00		0,00	0	0,00	0,00	0,00
30/09/2004	15.267,17	2.595,42	0,00		0,00	0	0,00	0,00	0,00
31/10/2004	3.316,23	563,76	0,00		0,00	0	0,00	0,00	0,00
30/11/2004	12.045,88	2.047,80	201,96	66,34%	133,98	17%	22,78	10,72	12,06
TOTAL	58.998,20	10.029,70	17.629,97		11.807,67		2.007,30	944,61	1.062,69

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2798040110/06-7, lavrado contra **PLENUM INSTALAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.062,69**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS