

A. I. Nº - 293259.0510/01-7
AUTUADO - ROMILY MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 27. 02. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-04/02

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, 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 autuado apresentou defesa tempestiva e suscitou as seguintes preliminares de nulidade:

- a) O Auto de Infração é nulo porque inexistiu o fato gerador da obrigação tributária principal. Diz que a sua receita bruta anual não ultrapassou o limite previsto na lei, não havendo razão para o seu desenquadramento de ofício. Ressalta que é uma empresa em formação e que iniciou suas atividades em 01/08/99. Transcreve disposições regulamentares sobre o enquadramento e a exclusão do regime do SIMBAHIA e tece considerações sobre os mesmos. Afirma que o lançamento em lide não considerou os princípios da capacidade contributiva e da uniformidade de tributação. Transcreve artigos da Constituição Federal e cita farta doutrina. Aduz que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal considerou improcedente um outro lançamento que versava sobre a mesma matéria e foi lavrado contra o próprio autuado, conforme Acórdão CJF Nº 2376/00 (fls. 112 a 114). Explica que obteve liminar em mandado de segurança, porém a liminar foi suspensa por decisão do Tribunal de Justiça. Frisa que o débito cobrado no presente Auto de Infração não pode ser exigido, pois nele se encontra incluso o imposto que foi anulado pelo Acórdão da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal (fls. 104 a 106).
- b) O lançamento é nulo, pois o regime normal de tributação não é aplicável ao autuado, o qual tem direito ao benefício fiscal do SIMBAHIA.
- c) A autuação é nula, uma vez que não há prova da imputação. Diz que a atitude do fiscal [aplicar o regime normal de tributação] não está de acordo com o conteúdo real do ato e contraria os princípios e as garantias constitucionais que visam proteger os contribuintes. Afirma que a autuação está baseada em presunção. Frisa que o fato gerador, a base de cálculo, a matéria tributável, a alíquota e o prazo de recolhimento do tributo são sempre elementos vinculados à lei, fora do alcance do poder discricionário do fisco.
- d) O Auto de Infração é nulo porque foi lavrado fora do estabelecimento do autuado.
- e) O lançamento é nulo porque o Termo de Início de Fiscalização não foi lavrado.

f) O exame da escrita foi efetuado por pessoa não habilitada para o exercício de tarefas ou trabalhos privativos de contador habilitado no CRC-BA.

Ao adentrar no mérito, o autuado volta afirmar que é uma empresa de pequeno porte e que a apuração do imposto pelo regime normal está equivocada. Ressalta que o procedimento do autuante não possui amparo legal. Sustenta que a cobrança do imposto com base no sistema normal de tributação é fruto do arbítrio fiscal, o qual é incompatível com o princípio da legalidade do ato administrativo fiscal. Cita trecho de livro jurídico.

O defendente solicita perícia contábil para verificar as suas condições financeiras e de seus membros societários, diz que o seu indeferimento caracteriza cerceamento do direito de defesa.

O autuado salienta que a imposição unilateral, pelo fisco, do regime de tributação normal lhe dá o direito de recorrer ao Poder Judiciário. Em seguida, tece considerações sobre a teoria das normas e princípios jurídicos, passando pelo desvio de poder. Cita autores de livros jurídicos.

De acordo com o autuado, o lançamento em lide contém contradição, pois não restou comprovada nenhuma irregularidade que justificasse a sua exclusão do SIMBAHIA. Em consequência, no seu entendimento, o fato descrito no Auto de Infração não produz qualquer efeito jurídico. Assevera que o débito tributário exigido é confiscatório e ofende os artigos 145, § 1º, e 150, IV, ambos da Constituição Federal de 1988.

O autuado afirma que a multa indicada pelo autuante é confiscatória, indevida e ilegal. Frisa que só se aplica multa proporcional ao valor das mercadorias. Aduz que o fisco vem agindo de maneira pessoal, motivado por vingança política ou pessoal, efetuando freqüentes fiscalizações, com o intuito de aplicar multas imotivadas e sem pertinência fiscal. Em seguida, tece comentários sobre a liquidez e certeza dos títulos que representam os créditos tributários.

Discorre longamente sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, sobre a segurança jurídica do contribuinte e sobre o devido processo legal. Cita vários autores e transcreve artigos da Constituição Federal.

À fl. 91 dos autos, o defendente afirma que o Auto de Infração não descreve: os documentos fiscais que não foram emitidos; as mercadorias que saíram sem a emissão das notas fiscais; as mercadorias que foram adquiridas sem notas fiscais; as notas fiscais que não foram lançadas no Registro de Entradas; as notas fiscais que não foram lançadas no Registro de Saídas. Em seguida, o autuado diz que o fiscal não examinou tais livros fiscais e, em consequência, fica em dúvida a liquidez e certeza do valor tributário lançado.

O defendente assevera que os comprovantes dos pagamentos de ICMS não foram juntados ao processo e nem constam nos demonstrativos. Diz que o Auto de Infração aponta uma mesma infração duas vezes e exige ICMS diversos. Aduz que o lançamento só está completo quando ocorre a notificação. Diz que a sua escrita fiscal está em ordem, embora tal exigência seja dispensada para os contribuintes optantes pelo SIMBAHIA.

Na informação fiscal, às fls. 132 a 136, o autuante explica que o defendente solicitou seu enquadramento no SIMBAHIA em agosto de 1999. Em 15/03/00, a autoridade administrativa competente efetuou o desenquadramento de ofício do autuado, sujeitando-o ao regime normal de apuração do imposto, em virtude das seguintes práticas fraudulentas:

1- Emissão de notas fiscais pela empresa Romily Móveis e Eletrodomésticos Ltda. para documentar operações de vendas realizadas pela Neimar Móveis e pela Rogil Móveis e Eletrodomésticos Ltda., infringindo o art. 408-L, V, do RICMS-BA/97. Segundo o fiscal, essa irregularidade ficou comprovada assim:

a) declarações assinadas por consumidores (fls. 50/55);

b) depoimento prestado à Polícia Civil – Termo de Interrogatório (fls. 48 e 49), pelo senhor Roberto Carlos Piccoli Xavier, sócio-proprietário da Romily Móveis e Eletrodomésticos Ltda;
c) subfaturamento na emissão da Nota Fiscal nº 963 emitida pela Romily, referente à mercadoria adquirida na Neimar e cujo preço (R\$ 1.025,00) foi consignado no documento fiscal como sendo R\$ 900,00.

2- Utilização de instrumento de procuração, em contrato de mandato, na qualidade de mandatário, para ocultar a realidade fática do quadro societário. Segundo o auditor fiscal, esse fato ficou comprovado pelo depoimento à Polícia Civil – Termo de Interrogatório (fls. 48 e 49). Aduz o fiscal que, com esse procedimento, o autuado praticou a infração descrita no art. 408-L, IV, do RICMS-BA/97.

3- A decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 5256/00, impetrado pelo autuado contra o ato administrativo que o desenquadrado do SIMBAHIA foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (fl. 56).

O autuante esclarece que: a ação fiscal foi executada conforme a Ordem de Serviço nº 502926/01; a irregularidade foi constatada mediante Auditoria da Conta Corrente Fiscal; o ICMS devido foi apurado segundo o regime normal, em atendimento ao disposto no art. 408-S do RICMS-BA/97; às fls. 10 a 45, estão anexados todos os demonstrativos relativos ao levantamento realizado; foram deduzidos todos os valores recolhidos pelo autuado sob o código 1844 (ICMS SIMBAHIA EPP). Ao final, o auditor solicita a procedência do Auto de Infração.

Tendo em vista os documentos anexados aos autos quando da informação fiscal, foi dado vistas ao autuado, porém o mesmo não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Inicialmente, analisarei as preliminares de nulidade suscitada pelo autuado, na mesma ordem que foram apresentadas na peça defensiva:

a) 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.

Tendo em vista que o autuado foi desenquadrado de ofício pela autoridade administrativa competente, o Inspetor Fazendário, em razão de declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, o imposto devido e que deixou de ser recolhido deverá ser exigido segundo o regime normal de apuração, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis, conforme prevê o artigo 406-A, III, do RICMS-BA/97.

Não acolho a tese defensiva, segundo a qual o lançamento não considerou a capacidade contributiva do autuado, pois a base de cálculo do imposto foi apurada de acordo com as operações mercantis realizadas e relacionadas às fls. 12 a 45 dos autos. Também carece de fundamentação o argumento defensivo de que não houve uniformidade de tributação, haja vista que o regime normal de apuração foi aplicado de acordo com o disposto na lei.

A liminar obtida pelo autuado foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme fl. 56 dos autos.

A decisão contida no Acórdão CJF Nº 2376/00, da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal não se correlaciona com o presente processo administrativo fiscal, pois, naquela situação, não havia

comprovação do cometimento de irregularidade que justificasse o desenquadramento, de ofício, do contribuinte.

Os valores que foram incluídos no Auto de Infração nº 298237.0301/00-8, o qual foi julgado improcedente, podem fazer parte de novo Auto de Infração, desde que tenha surgido fato novo que justifiquem o lançamento.

b) De acordo com o artigo 406-A, III, do RICMS-BA/97, quando se comprovar que o contribuinte prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, o imposto devido que deixou de ser recolhido deverá ser exigido segundo o regime normal de apuração, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis.

c) A ocorrência do fato gerador do ICMS está comprovada pelos documentos fiscais emitidos pelo autuado e relacionados às fls. 12 a 45, conforme já me pronunciei na primeira preliminar de nulidade. Do mesmo modo, a aplicação do regime normal para apurar o imposto devido está fundamentada em determinação expressa da legislação tributária estadual, conforme já demonstrei na preliminar anterior.

A presente autuação não está baseada em presunção como afirma o autuado. O desenquadramento está fundamentado em provas e o imposto exigido pelo regime normal está de acordo com os roteiros de auditoria fiscal. Toda a ação fiscal foi vinculada à lei. Ao contrário do afirmado pelo defendente, não houve discricionariedade por parte do fisco.

d) De acordo com o artigo 39, § 1º, do RPAF/99, o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se tenha verificado ou apurado a infração.

e) O Termo de Início de Fiscalização serve para demarcar o início dos procedimentos fiscais, porém esse termo não é o único instrumento que serve para tal fim. Qualquer outro ato expedido pela autoridade competente, em que fique patente o início do procedimento fiscal, servirá para demarcar o momento a partir do qual o contribuinte se encontra sob ação fiscal.

Na situação em análise, constato que, em 29/03/01, o autuado foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais, conforme fl. 7. Essa intimação deu início ao procedimento fiscal, de acordo com o disposto no inciso III do art. 26 do RPAF/99.

f) Os auditores fiscais, no exercício de suas funções, podem realizar auditoria fiscal e constituir o crédito tributário devido, independentemente de ser contador ou não, sem incidir em nulidade do lançamento, haja vista que a legislação do Estado da Bahia não exige a graduação em Ciências Contábeis para o exercício do cargo de auditor fiscal.

Por todo o exposto acima, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Deixo 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, observo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção. Assim, com fulcro no artigo 147, I, “a”, II, “a”, “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado.

Entrando no mérito da lide, da análise das peças e comprovações que integram o processo, constato que o autuado foi desenquadrado de ofício do regime do SIMBAHIA, pela autoridade administrativa competente, conforme prova o documento de fls. 46 e 47. 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.

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.

Não acato a alegação defensiva de que o débito e a multa indicada são confiscatórias, pois 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 7014/96 para a infração detectada. Também, ressalto 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, entendo que o mesmo está correto e não merece nenhum reparo. Saliento 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 observo que os documentos fiscais de entradas e de saídas foram relacionados pelo autuante no demonstrativo de fls. 12 a 45.

Entendo que, ao cobrar o imposto referente aos meses de outubro de 1999 a fevereiro de 2000, o autuante não houve cobrança dúplice do mesmo tributo. 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.

Ressalto 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.

Pelo acima exposto, estou convicto que foi correto o procedimento do auditor fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293259.0510/01-7**, lavrado contra **ROMILY MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR