

PROCESSO - A.I. Nº 206828.0012/01-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSIAS DE OLIVEIRA MEIRA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0397-03/02
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 12.02.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0008-11/03

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. (Infrações 3, 4, e 5). Refeito o levantamento fiscal, com inclusão dos créditos fiscais a que o contribuinte teria direito, tendo em vista que ele se encontrava enquadrado no regime do SimBahia. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Comprovado que parte do débito levantado havia sido paga antes do início da ação fiscal. Infrações parcialmente caracterizadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não caracterizada. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/09/01, para exigir o ICMS, no valor de R\$72.419,68, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, além da multa de R\$9.101,46, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas – infrações 1, 3, 4 e 5;
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 – infração 2;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não contabilizados – infração 6;
4. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios – infração 7;
5. Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) – infração 8;
6. Falta de recolhimento do imposto relativo a mercadorias constantes de seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, estando devidamente escriturado o livro

Registro de Inventário, tendo sido considerado o estoque final lançado na DME/2000 – infração 9;

7. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$8.769,46) – infração 10;
8. Extravio de documentos fiscais (multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$332,00) – infração 11;
9. Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) – infração 12.

O autuado apresentou defesa (às fls. 722 a 740) suscitando a nulidade do lançamento “tendo em vista ter-se infringido o devido processo legal” e estar alicerçado “em desacordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como o direito a apreciação da prova e da expressa previsão em lei”.

No mérito, reconhece a procedência integral das infrações 2, 7, 8 e 11 e parcial do débito relativo às infrações 3, 4, 5 e 9, tendo obtido parcelamento para pagamento do valor apurado, como provam os documentos de fls. 747 e 748.

O contribuinte impugnou os itens do lançamento esclarecendo inicialmente que estava inscrito no CICMS na condição de Normal, no período de 01/01/96 a 31/12/98, como Empresa de Pequeno Porte, de 01/01/99 a 31/03/00, e como Microempresa a partir de 01/04/00 e apresentando os seguintes argumentos:

Infração 1 – diz que, segundo o autuante, não foram registradas, em sua escrita fiscal e contábil, as Notas Fiscais nºs 37278, 38316 e 40850, de aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária. Entretanto, o imposto foi exigido em duplicidade, uma vez que tais notas fiscais estão também incluídas no levantamento para apuração do débito referente à infração 2.

Infração 3 – aduz que, no período em que estava inscrito como Normal, o autuante deveria ter deduzido, como crédito fiscal, o imposto destacado nas notas fiscais de aquisição. Em relação aos fatos geradores ocorridos quando se encontrava inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, o preposto fiscal deveria ter calculado o ICMS à alíquota de 2%, tendo em vista a sua receita bruta ajustada e o fato de que não foi realizado nenhum levantamento que pudesse autorizar a cobrança do imposto à alíquota de 17%. Alega, ainda, que se trata de notas fiscais de aquisição de arroz, mercadoria incluída na “cesta básica”, com o benefício da alíquota de 7%. Por fim, reconhece, como devido, o valor de R\$150,88.

Infração 4 – repete as mesmas alegações da infração 3 e acrescenta que também foi exigido imposto referente a cigarros e medicamentos, mercadorias cujo tributo já havia sido retido na fonte. Reconhece, como devido, o montante de R\$384,03.

Infração 5 – diz que são válidos os argumentos expendidos para as infrações 3 e 4 e ainda que, neste caso, o lançamento foi realizado baseado unicamente em duplicatas, as quais não identificam o tipo de mercadoria e a forma de tributação. Alega, que no período de 31/03/99 a 31/10/99, estava inscrito como Empresa de Pequeno Porte e, assim, o imposto deveria ter sido calculado à alíquota de 2% sobre a base de cálculo apurada, conforme demonstrativo que apresenta reconhecendo que é devido o valor de R\$2.661,78.

Infração 6 – aduz que o autuante presumiu a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias pelo fato de ter deixado de contabilizar diversos pagamentos efetuados à empresa Compeças Com. Peças e Pneus Ltda, relativos a serviços de manutenção de veículos de sua propriedade. Entretanto, entende que não pode ser exigido o ICMS, pois a sua “constituição baseou-se em elementos alcançados pelo tributo de competência municipal – ISS”.

Infração 9 – alega que o autuante se equivocou ao aplicar o percentual de 17% sobre o estoque apurado na DME/2000, em face do encerramento de suas atividades. Entende que, de acordo com o artigo 408-A do RICMS/97, deveria ter sido aplicado o percentual de acordo com a receita bruta ajustada que era de 1,9%, conforme Decisão do CONSEF que transcreve. Reconhece o débito no valor de R\$1.844,23 e ressalta que todas as mercadorias constantes do estoque final foram adquiridas após a sua inclusão no SimBahia.

Infração 10 – argumenta que novamente o autuante se baseou em duplicatas para exigir a penalidade de caráter formal de 10%, presumindo que todas as mercadorias constantes das notas fiscais que deram origem às duplicatas são de tributação normal. Como comercializa com mercadorias isentas, enquadradas na substituição tributária, com redução de base de cálculo e com alíquota reduzida para 7%, advoga a tese de que a exigência de tal penalidade somente poderia ser concretizada se se pudesse identificar as mercadorias, o que não é o caso dos autos.

Infração 12 – diz que, no período 01/01/99 a 31/12/99, recolheu o ICMS conjuntamente pela matriz e filial, considerando o CNPJ básico. A partir de 2000 é que foi exigido pela SEFAZ o recolhimento em separado por ambos os estabelecimentos. Junta fotocópias de documentos de arrecadação (fls. 742 a 746) e acrescenta que, à época da ocorrência dos fatos geradores, encontrava-se sem movimento e com a inscrição cancelada pela Inspetoria. Reconhece, como devida, a importância de R\$1.474,80.

A final, requer a produção de todas as provas em Direito admitidas, a “interveniência da Douta Procuradoria Fiscal da Fazenda” e a nulidade ou a procedência parcial deste lançamento. Apresenta, finalmente, demonstrativo de débito, à fl. 741, com os valores por ele reconhecidos, no total de R\$27.778,81.

Foram acostados, às fls. 747 e 748, um Requerimento de Parcelamento de Débito e o DAE com o recolhimento da parcela inicial do parcelamento, do total de débito reconhecido pelo contribuinte em sua peça de defesa.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 751 a 759), rebate as alegações defensivas da seguinte maneira:

Infração 1 – diz que nada há de errado com o lançamento fiscal, nem a sua coexistência com a infração 2, cuja procedência foi reconhecida pelo autuado, haja vista que, na infração 1, foi lançado o imposto de responsabilidade própria do contribuinte, apurado, por presunção legal, através de entradas de mercadorias não contabilizadas, pagas com a receita de saídas anteriores, também não contabilizadas; e, na infração subseqüente, se está exigindo o ICMS devido por antecipação, relativo às operações subseqüentes e calculado de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 37, onde se vê claramente, na coluna “ICMS Normal”, a dedução do imposto lançado no item 1 da autuação.

Acrescenta que o procedimento adotado está previsto no artigo 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria nº 445/98, que trata de levantamento quantitativo de estoques, e que a alíquota utilizada foi de 25% para bebidas alcóolicas e não 17% como afirma o contribuinte.

Infração 3 – afirma que não é cabível, neste item, a dedução do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição, porque a autuação ocorreu sobre parcela da operação não acobertada por documentação fiscal, recaindo sobre a base de cálculo definida no artigo 60, inciso I, do RICMS/97, por presunção, uma vez que houve emissão de duplicatas em valor superior ao da nota fiscal correspondente. Aduz que, de acordo com o artigo 408-S, o imposto deve ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais e não há que se falar em alíquota diferenciada de 7% (no caso de arroz), pois o ICMS está sendo exigido, por presunção legal, sobre operações anteriores de saídas não contabilizadas.

Infração 4 – esclarece que o imposto, neste item, está sendo cobrado por presunção legal, sobre operações de saídas anteriormente praticadas e não escrituradas, constatadas através de documentos fiscais relacionados no CFAMT e acostados às fls. 52 a 58, uma vez que o autuado não comprovou a improcedência da autuação, não podendo ser reduzida a alíquota, conforme explicado na infração precedente.

Infração 5 – diz que o fato de não ser possível a identificação das mercadorias, tendo em vista que a autuação se fundamentou em duplicatas como elementos de prova, não tem nenhuma relevância porque se trata de presunção legal ‘*juris tantum*’, não elidida pelo autuado. Ressalta que o contribuinte reconheceu expressamente a aquisição das mercadorias, mas aceita pagar o imposto apenas à alíquota de 2%, o que, em seu entendimento, não é possível, pois o contribuinte agiu com o intuito deliberado de fraudar o pagamento do imposto, devendo ser apurado o débito com os critérios e alíquotas normais, porque, mesmo enquadrado no SimBahia, se obrigava a declarar seu real movimento na DME.

Infração 6 – alega que a constatação de pagamentos não contabilizados enseja a cobrança do imposto, por presunção legal, ainda que, em parte do período fiscalizado, o autuado estivesse inscrito no SimBahia, porque tais pagamentos deixaram de ser informados na DME e não foram escriturados no livro Caixa.

Infração 9 – reconhece que se equivocou ao calcular o imposto pela alíquota de 17%, quando deveria fazê-lo com a aplicação do percentual de 1,9%. Entretanto, ressalta que deixou de acrescentar a MVA, como determina o artigo 408-A, § 2º, inciso II, do RICMS/97, de 15%. Refaz o demonstrativo e apura o débito de R\$2.120,85, inferior ao originalmente cobrado de R\$16.500,91.

Infração 10 – argumenta que o autuado deveria ter trazido as notas fiscais que comprovassem que as mercadorias adquiridas eram isentas ou não tributáveis. Salienta, entretanto, que os três fornecedores – Ceval Alimentos Ltda., Indústria Latorre S/A e Distribuição Com. e Ind. Ltda. -, comercializam com mercadorias tributáveis, de acordo com as notas de orçamento emitidas como se fossem documentos fiscais, objeto da infração 7, reconhecida integralmente pelo autuado.

Infração 12 – diz que, de acordo com a legislação, cada estabelecimento é autônomo e desconhece a orientação da SEFAZ para o recolhimento conjunto de débitos fiscais de mais de um estabelecimento. Não obstante isso, entende que, se o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por determinado estabelecimento e o fez em nome de outro, encontra-se devedor em relação ao primeiro e credor em relação ao segundo e, no caso do autuado, houve recolhimento a menos do imposto.

A final, pede a procedência parcial do lançamento.

A 3ª JJF converteu o processo em diligência a fiscal estranho ao feito (fl. 769) para que efetuasse a necessária verificação no levantamento fiscal, visando a dirimir as divergências. A ASTEC,

entretanto, o enviou de volta à Secretaria do CONSEF e, por ordem do Sr. Presidente, o PAF foi remetido ao autuante para que adotasse os critérios da Orientação Normativa nº 01/2002, tendo em vista que o autuado estava inscrito no SimBahia, sendo concedido o prazo de 30 dias para que o contribuinte se pronunciasse a respeito da diligência (fls. 770 e 771).

O autuante, às fls. 772 a 781, apresentou o resultado de seu trabalho afirmando que “procedeu ao cálculo do crédito fiscal devido ao Contribuinte, não utilizado anteriormente face o seu enquadramento no SimBahia, na condição de Microempresa”, tendo sido apurados os créditos nas quantias de R\$6.771,63 e R\$572,21, as quais “foram distribuídas proporcionalmente a cada item autuado com fundamento no artigo 2º, § 3º do RICMS/BA relativamente aos exercícios de 1999 e 2000, promovendo alterações para menos nas Infrações 3, 4, 5, 6 e 7, de maneira que o total do Auto de Infração ficou reduzido de R\$81.521,14 para R\$74.177,30, tudo consoante demonstrativos “Apuração do Crédito Fiscal”, “Da Distribuição Proporcional” e “Novo Demonstrativo de Débito”, anexos, permanecendo inalterados os demais itens”. Informa, por fim, que o contribuinte foi intimado, no dia 19/09/02, a se manifestar no prazo de 30 dias sobre as alterações acima descritas.

O autuado, embora intimado no dia 19/09/02 (fl. 781) a se pronunciar no prazo de 30 dias, preferiu silenciar sobre as modificações efetuadas.

VOTO DA 1ª INSTÂNCIA

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade, suscitada pelo autuado, porque foram juntados ao processo todos os demonstrativos elaborados pelo autuante, bem como fotocópias de livros fiscais e de documentos contábeis, para fundamentar o Auto de Infração, não ocorrendo nenhum dos vícios formais previstos no artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, da análise das peças e comprovações que compõem o processo, constata-se que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS relativamente a doze infrações, tendo sido reconhecido, integralmente, como devido, o valor referente às infrações 2, 7, 8 e 11, razão pela qual deixo de tecer maiores considerações a seu respeito. Saliento, apenas, quanto à infração 7, que, por se tratar de ICMS exigido em decorrência de saídas de mercadorias acobertadas por notas de orçamento, o autuante, posteriormente, considerou os créditos fiscais a que teria direito o autuado e, sendo assim, foi reduzido o valor do débito para R\$17.194,60, o qual considero correto, de acordo com o demonstrativo de fls. 778 a 781.

Quanto à infração 1, o autuado alega que o imposto foi exigido em duplicidade, tendo em vista que as Notas Fiscais nºs 37278, 38316 e 40850 estão também incluídas no levantamento para apuração do débito referente à infração 2.

O autuante, por seu turno, afirma que nada há de errado com o lançamento fiscal, haja vista que, na infração 1, foi lançado o imposto de responsabilidade própria do contribuinte, o qual foi apurado, por presunção legal, pela constatação de entradas de mercadorias não contabilizadas e pagas com a receita de saídas anteriores, também não contabilizadas; e, na infração 2, se está exigindo o ICMS devido por antecipação, relativo às operações subsequentes e calculado de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 37, onde se vê claramente, na coluna “ICMS Normal”, a dedução do imposto lançado no item 1 da autuação.

Examinando os demonstrativos acostados pelo autuante (fls. 37 a 43) verifico que, embora se refiram a algumas notas fiscais relacionadas também na infração 2, não há a alegada duplicidade, tendo em vista que se exige, neste item, o ICMS incidente sobre o valor acrescido (MVA), em relação às mercadorias enquadradas na substituição tributária. Ressalto, por oportuno, que o

ICMS exigido por tributação normal foi deduzido para o cálculo do imposto por substituição tributária. Mantendo o valor da infração.

O contribuinte impugnou, ainda, parte do valor exigido nas infrações 3, 4 e 5, argumentando que o autuante deveria ter deduzido, como crédito fiscal, o imposto destacado nas notas fiscais de aquisição; calculado o tributo à alíquota de 2%, no período em que estava inscrito como Empresa de Pequeno Porte, e não à alíquota de 17% e excluído do levantamento notas fiscais cujas mercadorias tiveram o imposto retido anteriormente.

O autuante, por sua vez, em atendimento à diligência solicitada pelo Presidente deste CONSEF, adotou as disposições previstas na Orientação Normativa nº 01/2002 e refez o levantamento fiscal, com a inclusão dos créditos fiscais a que teria direito o contribuinte, tendo em vista que ele estava enquadrado no regime do SimBahia e o ICMS foi exigido, neste lançamento, de acordo com os critérios normais de apuração.

Como o autuado foi cientificado das alterações procedidas pelo autuante e não se pronunciou no prazo que lhe foi concedido, de 30 dias, considero corretos os valores lançados no demonstrativo de fls. 778 a 781, elaborado pelo autuante.

Em relação à infração 6, o ICMS foi exigido em razão da constatação de pagamentos não contabilizados, o que enseja a cobrança do imposto, por presunção legal, acorde o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96.

O autuado argumenta que o autuante presumiu a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias pelo fato de ter deixado de contabilizar diversos pagamentos efetuados à empresa Compeças Com. Peças e Pneus Ltda, relativos a serviços de manutenção de veículos de sua propriedade, não podendo ser exigido o ICMS, pois a sua “constituição baseou-se em elementos alcançados pelo tributo de competência municipal – ISS”.

Não obstante isso, o argumento defensivo não pode ser acatado, haja vista que a Lei presume, na situação em análise, a ocorrência de saídas anteriores de mercadorias tributáveis que geraram a receita suficiente para a realização dos pagamentos efetuados, não importa a que título. Do mesmo modo que nas infrações 3, 4 e 5, o autuante refez o levantamento, com a consideração dos créditos fiscais a que o autuado teria direito e reduziu o valor do débito desta infração, de acordo com o demonstrativo às fls. 778 a 781, o qual acato, mesmo porque não foi contestado pelo autuado.

Quanto à infração 9, o sujeito passivo entende que, de acordo com o artigo 408-A do RICMS/97, deveria ter sido aplicado o percentual de acordo com a receita bruta ajustada que era de 1,9%, conforme Decisão do CONSEF que transcreveu, uma vez que todas as mercadorias constantes do estoque final foram adquiridas após a sua inclusão no regime do SimBahia.

O preposto fiscal, em sua informação de fls. 751 a 759, reconheceu que se equivocou ao calcular o imposto pela alíquota de 17%, quando deveria tê-lo feito com a aplicação do percentual de 1,9%. Refez, assim, o levantamento fiscal, acrescentando a MVA (de 15%), como determina o artigo 408-A, § 2º, inciso II, do RICMS/97, tendo apurado, a final, o débito no montante de R\$2.120,85, inferior ao originalmente cobrado de R\$16.500,91, o qual acato, inclusive porque ligeiramente superior ao valor reconhecido pelo próprio contribuinte em sua peça defensiva (R\$1.844,23).

Na infração 10 exige-se multa por descumprimento de obrigação acessória (10%) porque o contribuinte deu entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Consta na descrição dos fatos no Auto de Infração que “o contribuinte deixou de registrar em seus livros fiscais e contábeis, as notas fiscais que deram origem às duplicatas relacionadas no Demonstrativo de fls. 702 e 703, todas encontradas no estabelecimento comercial de DISMEIRA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS MEIRA LTDA., e apreendidas conforme Termo de Apreensão nº 79146, de 09/07/2001 e cópia reprográfica dos citados documentos (fls. 19 e 704 a 715)”.

O autuado impugnou a infração, sob o argumento de que o autuante se baseou em duplicatas para exigir a penalidade de caráter formal, presumindo que todas as mercadorias constantes das notas fiscais que deram origem às duplicatas são de tributação normal. Como comercializa com mercadorias isentas, enquadradas na substituição tributária, com redução de base de cálculo e com alíquota reduzida para 7%, advoga a tese de que a exigência de tal penalidade somente poderia ser concretizada se pudesse identificar as mercadorias, o que não é o caso dos autos. O autuante, por sua vez, sustenta que o autuado é que deveria ter apresentado as notas fiscais, para que se pudesse identificar o tipo de mercadoria.

Entendo que assiste razão ao contribuinte, tendo em vista que o autuante não se fundamentou em notas fiscais perfeitamente identificáveis para a exigência da penalidade prevista no inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 que assim reza:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Assim, para que fosse possível a aplicação de tal penalidade, seria necessário que o autuante tivesse trazido aos autos os documentos fiscais não registrados na escrituração do sujeito passivo, com a indicação das mercadorias constantes em cada uma das notas fiscais. Dessa forma, poderia ser identificado se a mercadoria estava sujeita ou não à tributação do imposto estadual, e o tipo de penalidade adequado à situação (10% ou 1%). Cabe ao Fisco provar a irregularidade e não pretender que o contribuinte apresente os elementos que comprovem a prática de possíveis atos ilícitos.

Como a autuação se fundamentou em duplicatas emitidas contra o estabelecimento autuado e devidamente pagas por ele, poderia ser exigido, a meu ver, o ICMS por presunção legal, em razão do que determina o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96: “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”. Pelos motivos acima expostos, considero indevida a exigência da multa relativa a esta infração, porém represento à autoridade fazendária para que proceda a nova ação fiscal a fim de exigir o tributo porventura devido.

Na infração 12 exige-se o imposto devido, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia, que deixou de ser recolhido no período de fevereiro/99 a janeiro/00. O contribuinte alega que, no período 01/01/99 a 31/12/99, recolheu o ICMS conjuntamente pela matriz e filial, considerando o CNPJ básico e que, a partir do exercício de 2000, é que foi exigido pela SEFAZ o recolhimento do tributo mensal em separado por ambos os estabelecimentos. Juntou photocópias de documentos de arrecadação (fls. 742 a 746), ressaltando que, à época da ocorrência dos fatos geradores, encontrava-se sem movimento e com a inscrição cancelada pela

Inspeção, mas reconheceu, como devida, a importância de R\$1.474,80.

O autuante, por outro lado, argumenta que, de acordo com a legislação, cada estabelecimento é autônomo e desconhece a orientação da SEFAZ para o recolhimento conjunto de débitos fiscais de mais de um estabelecimento. Não obstante isso, entende que se o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por determinado estabelecimento e o fez em nome de outro, encontra-se devedor em relação ao primeiro e credor em relação ao segundo e, no caso do autuado, houve recolhimento a menos do imposto.

Não obstante respeitável o pensamento do autuante, entendo que deve ser feita a justiça e, ademais, ao Estado interessa receber apenas o que é de direito, sob pena de se configurar o enriquecimento ilícito. Dessa forma, se o contribuinte pagou o imposto, ainda que se utilizando de uma forma irregular, devem ser considerados os valores efetivamente recolhidos, ainda mais que se sabe que o autuado estava, no período fiscalizado, com sua inscrição cancelada no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, impossibilitado, portanto, de realizar atividades comerciais.

Examinando os documentos acostados pelo autuado, em contraposição com o demonstrativo elaborado pelo autuante e os extratos de arrecadação do sistema de processamento de dados da SEFAZ, que ora acosto e que fazem parte integrante deste Acórdão, constatei que o autuado efetuou diversos recolhimentos de ICMS, com a inscrição estadual nº 29.159.608 PP (referente a outro estabelecimento da empresa), com código de receita nº 1844, como a seguir demonstrado:

DEMONSTRATIVO DO AUTUANTE (fls. 716 e 717)				DAES ACOSTADOS PELO AUTUADO/INC (fls. 742 a 746)	
Mês	ICMS devido	ICMS recolhido	ICMS a recolher	ICMS recolhido	ICMS a exigir
Jan/99	488,82	488,82	0,00	0,00	0,00
Fev/99	876,02	0,00	876,02	0,00	876,02
Mar/99	252,62	0,00	252,62	252,62	0,00
Abr/99	332,13	0,00	332,13	0,00	332,13
Mai/99	357,90	0,00	357,90	357,92	0,00
Jun/99	252,62	0,00	252,62	0,00	252,62
Jul/99	329,54	0,00	329,54	329,57	0,00
Ago/99	265,54	0,00	265,54	265,55	0,00
Set/99	201,84	0,00	201,84	201,83	0,00
Out/99	204,08	0,00	204,08	202,73	1,35
Nov/99	304,22	0,00	304,22	305,62	-1,40
Dez/99	342,31	0,00	342,31	342,31	0,00
Jan/00	169,70	0,00	169,70	155,56	14,14
TOTAL ICMS A EXIGIR NO AUTO DE INFRAÇÃO				1.474,86	

Como visto acima, os valores recolhidos pelo contribuinte coincidem com aqueles calculados e exigidos pelo autuante nesta infração, em quase todos os meses do período, o que me leva à conclusão de que o autuado tem razão em suas alegações. Dessa maneira, entendo que deve ser reduzido o montante de débito para R\$1.474,86, praticamente a importância reconhecida pelo sujeito passivo em sua peça defensiva.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Multa R\$	Débito R\$

1	31/01/97	31/01/97	4.432,00	17%	70%		753,44
1	31/03/97	31/03/97	2.180,00	17%	70%		370,60
2	29/02/96	29/02/96	1.129,59	17%	60%		192,03
2	31/01/97	31/01/97	4.077,44	25%	60%		1.019,36
2	31/03/97	31/03/97	2.005,76	25%	60%		501,44
3	30/11/98	30/11/98	1.000,00	17%	70%		170,00
3	28/02/99	28/02/99	416,29	17%	70%		70,77
3	31/03/99	31/03/99	737,41	17%	70%		125,36
3	30/04/99	30/04/99	737,41	17%	70%		125,36
4	30/04/97	30/04/97	549,35	17%	70%		93,39
4	30/09/97	30/09/97	1.900,71	17%	70%		323,12
4	30/06/98	30/06/98	100,00	17%	70%		17,00
4	31/08/98	31/08/98	750,00	17%	70%		127,50
4	30/06/99	30/06/99	228,59	17%	70%		38,86
4	31/12/99	31/12/99	1.776,18	17%	70%		301,95
5	31/01/99	31/01/99	17.169,53	17%	70%		2.918,82
5	28/02/99	28/02/99	11.506,35	17%	70%		1.956,08
5	31/03/99	31/03/99	18.798,94	17%	70%		3.195,82
5	30/04/99	30/04/99	12.109,59	17%	70%		2.058,63
5	31/05/99	31/05/99	9.629,94	17%	70%		1.637,09
5	30/06/99	30/06/99	11.099,65	17%	70%		1.886,94
5	31/07/99	31/07/99	4.579,24	17%	70%		778,47
5	31/08/99	31/08/99	1.966,59	17%	70%		334,32
5	30/09/99	30/09/99	6.495,59	17%	70%		1.104,25
5	31/10/99	31/10/99	5.581,06	17%	70%		948,78
6	31/03/98	31/03/98	853,76	17%	70%		145,14
6	30/04/98	30/04/98	975,59	17%	70%		165,85
6	31/05/98	31/05/98	1.485,24	17%	70%		252,49
6	30/06/98	30/06/98	1.641,00	17%	70%		278,97
6	31/07/98	31/07/98	1.378,41	17%	70%		234,33
6	31/08/98	31/08/98	2.672,06	17%	70%		454,25
6	30/09/98	30/09/98	2.257,24	17%	70%		383,73
6	31/10/98	31/10/98	1.767,00	17%	70%		300,39
6	30/11/98	30/11/98	1.900,12	17%	70%		323,02
6	31/12/98	31/12/98	1.878,59	17%	70%		319,36
6	31/01/99	31/01/99	165,41	17%	70%		28,12
6	28/02/99	28/02/99	1.182,24	17%	70%		200,98
6	31/03/99	31/03/99	2.144,82	17%	70%		364,62
6	30/04/99	30/04/99	2.280,94	17%	70%		387,76
6	31/05/99	31/05/99	2.230,35	17%	70%		379,16
6	30/06/99	30/06/99	651,41	17%	70%		110,74
6	31/07/99	31/07/99	854,47	17%	70%		145,26
6	31/08/99	31/08/99	602,12	17%	70%		102,36
6	30/09/99	30/09/99	836,94	17%	70%		142,28
6	31/10/99	31/10/99	1.609,41	17%	70%		273,60
7	31/01/00	31/01/00	42.643,24	17%	70%		7.249,35
7	29/02/00	29/02/00	42.067,59	17%	70%		7.151,49
7	31/03/00		16.433,88	17%	70%		2.793,76
8	31/08/00		1.705,88	17%	50%		290,00
8	30/09/00		1.705,88	17%	50%		290,00
8	31/10/00		1.705,88	17%	50%		290,00
8	30/11/00		1.705,88	17%	50%		290,00
8	31/12/00		1.705,88	17%	50%		290,00

9	30/04/01		12.475,59	17%	60%		2.120,85
11	30/06/01					332,00	332,00
12	28/02/99	09/03/99	43.801,00	2%	50%		876,02
12	30/04/99	09/05/99	16.606,50	2%	50%		332,13
12	30/06/99	09/07/99	12.631,00	2%	50%		252,62
12	31/01/00	09/02/00	707,00	2%	50%		14,14
TOTAL DO DÉBITO						332,00	48.614,15

RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido sucumbente em parte no julgamento que exarou o Acórdão 3ª JJF nº 0397-03/02, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em lide.

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente o Acórdão Recorrido, constatei que o PAF foi remetido para o autuante para que adotasse o critério da Orientação Normativa nº 01/2002, tendo o autuante se pronunciado às fls. 772 a 781. Observei que o contribuinte apesar de devidamente intimado a tomar ciência do resultado do pronunciamento do autuante à fl.781, não se pronunciou. Entretanto, a Relatora da 1ª Instância, trouxe à lide demonstrativo de correção que vieram sanear o processo. Assim, entendo que os fundamentos apresentados estão corretos e não merecem reparo.

Diante do exposto, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado, homologando a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206828.0012/01-2, lavrado contra **JOSIAS DE OLIVEIRA MEIRA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$48.282,15, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.924,91, 60% sobre R\$3.833,68 e 70% sobre R\$41.523,56, previstas no art. 42, I, “b”, “3”, II, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de R\$332,00, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, XIX, da citada lei, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2003

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ