

PROCESSO	- A.I. Nº 293259.0510/01-7
RECORRENTE	- ROMILY MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0039-04/02
ORIGEM	- INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET	- 05.06.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0191-12/02

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ENQUADRAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL. Restou comprovado que, no período fiscalizado, o autuado deveria apurar o ICMS pelo Regime Normal, por não preencher os requisitos para enquadramento no **SIMBAHIA**. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou o presente Auto de Infração Procedente, por decisão unânime.

O lançamento, lavrado em 29/06/01, exige ICMS, no valor de R\$101.082,48, referente a recolhimento efetuado a menos do imposto em razão de erro na apuração dos valores do tributo.

O D. Julgador da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, rejeita as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, em suas decisão de fls. 151 a 155, pelos fundamentos apresentados.

Além disso, deixa de acatar as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, pois, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui entre as competências deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Com relação ao pedido de perícia feito pelo autuado, observa o D. Julgador de Primeira Instância que, os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de sua convicção. Assim, com fulcro no artigo 147, I, “a”, II, “a”, “b”, do RPAF/99, indefere o pedido formulado.

Quanto ao mérito da lide, da análise das peças e comprovações que integram o processo, o nobre Julgador, constata que o autuado foi desenquadrado de ofício do regime do **SIMBAHIA**, pela autoridade administrativa competente, conforme prova o documento de fls. 46 e 47. Aduz mais ainda que, o autuado impetrou Mandado de Segurança e obteve liminar contra o desenquadramento, porém a liminar foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Assevera que o desenquadramento de ofício está baseado em Termos de Declarações prestadas por contribuintes e em Termo de Interrogatório prestado pelo proprietário do estabelecimento autuado, os quais comprovam que o autuado incorreu na prática de infrações tipificadas no inciso IV, do art. 915, do RICMS-BA/97, e que prestou declarações falsas para obter o seu enquadramento no regime do **SIMBAHIA**.

Por outro lado, deixa de acatar a alegação defensiva de que o débito e a multa indicada são confiscatórias, pois, esclarece que, o débito foi apurado de acordo com as operações de circulação de mercadorias efetuadas pelo autuado, e a multa indicada é a prevista na Lei nº 7.014/96 para a infração detectada. Também, ressalta que a ação fiscal foi efetuada em cumprimento a Ordem de Serviço nº 502926/01, emanada da autoridade competente e executada por auditor fiscal no exercício de suas funções, não havendo nenhuma prova de que a ação fiscal tenha tido motivações pessoais ou políticas.

Quanto ao valor cobrado na autuação, entende que o mesmo está correto e não merece nenhum reparo. Salienta ainda que, o auditor fiscal considerou os pagamentos efetuados pelo autuado na condição de optante pelo SIMBAHIA, conforme comprovam o demonstrativo de fls. 10 e 11. Também observa que os documentos fiscais de entradas e de saídas foram relacionados pelo autuante no demonstrativo de fls. 12 a 45.

Em conclusão, diz entender que, ao cobrar o imposto referente aos meses de outubro de 1999 a fevereiro de 2000, o autuante não promoveu a cobrança dúplice do mesmo tributo. Afirma que o Auto de Infração nº 298237.0301/00-8 foi julgado IMPROCEDENTE porque, naquela época, nos autos, não havia a motivação do desenquadramento de ofício. Considerando que, agora, no Auto de Infração em lide, sobejam provas do desenquadramento de ofício, entendo que foi correto a exigência do tributo referente àqueles cinco meses que constam no Auto de Infração que foi julgado Improcedente.

Ressalta que, ao contrário do afirmado pelo autuado, ele foi devidamente notificado do presente lançamento, conforme provam os recibos assinados às fls. 3, 5 e 9.

Pela razões de fato e de direito expostas, firmou convicção que foi correto o procedimento do auditor fiscal motivo pelo qual votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Dessa decisão o recorrente, interpôs o presente Recurso Voluntário, requerendo, *in verbis*:

“o acolhimento e processamento do presente recurso, com apreciação de todas as questões nele argüidas em trinta e quatro páginas, ponto por ponto, sob pena de tornar-se verdadeiras as questões não rebatidas no r. julgamento, a ser prolatado, para então, TORNAR INSUBSISTENTE O RESPEITÁVEL AUTO DE INFRAÇÃO DE Nº 293259.0510/01-7, expedido em 29/06/2001, BEM COMO, O LANÇAMENTO DE CREDITO NELE CONTIDO.”

Os autos foram submetidos à PROFAZ que, em Parecer de fls. 203 a 205, afirma que os argumentos apresentados pelo recorrente não são voltados a elidir a infração imputada e são incapazes de fulminar o Auto de Infração.

Pela clareza, entendemos que o argumentos expendidos pela PROFAZ, afastam quaisquer dúvidas porventura existentes, senão vejamos: (*sic*)

“A infração descrita no Auto de Infração encontra-se devidamente caracterizada, tipificada e comprovada nos autos, não sobejando dúvidas quanto ao acerto da exação fiscal.

Em extensas razões de recurso, o recorrente limita-se a repetir praticamente *ipse literis* a defesa inicial, não trazendo qualquer documento ou mesmo argumento capaz de modificar a decisão de Primeira Instância.

Argui nulidades infundadas, tais como: inocorrência do fato gerador; auto de infração lavrado fora do estabelecimento autuado; ausência do termo de início de fiscalização; lançamento efetuado por pessoa (auditor fiscal) que não é contador habilitado no CRC-BA. Todas as nulidades suscitadas foram correta e fundamentadamente afastadas pelo digno relator da JJF.

Em síntese, as razões recursais deixam claro o intuito meramente protelatório do recorrente, que não se insurge especificamente contra a infração imputada, não trazendo provas capazes de afastar o desenquadramento do regime SIMBAHIA.”

No que diz respeito às razões expendidas, a Douta PROFAZ, aduz os seguintes comentários:

“Não socorre à recorrente o princípio constitucional da capacidade contributiva. Tal princípio não se aplica ao ICMS, como leciona o insigne mestre Roque Antonio Carraza, *in Curso de Direito Constitucional Tributário*, 11ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pg. 71”:

*“Impostos há, porém, que, por sua natureza, não permitem que se atenda ao princípio da capacidade contributiva. É o caso do ICMS, que, positivamente, como ele não se coaduna. De fato, a **carga econômica** deste imposto é repassada para o preço da mercadoria. Quem a suporta não é o contribuinte (o comerciante, o industrial ou o produtor que praticou a operação mercantil), mas o consumidor final da mercadoria. Este, ao adquiri-la, vê repassada, no preço, a carga econômica do ICMS”.*

Ora, tal carga é idêntica para todos os consumidores finais, sejam eles ricos ou pobres.

Vemos, portanto, que não é da índole do ICMS ser graduado de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes. Nem dos impostos que, como ele, são chamados pela Ciência Econômica de indiretos (v.g., o IPI).

São tributos que, por injunção constitucional, devem ter seu encargo financeiro repassado a terceiros (em geral, ao consumidor final).”

Inegável, portanto, prossegue a PROFAZ, a inaplicabilidade do princípio da capacidade contributiva ao ICMS, face ao caráter indireto do imposto.

Improcede, ainda, a arguição do recorrente de que o Auto de Infração por ausência de provas para a motivação do desenquadramento de ofício. Nos presentes autos, ao revés, sobejam provas do desenquadramento do regime simplificado, estando o PAF corretamente instruído.

Fenece razão ainda ao recorrente quando aduz o caráter confiscatório da multa aplicada. Efetivamente, a multa aplicada encontra-se prevista na lei tributária estadual em vigor, está adequado ao caso em tela, não havendo razão em falar-se de confisco, cabendo ao órgão julgador aplicá-la.

Por fim, observa a PROFAZ que, a possibilidade de desenquadramento do regime SIMBAHIA está prevista na legislação tributária deste Estado, desde que incorra o contribuinte nas hipóteses elencadas nos dispositivos respectivos, sendo correto, no caso, a exigência do imposto como contribuinte normal;

Pelas razões expostas, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado.

VOTO

Da análise dos autos e documentação que o compõe, restou comprovado que a Decisão da 4ª JJF está correta.

Efetivamente, os argumentos apresentados pelo recorrente no prolixo Recurso (fls. 165 a 198), não são voltados para elidir a infração imputada. O recorrente limita-se a repetir praticamente de forma idêntica, a defesa inicial, não carreando aos autos qualquer documento, ou mesmo argumento, capaz de modificar a Decisão Recorrida.

Todas as preliminares argüidas na defesa inicial e nas razões recursais, foram corretas e fundamentadamente afastadas pelo digno relator da JJF, por descabidas, tais como:

- ✓ inoccorrência do fato gerador;
- ✓ Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento autuado;
- ✓ ausência do Termo de Início de Fiscalização;
- ✓ lançamento efetuado por pessoa (auditor fiscal) que não é contador habilitado no CRC-BA.

Pelas razões de fato e de direito expostas, entendo que a decisão da Digna 4ª Junta de Julgamento Fiscal não merece reparos, com a qual concordamos, e cujos argumentos ficam fazendo parte integrante deste *decisum*.

Superadas as questões das nulidades argüidas, verifica-se o fato gerador da obrigação tributária principal que ensejou a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu no momento em que o autuado deu saída de mercadoria de seu estabelecimento, conforme previsto no artigo 2º, I, do RICMS-BA/97. Essas operações de saídas de mercadorias estão comprovadas pelos documentos fiscais emitidos pelo autuado e relacionados pelo auditor fiscal no demonstrativo de fl. 19 a 24 e 31 a 45, exercícios de 1999 e 2000, respectivamente.

Em 15/03/2000, a autoridade administrativa, cumprindo o seu dever legal, sob pena de responsabilidade funcional, desenquadrou o recorrente do Regime Simplificado de Apuração – SIMBAHIA, sujeitando-o ao Regime Normal de Apuração do referido imposto, em virtude da constatação de práticas fraudulentas confessadas em inquérito policial, cujas provas contam dos autos, além da confissão de forma clara feita pelo próprio recorrente, na pessoa de seu representante legal Sr. Roberto Carlos Piccolo Xavier, de que praticou a infração descrita no Art. 408, L. V, do RICMS/BA., vigente à época do fato gerador.

O recorrente conseguiu liminar proferida em Mandato de Segurança de nº 5.256/00, contra o desenquadramento, em virtude das infrações cometidas, a qual foi suspensa, conforme processo nº 504-6/2001, publicado no Diário Oficial de Estado da BA., do dia 27 e 28/01/2001, (cópia à fl. 56 dos autos).

Cumprindo Ordem de Serviço de nº 502926/01, foi apurado através de Auditoria de Conta Corrente Fiscal o montante do ICMS devido, baseado nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde o momento de início das atividades do recorrente, conforme determinação expressa do Art. 408-S do RICMS/BA/97, considerando os pagamentos efetuados pelo recorrente na condição de SIMBAHIA, conforme comprovam os demonstrativos de fls. 10 e 11 e os documentos fiscais de entrada e saída relacionados pelo autuante nos demonstrativos de fls. 12 a 45.

Efetivamente, a multa aplicada encontra-se prevista na lei tributária estadual em vigor, está adequado ao caso em tela, não havendo razão em falar-se de confisco, cabendo ao órgão julgador aplicá-la.

Com relação ao pedido de perícia feito pelo autuado, de igual forma constato que os elementos constantes nos autos são suficientes para o meu ente de convencimento quanto ao Auto de Infração. Assim, com fulcro no artigo 147, I, “a”, II, “a”, “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado.

Concordo de que não houve cobrança dupla do mesmo tributo, ao cobrar o imposto referente aos meses de outubro de 1999 a fevereiro de 2000. O Auto de Infração nº 298237.0301/00-8 foi julgado Improcedente porque, naquela época, nos autos, não havia a motivação do desenquadramento de ofício. Considerando que, agora, no Auto de Infração em lide, sobejam provas do desenquadramento de ofício, entendo que foi correto a exigência do tributo referente àqueles cinco meses que constam no Auto de Infração que foi julgado Improcedente. (Foi juntada aos autos, como prova, notas fiscais comprovando as infrações cometidas, emitidas desde 09 de setembro de 1999. (fl. 55).

O recorrente foi devidamente notificado do presente lançamento, conforme provam os recibos assinados às fls. 3, 5 e 9.

Em consonância com o opinativo da PROFAZ, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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 **293259.0510/01-7**, lavrado contra **ROMILY MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.082,48**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ