

**A. I. N°** - 293575.0802/02-3  
**AUTUADO** - ROMILY MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - TELESSON NEVES TELES  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 09. 04. 2003

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0102-04/03

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Correta a exigência fiscal com base no regime normal de apuração do imposto, que corresponde a situação em que o contribuinte estava inscrito à época da ocorrência dos fatos geradores. Incompetência do CONSEF para arguir inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Indeferido o pedido de perícia. Afastadas as preliminares de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/08/2002, exige ICMS no valor de R\$52.091,76, em razão do seu recolhimento a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Em complemento a acusação, o autuante consignou no Auto de Infração que o contribuinte vem apurando o imposto devido como se fosse Empresa de Pequeno Porte, apesar de estar inscrito na condição de normal.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua peça defensiva de fls. 28 a 61 dos autos, inicialmente, arguiu as seguintes preliminares de nulidade:

1. Que o Auto de Infração é nulo, porque inexistiu o fato gerador da obrigação tributária principal. Aduz que a sua receita bruta anual não ultrapassou o limite previsto na lei, não havendo razão para o seu desenquadramento de ofício. Salienta que é uma empresa em formação, já que iniciou as suas atividades em 01/08/99, oportunidade em que citou dispositivos regulamentares sobre o enquadramento e a exclusão do regime SIMBAHIA, além de tecer considerações sobre os mesmos. Diz que o lançamento fiscal não considerou os princípios da capacidade contributiva e da uniformidade de tributação e, em apoio ao alegado, transcreveu artigos da Constituição Federal, além de citar farta doutrina. Alega que a 3ª JJF julgou improcedente Auto de Infração lavrado contra a sua empresa, através do Acórdão nº 2376/00, conforme cópia anexa;
2. Que o lançamento fiscal é nulo, uma vez que o regime normal de tributação não é aplicável à empresa, a qual tem direito ao benefício fiscal do SIMBAHIA;
3. Que a autuação é nula, haja vista inexistir prova da imputação, sua base de cálculo e o valor tributável. Em apoio ao alegado, transcreve ensinamento de jurista que indica, sobre o princípio da legalidade fiscal infringida, cita decisões do Egrégio Conselho de Contribuintes a respeito do assunto, além de tecer considerações sobre a Obrigação “EX LEGE” – Atividade Vinculada;
4. Que o Auto de Infração é nulo, porque foi lavrado fora do estabelecimento autuado;
5. Que o lançamento é nulo, porque desacompanhado do Termo de Início de Fiscalização;
6. Que o exame da escrita foi efetuado por pessoa não habilitada para o exercício de tarefas ou trabalhos privativos de contador habilitado no CRC-BA.;

Quanto ao mérito, após transcrever os termos da acusação fiscal, o autuado diz que o crédito tributário não tem como prosperar, haja vista que foi efetuado de forma equivocada e impropria, pois é uma empresa de pequeno porte, portanto, tem direito aos benefícios tributários simplificados e diferenciados do SIMBAHIA.

Às fls. 42 a 58 discorreu sobre os temas desvio de finalidade, do contraditório pleno da CF/88, dos procedimentos administrativos, da multa punitiva, da liquidez, da certeza, do erro do quantum, do processo administrativo nulo, do direito do contribuinte, das ocorrências fiscais sem a lavratura dos termos, do ICMS sem fato gerador.

Continuando em sua defesa, às fls. 59 a 61, tece comentários relacionados a pagamento de ICMS – recolhimento em duplicidade, diz que a cobrança é indébita, que o Auto de Infração é baseado em fatos conflitantes, além do mesmo não ter os pressupostos necessários à sua manutenção.

Ao finalizar, pede que todas as alegações de seu recurso sejam apreciadas, ponto a ponto, para tornar insubsistente o Auto de Infração e requer que a Secretaria da Fazenda se abstenha de expedir certidões negativas até o julgado definitivo do presente processo.

O autuante ao prestar a informação fiscal de fl. 64 dos autos fez, inicialmente, um breve resumo das alegações defensivas.

Em seguida, aduziu que a discussão se resume a dois pontos, a saber:

- a) O contribuinte, no período fiscalizado, estava cadastrado na condição de normal e, nessa condição, teria que apurar o imposto através da conta corrente fiscal, no entanto, insistia em recolhê-lo com base no regime SIMBAHIA;
- b) Diz que por ter o CONSEF julgado procedente o Auto de Infração nº 293575.0601/01-0, com idêntica motivação lavrado contra o mesmo contribuinte, conforme Acórdãos em anexo, o procedimento fiscal objeto desta ação fiscal apenas executou a referida decisão, ao exigir do autuado o imposto através do regime normal de apuração.

Ao concluir, solicita a procedência do Auto de Infração.

O CONSEF em despacho à fl. 75, face o autuante haver anexado à sua informação fiscal novos documentos, encaminhou o PAF a INFAZ-Eunápolis, para dar ciência ao autuado, o que foi cumprido, conforme documentos às fls. 77 e 78, no entanto, não se manifestou a respeito.

## **VOTO**

Inicialmente, sobre as preliminares de nulidades suscitadas na peça defensiva, não merecem o meu acolhimento, pelas seguintes razões:

Falta de prova do fato gerador da obrigação tributária - Ao contrário do alegado pela defesa, a infração imputada ao autuado, está perfeitamente demonstrada pelos levantamentos acostados aos autos pelo autuante às fls. 8 a 20, motivo pelo qual considero sem nenhum fundamento o argumento defensivo;

Por ser inscrito no SIMBAHIA, o regime normal de apuração não se aplica a empresa – Não acato tal argumento, pois de acordo com o art. 406-A, III, do RICMS/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 com base no regime normal de apuração, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis;

Inexistência de prova de imputação e sua base de cálculo. Não procede tal argumento, pois de acordo com o demonstrativo de fl. 20 dos autos, o autuante demonstrou como foi apurado o imposto que foi recolhido a menos pelo autuado.

Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento – O art. 39, § 1º, do RPAF/99, estabelece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator ou em outro local onde se tenha verificado ou apurado a infração. Examinando a fl. 1 dos autos, verifica-se que a sua lavratura ocorreu na Inspetoria Fiscal de Eunápolis, local onde foi examinado os livros, documentos fiscais e constatada a infração praticada pelo autuado. Desse modo, entendo impertinente a alegação defensiva, ao citar o art. 10, do Decreto Federal nº 70.235/72;

Falta do Termo de Início de Fiscalização - De acordo com a legislação do ICMS, a finalidade do referido termo é o de documentar o início do procedimento fiscal, no entanto, o mesmo não é o único instrumento que serve para tal fim, o qual pode ser substituído por outro ato expedido pela autoridade fiscalizadora. Compulsando os autos, verificou este Relator que na fl. 7 consta uma intimação expedida pelo autuante, através da qual o contribuinte foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais, cujo documento também serve para registrar o início da ação fiscal, consoante dispõe o inciso III, do art. 26, do RPAF/99;

Exame da escrita efetuado por pessoa sem habilitação legal – Entendo não proceder tal argumento, pois de acordo com o art. 42, do RPAF/99, a lavratura do Auto de Infração, quando verificada pelo fisco, quaisquer das infrações tipificadas no art. 915, do RICMS/97, é de competência dos Auditores Fiscais, cargo que é exercido pelo autuante na Secretaria da Fazenda.

Com base na explanação acima, rejeito as preliminares de nulidades argüidas na peça defensiva.

Acerca das alegações defensivas, pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, deixo de acatá-las, tendo em vista o disposto no art. 167, I, do RPAF/99, segundo o qual não se inclui entre as competências deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Quanto ao pedido de perícia, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a” e II, “a” e “b”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos, são suficientes para que este Relator decida sobre a presente lide.

Adentrando no mérito da autuação, ressalto, de início, que idêntica infração praticada pelo contribuinte relativamente a fatos geradores anteriores ao presente lançamento, foi julgada procedente por esta JJF, através do Acórdão nº 0039-04/02. Por não se conformar com a decisão, o autuado apresentou recurso voluntário, o qual foi apreciado pela 2ª CJF, que resolveu não dar provimento ao referido recurso, cuja decisão foi objeto do Acórdão nº 0191-12/02.

Sobre a autuação, observei que o autuante como prova da infração, anexou aos autos às fls. 8 a 20, os levantamentos dos créditos fiscais a que o autuado tinha direito pelas entradas de mercadorias, dos débitos pelas saídas, bem como do demonstrativo da conta-corrente fiscal, onde foi deduzido o imposto pago e consignada a diferença do imposto a recolher por parte do autuado.

Com referência a defesa formulada, razão não assiste ao autuado, pois se limitou a alegar que tem o direito de calcular o imposto como Empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime SIMBAHIA, o que não concordo. Como justificativa, esclareço que o autuado foi desenquadrado do referido regime pela SEFAZ, em processo regular, o que significa dizer que a partir do momento do seu desenquadramento, o imposto devido pelas operações realizadas, teria que ser apurado pelo regime normal de apuração. Ademais, conforme já ressaltei no início deste voto, procedimento fiscal anteriormente lavrado pela fiscalização, relativamente a fatos geradores anteriores aos cobrados no presente lançamento, em que foi apurada idêntica infração, foi considerado como procedente, fato que demonstra, extreme de dúvidas, o acerto da presente ação fiscal.

Ante o exposto, 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 293575.0802/02-3, lavrado contra **ROMILY MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.091,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR