

A. I. N° - 293575.0801/02-7
AUTUADO - ROGIL MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 15.07.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0245-03/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. ENQUADRAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL. Comprovado que no período fiscalizado, o autuado deveria apurar o ICMS pelo Regime Normal, por não preencher os requisitos para enquadramento ao 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 lavrado em 30/08/2002, exige ICMS de R\$99.939,69 pois o autuado recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O contribuinte vem apurando o imposto devido como se fosse Empresa de Pequeno Porte apesar de estar cadastrado na condição NORMAL.

O autuado, tempestivamente ingressa com defesa, fls. 39/76, e aduz as seguintes razões de fato e de direito:

1. Em preliminar, a inexistência de objeto do Auto de Infração, pois tem direito de manter-se enquadrada como empresa de pequeno porte, e que esta questão está sob apreciação do judiciário, com diversos processos em tramitação na Justiça da Vara Cível da Fazenda Pública de Eunápolis.
2. Aduz que os sócios não fazem parte de outra sociedade, seu faturamento se mantém dentro do limite máximo de R\$1.200.000,00 e que não existe qualquer outra condição que possa menosprezar seu direito ao enquadramento como empresa de pequeno porte.
3. Diz que o lançamento só existe porque o fisco está negando-se a conceder-lhe o direito da redução da carga tributária, quando não se enquadra em nenhum caso de exclusão previsto na lei tributária. Também que há decisão administrativa que julgou Improcedente o Auto de Infração n° 298237.0301/00-98, julgamento anexo.
4. Afirma que recorrerá, se necessário, ao Poder Judiciário, para propor ação anulatória do lançamento ora questionado.
5. Faz um histórico sobre o Estatuto da Microempresa, e sobre o SIMBAHIA, e que o enquadramento no SIMBAHIA foi deferido de plano, na fase de sua constituição, inexistindo qualquer justa causa até o presente momento que motivasse sua exclusão de ofício do regime simplificado. Explica que sua empresa foi constituída há pouco tempo, em 27/07/99, tendo iniciado suas atividades em 01/08/99.

6. Lembra que o princípio da capacidade contributiva deve ser levado em consideração.
7. Cita o Acórdão JF nº 2376/00, que julgou Improcedente a ação fiscal, baseada nos mesmos pressupostos.
8. Lembra que no dia 15 de março de 2000, foi excluído de ofício do SIMBAHIA, e que paralelamente impetrou Mandado de Segurança contra decisão da autoridade fiscal que o excluiu de ofício do SIMBAHIA, tendo obtido liminar determinando-se a suspensão do ato fiscal, e quando o egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia suspendeu a ordem do juízo singular, já não mais necessitava de tal medida, porque a própria 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou improcedente o lançamento tributário.
9. Ressalta que a atividade do fisco é vinculada.
10. Ainda em preliminar levanta a ineficácia do Auto de Infração pois lavrado fora do estabelecimento autuado, o que teria violado o princípio da legalidade. Também que há falta do Termo de Início de Fiscalização, formalidade essencial que teria sido preterida. Argumenta que o autuante não possui habilitação legal para o exercício de tarefas ou trabalhos privativos de contador.
11. No mérito, insiste que é empresa de pequeno porte, e que o lançamento do presente crédito tributário foi efetuado pela forma inadequada e inapropriada, pois goza dos benefícios tributários simplificados e diferenciados do SIMBAHIA.
12. Diz que a perícia contábil neste caso é necessária, e “cumpre à sociedade produzi-la em seu próprio interesse, para que melhores considerações sejam avaliadas sobre as conciliações contábeis das demonstrações financeiras e fiscais, relacionadas com entradas, saídas, e estoques de mercadorias, verificando ou examinando minuciosamente, os demais pontos exigidos pela lei do SIMBAHIA, inclusive demais exames das condições financeiras de seus membros societários, se tem ou não participação de outras empresas ativas”.
13. Discorre sobre princípios constitucionais, tais como o do contraditório, da moralidade, da proibição de confisco, da segurança jurídica e da tipicidade.
14. Entende que a multa aplicada tem caráter confiscatório.
15. Aponta que o Auto de Infração não individualizou nenhum dos documentos como prova válida das alegações de omissão de receita, sem provas concretas dos valores alegados pelo agente tributário, de super faturamento ou omissão de receita por não emissão de notas fiscais. Ademais, diz que o Auto de Infração não individualiza nenhum dos “documentos fiscais”, a que se refere a multa exigida, e nem o fazem as notificações, o que torna impossível o exercício da defesa.
16. Aduz que não pode o fisco tributar ficções de direito, nem presumir fatos geradores inexistentes ou presumir fraude ou sonegações fiscais não materializadas. Pontua que apesar de não ser exigência para os contribuintes inscritos no SIMBAHIA, vem escriturando seus livros fiscais.

O autuante presta informação fiscal, fl. 79, e aduz que “o autuado se utiliza de argumentos protelatórios repetidas vezes, uma vez que o mérito da autuação já foi objeto de análise por esta

conceituada casa, que julgou, por unanimidade, nas duas instâncias de julgamento, pela procedência da autuação, conforme Acórdão JJF nº 2171-04/01 (Junta) e CJF nº 0105-12/02 (Câmara), cujas cópias seguem anexadas a esta informação”. Esclarece que o contribuinte estava cadastrado na condição normal, com apuração pelo conta corrente do ICMS, e insistia em recolher pelo SIMBAHIA. Opina pela procedência do Auto de Infração, mantendo coerência com decisão anterior proferida.

Diante da juntada de novos documentos na informação fiscal, o autuado foi cientificado, mas não se manifestou.

No decorrer desta instrução processual, surgiu a notícia de que a sentença do Mandado de Segurança havia sido prolatada com o retorno da eficácia da Medida Liminar, e em face deste novo fato, esta 3ª JJF diligenciou à PROFAZ, (fl. 102), no intuito de que Parecer Jurídico fosse emitido sobre a questão trazida aos autos, e mais especificamente sobre qual o procedimento que deveria ser adotado, tendo em vista que do Mandado de Segurança em questão cabe Recurso Voluntário ao Tribunal, em face da remessa necessária à instância superior.

A Douta PROFAZ, emitiu o Parecer de fls. 111/112, no qual conclui que “nenhuma decisão judicial pode obstar a fiscalização de desempenhar o seu papel de constituir o crédito tributário, sob pena de invasão de competência. Ao fisco cabe constituir o crédito e caso haja decisão liminar, a sua exigibilidade fica sobrestada. Portanto, é evidentemente que o Fisco não pode deixar de constituir o crédito tributário, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional, e deve fazê-lo dentro do prazo decadencial.” Anexa decisão do STJ, para corroborar o entendimento, e entende que o PAF pode ser analisado e julgado pelo CONSEF, pois não há qualquer óbice jurídico.

VOTO

Inicialmente deixo de acatar as alegações defensivas que dizem respeito à inconstitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, pois de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Rejeito o pedido de perícia formulado pelo autuado, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do meu convencimento de julgadora, a teor do art. 147, I, “a”, II, “a”, “b”, do RPAF/99.

Passo a analisar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, conforme a peça defensiva:

1. 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.
2. Quanto ao argumento de que não foi considerada a capacidade contributiva do autuado, este não procede, haja vista que a base de cálculo do ICMS foi apurada de acordo com as operações mercantis realizadas e relacionadas à fl. 36 dos autos.
3. Reza o art 39, § 1º do RPAF/99, que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se tenha verificado ou apurado a infração. Deste modo, o Auto de Infração pode ser lavrado na repartição fazendária, local onde se verificou ou apurou a infração.
4. No que concerne à falta de Termo de Início de Fiscalização, este não é o único instrumento que serve para demarcar o início da ação fiscal, a teor do que dispõe o art. 26 do RPAF/99. No presente caso, verifico que o autuado foi intimado para apresentar livros e documentos

fiscais, em 21.06.2002, conforme fl. 07, intimação que deu início ao procedimento fiscal, de acordo com o previsto no art. 26, inciso III do RPAF/99.

5. Outrossim, a legislação do Estado da Bahia não exige, com exclusividade, a graduação em Ciências Contábeis para o exercício do cargo de auditor fiscal. Os auditores fiscais, no exercício de suas funções, são competentes para realizar auditoria fiscal e contábil, e constituir o crédito tributário.

No mérito, o próprio autuado declara que no dia 15 de março de 2000, foi excluído de ofício do SIMBAHIA, e que paralelamente impetrou Mandado de Segurança contra decisão da autoridade fiscal que o excluiu, de ofício, do SIMBAHIA, tendo obtido liminar determinando-se a suspensão do ato fiscal, e alega que quando o egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia suspendeu a ordem do juízo singular, já não mais necessitava de tal medida, porque a própria 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou improcedente o lançamento tributário.

Efetivamente, o autuado foi desenquadrado de ofício do regime do SIMBAHIA, pela autoridade administrativa competente e, diante deste fato, impetrou Mandado de Segurança no qual obteve liminar contra o desenquadramento, tendo esta sido suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e atualmente a questão encontra-se em fase recursal.

No processo relativo ao Auto de Infração nº 293575.0601/01-0, Acórdão JJF nº 2171-04/01, fls. 85/90, que o autuante fez a juntada, em sua informação fiscal, e do qual o autuado foi devidamente cientificado, e não se manifestou, consta que o autuado solicitou seu enquadramento no SIMBAHIA em julho de 1999. Este processo também é relativo à empresa Rogil Móveis e Eletrodomésticos Ltda. O autuante relata que “Em 15/03/200, a autoridade administrativa competente efetuou o desenquadramento de ofício do autuado, sujeitando-o ao regime normal de fiscalização, 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 Rogil Móveis e Eletrodomésticos Ltda, infringindo o art. 408-L, V, do RICMS/97. Essa irregularidade ficou comprovada assim:
 - a) declarações e depoimentos à Polícia Civil, assinados por consumidores (fls. 23/33);
 - b) depoimento prestado à Polícia Civil – Termo de Interrogatório (fls. 97 e 98), pelo senhor Roberto Carlos Piccoli Xavier, sócio proprietário da Romily Móveis e Eletrodomésticos Ltda;
 - c) subfaturamento na emissão da Nota Fiscal nº 833 (fls. 28 a 30) emitida pela Romily, referente à mercadoria adquirida na Rogil e cujo preço (R\$100,00) foi consignado no documento fiscal como sendo R\$70,00.
- 2 – Utilização de instrumento de procuração, em contrato de mandato, na qualidade de mandatário, para ocultar a realidade fática de sociedade na Rogil Ltda., cuja sócia-gerente é sua esposa. Segundo o auditor fiscal, esse fato ficou comprovado pelo depoimento à Polícia Civil – Termo de Interrogatório (fls. 97 e 98). Aduz o fiscal que, com esse procedimento, o autuado praticou a infração descrita no artigo 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 desenquadrara do SIMBAHIA foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do estado da Bahia (fl. 23).”

Ressalto que o Auto de Infração acima mencionado foi julgado Procedente pela 4ª JJF, Decisão mantida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF Nº 0105-12/02.

Portanto, o autuado estava desenquadrado do regime do SIMBAHIA, com fundamento nas provas acima relatadas, 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, segundo o regime normal de apuração, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das sanções legais cabíveis.

O desenquadramento de ofício foi baseado em Termos de Declarações prestadas pelo contribuinte e em Termo de Interrogatório, cujo depoente foi o proprietário do estabelecimento autuado, os quais comprovam que o autuado incorreu na prática de infrações previstas no inciso IV do art. 915 do RICMS/97, e que prestou declarações falsas para obter o seu enquadramento no regime do SIMBAHIA.

Ademais a presente autuação não está baseada em indícios ou presunções, como afirma o autuado, o imposto exigido está baseado nos documentos fiscais de entradas e de saídas de mercadorias, tendo o autuante o cuidado de relacioná-los, individualmente, nas planilhas de fls. 8/35, e elaborado o conta corrente à fl. 36, do que resultou o ICMS ora exigido.

Quanto ao Auto de Infração relativo à decisão contida no Acórdão JJF nº 2277/00, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, no qual também fui relatora, a situação fática naquele processo não se repetiu neste caso concreto, eis que naquele, as hipóteses de desenquadramento do regime do SIMBAHIA, não estavam devidamente provadas, e a sua carência foi expressamente reconhecida pelo autuante, que se pronunciou, inclusive, a favor da desconstituição daquele lançamento.

Quanto à multa aplicada, está prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293575.0801/02-7** lavrado contra **ROGIL MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.939,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art 42, II “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR