

A. I. N° - 298937.0004/03-5
AUTUADO - A. COSTA OLIVEIRA DE BERIMBAU
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 09. 09. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0347-04/03

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NAS VENDAS REALIZADAS À CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. Infração comprovada. 2. SIMBAHIA. DECLARAÇÃO INEXATA. DME. PERDA DO DIREITO À ADOÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. A legislação do ICMS prevê que o contribuinte inscrito no regime SimBahia, que prestar declarações falsas ou inexatas, além de ser desenquadrado de ofício, se sujeita ao pagamento do imposto pelo regime normal de apuração. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2003, exige ICMS no valor de R\$134.521,29, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder à retenção do imposto e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Em complemento à acusação, o autuante consignou que a empresa realizou venda para contribuinte não inscrito e não efetuou a substituição, conforme demonstrado no anexo B (fls. 17 a 25), com base nas cópias das notas fiscais em anexo (fls. 513 a 708);
2. Prestou declaração incorreta, infringindo o art. 408-L, VII, do RICMS/97, quando na DME do período de 2002 declarou um movimento de saídas de R\$252.145,25, enquanto nas notas fiscais de saídas totalizou a importância de R\$1.772.087,52, conforme anexos B, F e G, fato também ocorrido em relação às entradas, ao informar o montante de R\$206.582,54, quando pelas notas fiscais de entradas totalizou R\$1.681.204,43, conforme anexos A, D e E. De acordo com o autuante, em função da irregularidade acima, o contribuinte está sujeito ao desenquadramento de ofício e à cobrança do ICMS com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, conforme prescreve o art. 408-S do RICMS, o que resultou na cobrança do imposto no valor de R\$104.380,89, conforme anexo C (fl. 26).

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 894 a 902 dos autos alegou, inicialmente, como preliminar, a incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para exigir imposto, tendo em vista que é classificada como microempresa, amparada pela Lei nº 9317/96, a qual instituiu o regime tributário SIMPLES. Aduz que o art. 17 da referida lei reza que compete à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES.

Sustenta que a lei federal acima citada, não delega competência à Secretaria da Fazenda Estadual da Bahia, no sentido de fiscalizar e autuar a empresa com alíquota de 17% sobre a base de cálculo, acrescida da multa de 60%, com base nos seus artigos 19 e 20, cujos teores transcreveu, em apoio ao alegado. Assevera ser o Fisco Estadual incompetente para autuar a empresa nos moldes do RICMS/97, com aplicação da multa prevista no art. 42, da Lei nº 7014/96, uma vez que a lei federal tem prevalência sobre o decreto estadual, sob pena de infringência da lei processual em vigor.

Quanto ao mérito, acaso não acatada a preliminar argüida, diz que o Auto de Infração será declarado improcedente, tendo alinhado os seguintes pontos:

AUTO LAVRADO FORA DO ESTABELECIMENTO – INEFICÁCIA DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Aduz que o Auto de Infração foi lavrado fora do seu estabelecimento, ou seja, na INFAZ-Santo Amaro e por ser o RICMS/97 omissivo quanto à matéria, deveria o autuante ter recorrido, analogicamente, ao art. 108, I, do CTN, o qual obriga a sua lavratura no local da verificação da falta, isto é, no estabelecimento fiscalizado. Salienta que a lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações Fisco – Contribuintes, oportunidade em que citou às fls. 897 e 898 lição de autor que indica sobre o assunto.

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – OFENSA AO ART. 37, “CAPUT” DA CF.

Sobre o tema, fez à fl. 898 uma explanação com relação a algumas operações fiscais para reprimir eventual sonegação ou fraude.

INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÕES PARA ESCLARECIMENTOS.

Após transcrever os termos da acusação fiscal, o autuado alegou que, se a fiscalização encontrar qualquer irregularidade, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável, todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessas supostas irregularidades, fato que não ocorreu na presente autuação.

ICMS SEM PROVA MATERIAL DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Frisa que o autuante se equivocou ao cobrar o imposto com base nas alíquotas aplicáveis às operações normais, tendo em vista ser a sua condição de microempresa regulada pela Lei nº 9317/96, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição Federal, a qual assegura tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, em relação aos impostos e às contribuições que menciona (art. 1º);

AUTO DE INFRAÇÃO SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA PERTINENTE.

À fl. 901 o autuado elencou as suas justificativas acerca do seu entendimento com relação ao tópico acima.

MULTA CONFISCATÓRIA /ACRÉSCIMO MORATÓRIO INDEVIDOS.

Argumenta que às multas aplicadas de 60% e 100%, além de absolutamente indevidas, assumem o caráter de abuso do poder fiscal, posto que, manifestamente confiscatória, já que contraria a Lei Federal nº 9317/96.

INSCRIÇÃO E EXECUÇÃO NULAS.

Sustenta que se o crédito vier a ser inscrito na dívida ativa, será nulo e a própria execução fiscal da Lei originada estará eivada de nulidade, porque, o título executório em que ela se escuda, não tem origem e nem valor legal.

Ao finalizar, com fundamento nas Súmulas 346 e 473, do STF o autuado requer:

- a) A conversão do PAF em diligência, para ser produzida prova pericial, contábil-fiscal, por contador habilitado, a fim de positivar a não ocorrência do fato gerador do ICMS;
- b) Que sejam juntadas as provas obtidas em contraditório pleno, apurado em processo regular;
- c) Que seja julgado insubsistente o Auto de Infração, pela inexistência de causas legais e legítimas que lhes dê embasamento, como foi amplamente demonstrado nos itens precedentes, sem prejuízo da fiscalização em efetuar quantas ações fiscais que se fizerem necessárias, em defesa do erário Estadual.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal, fls. 904 e 905 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da autuação, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Sobre a defesa formulada, assim se manifestou:

1. Que o contribuinte se perde ao citar a Lei Federal que regula o SIMPLES, para desqualificar a SEFAZ como ente competente para fiscalizar e autuar, se for o caso, microempresa, o que é uma tentativa estapafúrdia, que só demonstra a intenção sub-reptícia de procrastinar ou ignorância tributária;
2. Que em relação à primeira infração, aduz ser pacífico que o contribuinte vendia para contribuinte não inscrito sem fazer a devida retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, fato comprovado através das notas fiscais coletadas pela fiscalização do trânsito e anexadas aos autos. Diz que o contribuinte foi regularmente intimado, conforme consta no PAF e que a autuação foi baseada nos documentos apresentados pelo contribuinte, em atendimento à citada intimação;
3. Que os documentos apresentados (notas fiscais de saídas e entradas), dão respaldo a autuação, uma vez que o contribuinte declarou na DME/2002 um movimento de saídas de R\$252.145,25, quando em verdade vendeu R\$1.772.087,52, conforme anexos B, F e G, além do que informou um movimento de entradas de R\$206.582,43, quando efetivamente comprou R\$1.681.204,42, (ver anexo A, D e E), cujos valores não lhe permitia permanecer no SIMBAHIA;
4. Que a autuação, conforme prevê o RICMS em seu art. 408-S, foi feita desconsiderando o regime SIMBAHIA, tendo sido cobrado o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais;
5. Que no exercício de 2001, o contribuinte cometeu, também, idêntica infração, ou seja, de declarar valores inferiores aos verdadeiros, objetivando fugir do desenquadramento, uma vez que no referido exercício declarou na DME um valor de entradas R\$196.921,00, enquanto nas notas fiscais coletadas pelo sistema CFAMT totalizou um movimento de R\$622.576,47, para manter-se como microempresa fraudulentamente.

Ao finalizar, diz que não restou outra atitude senão a de autuar o contribuinte, com base no RICMS/BA., pelo que mantém a autuação em sua inteireza.

VOTO

Inicialmente, não acato a preliminar levantada na peça defensiva, sob a alegação de incompetência da SEFAZ, com base na Lei nº 9317/96 para exigir imposto do autuado. É que a citada lei, instituiu o SIMPLES para os contribuintes dos impostos e contribuições de competência da União Federal.

Com relação ao ICMS, que é um imposto de competência estadual, o governo deste Estado, objetivando também simplificar a tributação das microempresas e das empresas de pequeno porte, a exemplo do governo federal, instituiu através da Lei nº 7357/98 o regime SIMBAHIA, o qual entrou em vigor no exercício de 1999.

Por força da lei acima citada, os contribuintes do ICMS que optaram pelo referido regime, como é o caso do autuado, devem submeter-se às disposições nele contida, razão pela qual a exigência fiscal objeto deste lançamento tem previsão legal em lei, não procedendo, portanto, o argumento defensivo.

Quanto ao pedido de diligência formulado pela empresa, indefiro o mesmo, com fulcro no art 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que a farta documentação acostada aos autos é suficiente para decidir acerca da presente lide.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, constato razão não assistir ao autuado, com relação as suas alegações defensivas, as quais rebaterei na mesma seqüência elencada pela defesa, pelos seguintes motivos:

I – A alegação defensiva de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento da empresa, em desacordo com a legislação, não prospera. Como justificativa, esclareço que o RPAF/99, em seu artigo 39, § único, prevê que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do contribuinte em outro local onde for constatada a infração. Como a ação fiscal foi desenvolvida na Inspetoria Fiscal de Santo Amaro, local onde foi verificada a infração, não houve por parte do autuante qualquer descumprimento da legislação;

II – Quanto à alegada ofensa ao art. 37 da CF, observei da leitura do referido dispositivo, que o mesmo determina que a administração pública direta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de elencar outros requisitos a serem cumpridos pelos referidos poderes em seus diversos incisos. Desse modo, improcede o argumento defensivo, pois a fiscalização estadual realiza operações fiscais em todos os estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS e não apenas sobre determinada atividade econômica, conforme alegado pela defesa;

III – Sobre a falta de intimação para esclarecimentos, considero impertinente. É que a legislação do ICMS em vigor, não obriga o preposto fiscal, ao constatar qualquer irregularidade praticada pelo contribuinte em que implique evasão do ICMS, que o mesmo seja intimado a prestar as devidas justificativas;

IV – No tocante a arguição de falta de prova material da ocorrência do fato gerador do ICMS entendendo descabida. Com base na documentação acostada aos autos pelo autuante, restou comprovado que o autuado, no exercício de sua atividade comercial, realizou operações de vendas para contribuintes não inscritos (infração 1), sem efetuar a retenção do ICMS, além do que o seu volume de compras e vendas de mercadorias no exercício fiscalizado, ultrapassaram os limites estabelecidos no regime SIMBAHIA (infração 2). Essa última ocorrência, de acordo com a Lei nº 7357/98, enseja o desenquadramento do contribuinte do referido regime e permite que o ICMS seja apurado com base no regime normal, como foi feito pelo autuante na presente autuação;

V – Com relação ao argumento da falta de motivação idônea pertinente para a lavratura do Auto de Infração, observei que as alegações esposadas pela defesa, não são aplicáveis à presente autuação, razão pela qual não o acato, pois a autuação foi embasada na legislação tributária em vigor;

VI – Quanto à alegação de que as multas aplicadas são confiscatórias, não merece a minha acolhida, pois as mesmas estão previstas nos incisos II, “e” e IV, “j”, da Lei nº 7014/96, para as infrações imputadas à empresa;

VII – Acerca do tópico Inscrição e Execução nulas citadas na defesa, deixo de me manifestar a respeito, pois tal matéria é de competência da PROFIS apreciá-la.

Por fim, observei que embora o autuante tenha consignado na descrição dos fatos na infração 2 (fl. 2), de que o contribuinte no exercício de 2001, incorreu em idêntica irregularidade, ao declarar na DME um volume de compras no valor de R\$196.921,00 (ver fl. 27), enquanto pela relação do CFAMT do mesmo exercício, consta um total de entradas na importância de R\$622.576,47 (ver fls. 29 a 37), no entanto, não fez nenhuma exigência de imposto.

Dessa forma, represento a autoridade competente, no sentido de programar uma ação fiscal no estabelecimento, objetivando apurar eventual evasão do ICMS no referido exercício.

Com base na explanação acima, considero correta a exigência fiscal, já que o autuado não conseguiu com os seus argumentos inconsistentes elidir a ação 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 **298937.0004/03-5**, lavrado contra **A. COSTA OLIVEIRA DE BERIMBAU**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$134.521,29**, acrescido das multas de 60% sobre R\$30.140,40 e de 100% sobre R\$104.380,89, previstas no art. 42, II, “e” e IV, “j”, da Lei nº 7014/96, respectivamente, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR