

PROCESSO - A. I. Nº 210432.0003/04-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - DUTRA SOUZA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0283-02/05
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 27/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/05

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Embora o contribuinte não tenha contestado este item, contudo, a exigência fiscal foi absorvida pelo item 3 abaixo por se tratar do mesmo período (1999 e 2000 até outubro) 2. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Considerando que na data dos fatos geradores o estabelecimento se encontrava inscrito no SimBahia, e para o período de 1999 a outubro de 2000 não havia previsão legal para considerar esta ocorrência como infração grave, foi refeito o cálculo do débito, observadas as inconsistências apontadas na defesa, segundo a metodologia prevista no citado regime de apuração, e para o período de novembro de 2000 a dezembro de 2001, pelo regime normal, com a concessão do crédito fiscal, conforme estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02. 3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. NEGATIVA DE APRESENTAR LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. A legislação tributária prevê que para ser caracterizado embaraço à ação fiscal, é necessário que tenha havido dolo ou violência por parte do contribuinte. Quando o contribuinte deixa de apresentar qualquer livro ou documento fiscal deve ser penalizado por esse cometimento. Neste caso, o item foi considerado nulo por falta de lavratura do Termo de Embaraço. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, à luz do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00, contra a Decisão pela mesma prolatada, através do Acórdão nº 0283-02/05, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado contra o autuado.

Integram o Recurso de Ofício, ora apresentado, as seguintes infrações:

- 1) Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$3.730,00, no período compreendido entre maio de 1999 a março de 2000, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), conforme demonstrativo às fls. 23 a 24.
5. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$73.923,94, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 25 e 26, 38 a 52, 53 a 54, 68 a 86, 87 a 88, 102 a 125.
6. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), referente ao exercício de 2002, conforme documentos às fls. 126 a 162, sendo aplicada multa no valor de R\$140,00.
7. Embaraço à ação fiscal, caracterizada pelo descumprimento de obrigações acessórias, correspondente à falta de escrituração do livro Caixa, falta de contabilização de entradas de mercadorias, divergências de informações econômico-fiscais, extravio de livros e documentos fiscais, sendo aplicada multa no valor de R\$460,00.

Quanto às citadas infrações que integram o presente Recurso, o autuado apresentou defesa tempestiva, evocando, em relação a cada uma dessas infrações, os seguintes argumentos:

INFRAÇÃO 1

Quanto à infração 1, alegou que, em virtude de incêndio ocorrido e devidamente comprovado nas dependências da empresa, e não sendo apresentadas, por esse motivo, as notas fiscais de saídas série D-1 e cupons fiscais, o autuante utilizou para a apuração do débito apenas as notas fiscais de entradas, incorrendo nos equívocos abaixo:

1. Na coluna “Receita Ajustada pelas Entradas”, deveria ter sido lançado o valor das entradas com a dedução de 20%, conforme previsto na legislação vigente;
2. Na coluna “Receita Bruta Ajustada Acumulada” deveria ter sido lançado o valor das entradas acumuladas, mês a mês, objetivando a verificação em qual faixa se situa, para fins de pagamento do ICMS;
3. Nas colunas “Diferença de ICMS a Reclamar”, os valores transcritos, referentes aos meses de janeiro a março de 1999 estão incorretos, pois o estabelecimento iniciou suas atividades em março de 1999, conforme cópia do Contrato Social e registrado na SEFAZ, em 11/03/99, como microempresa.
4. Na coluna “Aquisições de Mercadorias e Serviços”, os valores lançados não conferem com os valores reais dos documentos, a exemplo da Nota Fiscal nº 1334, cujo valor lançado pelo autuante foi de R\$10.807,00, datada de 24/03/99, ao invés de R\$617,88.

Além disso, argüiu que ainda foram computadas, indevidamente, notas fiscais referentes a “Bonificações” como compra de mercadorias, não tendo sido lançadas notas fiscais no mês correspondente às entradas efetivas, dando-se como exemplo as Notas fiscais com datas de emissão nos dias 30 e 31 de um mês, cujas mercadorias são oriundas de outros estados e não poderiam ter chegado no seu destino no mesmo dia.

Apesar desses argumentos, o autuado salientou que, como os erros não provocaram alterações na faixa de enquadramento, reconheceu o valor devido e efetuou o recolhimento do ICMS apurado pelo autuante, pedindo que fossem homologados os valores recolhidos nos termos do artigo 90, do RPAF/99.

INFRAÇÃO 5

Quanto ao exercício de 1999, o autuado argumentou que a empresa iniciou suas atividades no mês 03/99 e foi registrada como microempresa, efetuando o pagamento do ICMS mensal em valores fixos, com base em sua faixa de enquadramento.

Afirmou que, para apuração do débito da infração 1, foram utilizadas as mesmas notas fiscais utilizadas neste item, argumentando que não houve falta de contabilização de entradas de mercadorias adquiridas, mas sim, preenchimento incorreto da DME, a qual já foi sanada com a apresentação da DME retificada.

Sustentou que não houve falta de pagamentos de notas fiscais com Recursos não contabilizados, tendo em vista que o estabelecimento não possui escrita contábil, por estar registrado na Receita Federal como “SIMPLES”, ao passo que a fiscalização não realizou nenhum levantamento de Caixa, mediante a verificação das disponibilidades, Capital inicial, e a existência de empréstimos bancários porventura contraídos no exercício.

Alegou que o levantamento está baseado em relatório do CFAMT, porém, que não lhe foram entregues cópias das respectivas notas fiscais, de modo a comprovar a efetiva aquisição das mercadorias pelo estabelecimento.

Apontou os seguintes equívocos no levantamento fiscal.

- a) Foi consignado o valor de R\$10.807,00, na Nota fiscal nº 1334, emitida em 24/03/99, quando o valor correto é de R\$617,88;
- b) Lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 1152, emitida em 19/08/99, com base no relatório do CFAMT;
- c) Idem em relação à Nota Fiscal nº 25333, emitida em 08/11/99, no valor de R\$795,95;
- d) Registro da Nota Fiscal nº 15519, de 20/08/99, no valor de R\$1.650,00, quando o valor real é de R\$1.265,00;
- e) Vários outros enganos e equívocos que prejudicaram o exercício da ampla defesa;
- f) Inclusão de notas fiscais de compras realizadas nos meses de novembro e dezembro, as quais foram pagas no exercício de 2000;
- g) Utilização indevida da alíquota de 17%, no exercício de 1999, em virtude da empresa, à época, se encontrar inscrita no SimBahia, quando o entendimento do CONSEF é no sentido de que, somente a partir de abril de 2000, é que deve ser apurado o imposto pelo regime normal. Citou o Acórdão CJF nº 2078-11/01, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Com relação ao exercício de 2000, considerou a pretensão fiscal nula, por entender que já foi cobrada a diferença do ICMS na infração 1, referente aos meses de janeiro a março, com base nas mesmas notas fiscais, caracterizando a cobrança do imposto em duplicidade.

Falou que houve erro na capitulação da infração, com base nos artigos 322 e 936 do RICMS/97, bem como que os artigos da multa aplicada não têm correlação com a infração apontada.

Apontou equívocos no levantamento elaborado pelo autuante, a saber:

- a) Lançamento da Nota Fiscal nº 170548, datada de 07/01/2000, no valor de R\$7.920,00, quando o valor correto é de R\$79,20;
- b) Idem com relação à Nota Fiscal nº 317694, de 097/11/2000, no valor de R\$354,43, sendo lançado o valor de R\$35.443,00;
- c) Lançamento das Notas Fiscais nºs 705033 de 05/01/00; 77894 de 14/01/00 e 937518 de 02/02/00, referente a “Bonificações”;
- d) Inclusão de notas fiscais do exercício de 2001: Notas Fiscais nºs 274296 e 274297, emitidas em 30/06/01, nos valores respectivos de R\$497,70 e R\$246,20, lançadas no mês 06/00. Idem no que tange às Notas Fiscais nºs 213346, 213347 de 03/07/01, e Notas Fiscais nºs 76320, 76319, 20295 e 20511, emitidas em 04/07/01, e lançadas no mês 07/2000;
- e) Lançamento de notas fiscais inexistentes: Nota Fiscal nº 256912, no valor de R\$1.170,08, de 20/02/2000.

- f) Falta de apresentação das notas fiscais referentes ao mês de abril de 2000, extraídas da lista do CFAMT, caracterizando cerceamento de defesa;
- g) Que foram consideradas todas as compras como se fossem à vista, pois as compras referentes ao mês de dezembro tiveram os seus pagamentos efetuados no exercício de 2001;
- h) Que o procedimento fiscal não contém, de forma clara e precisa, a demonstração da base de cálculo para a apuração do tributo.

Foi requerida a realização de diligência para ser efetuada uma revisão fiscal para comprovar que inexiste qualquer diferença, a fim de que fossem efetuadas as devidas correções que entende ser necessárias.

Salientou que, se persistir qualquer diferença, que seja considerado o crédito fiscal previsto na legislação para o período de abril a dezembro de 2000, em que o estabelecimento se encontrava enquadrado no regime do SimBahia.

No tocante ao exercício de 2001, alegou que os artigos do enquadramento e os artigos da multa aplicada não têm correlação com a suposta infração, bem como que foram cometidos os mesmos equívocos anteriores, relativamente a:

- a) Lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 21456, no mês de julho de 2001, no valor de R\$492,00;
- b) Lançamento a maior em diversas notas fiscais, a exemplo da Nota Fiscal nº 2356 de 16/08/01, cujo valor é de R\$193,12, e foi lançado o valor de R\$2.863,54.
- c) Lançamento referente a “Bonificações” como se fossem compras, através da Nota Fiscal nº 301014, de 14/12/01, no valor de R\$72,98;
- d) Que foram consideradas todas as compras como se fossem à vista, pois o total das compras referentes ao mês de dezembro é superior à diferença apurada, ou seja, basta abater da diferença apurada no valor de R\$43.301,70 o valor das compras efetuadas no mês de dezembro/01, e que somente foram quitadas no mês de janeiro de 2002, no valor de R\$45.844,71, para se verificar que inexiste a diferença apontada, ressaltando que, mesmo que tal fato tivesse ocorrido, não foi concedido o crédito fiscal disposto no “*1º do artigo 19 do [COTEB]*.”

Frisou que já foram efetuadas as devidas correções nas informações econômico-fiscais, tendo sido entregue a DME retificadora, referente ao exercício de 2001, colocando à disposição da SEFAZ toda a documentação necessária para uma revisão fiscal.

Mencionou, ainda, o Acórdão CJF nº 0690-11/03, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em julgamento de caso similar ao presente.

INFRAÇÃO 6

Declarou ter reconhecido a infração e efetuado o devido pagamento da multa, conforme DAE à fl. 291.

INFRAÇÃO 7

Contestou a acusação fiscal de que houve embaraço à ação fiscal, sob o argumento de que o preposto fiscal teve acesso a toda documentação, e os documentos que não foram apresentados estão justificados pelo sinistro ocorrido nas dependências da empresa, conforme comunicação que informa ter feito à SEFAZ.

Pedi a nulidade deste item, sob o fundamento de que o autuante deixou de cumprir formalidade legal prevista no artigo 31, inciso IV, do RPAF/99, mais precisamente, não lavrou o Termo de Embaraço à Ação Fiscal e o Termo de Impedimento à Ação Fiscal.

Por fim, salientando que comprovou, quanto às infrações 4 e 5, a existência de erros, enganos e equívocos, não há como caracterizar a infração de forma precisa e por presunção, o que no seu

entendimento torna nula a pretensão fiscal, e, quanto a infração 7, também deve ser considerada nula por falta de cumprimento de formalidade legal e de natureza substancial.

O autuante, quanto às infrações objeto do presente Recurso de Ofício, salientou em sua informação fiscal que:

- a) O Sr. Adailto Couto de Souza declarou no Termo de Declaração nº 01/2003 (fl. 13) que é o proprietário da empresa autuado, e que foram utilizados os nomes de Lidiane Fernandes Sousa, Rejane Rodrigues Dutra, Carmélia Maria Souza Bastos e Djenane Rodrigues Dutra, todas suas parentes, para fins de constituição da empresa autuado e cadastramento na SEFAZ;
- b) Existe procuração em nome de Adailto Couto de Souza para exercer a administração da empresa, com escritório localizado na Rua São Caetano, 503, Bloco A, Pav. Térreo, São Caetano, Salvador/Ba;
- c) Não foi apresentada toda a documentação fiscal/contábil da empresa sob alegação de sinistro ocorrido nas dependências da empresa, o qual somente foi comunicado à SEFAZ após o início da ação fiscal que originou o presente Auto de Infração;
- d) Foi admitido pelo autuado que realmente apurou e recolheu a menos o ICMS SIMBAHIA, referente ao período de janeiro de 1999 a março de 2000;
- e) Idem, idem, de ter prestado informações incorretas nas DME's;
- f) A empresa não possui escrita contábil, por estar cadastrada na Receita Federal como "Simples";
- g) Quem elaborou e apresentou a relação de notas fiscais de entradas foi o próprio autuado;
- h) Foram adquiridas mercadorias de terceiros para comercialização, sem o registro na escrita contábil e declaradas a menos na DME.

Ressaltou que o Auto de Infração foi lavrado diante de indícios de ocorrência de fraude contra a Fazenda Pública pela prática de ocultação, prestação de declarações falsas e verificação da prática de simulação de conduta com o fim do não pagamento do tributo, sugerindo que este PAF seja encaminhado a INFIP com vistas à abertura de inquérito civil para responsabilização penal dos envolvidos em crime contra ordem tributária.

Informou que não foram anexadas as cópias das notas fiscais de entradas coletadas no CFAMT por motivo de atraso na sua entrega pelo órgão competente, sugerindo que seja baixado o processo em diligência para esse fim.

Sobre a não juntada aos autos da autorização escrita da autoridade competente autorizando a prorrogação do prazo de validade do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, disse que o seu entendimento é no sentido de que somente se aplica o disposto no artigo 18, inciso VII, § 1º do RPAF/99, após esgotado o prazo previsto, sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o que não foi o caso, conforme cópia da Ordem de Serviço anexa (doc. fl. 298).

Finalizou sugerindo que fosse programada pela repartição fiscal uma ação fiscal na empresa Dutra Souza Alimentos Ltda, inscrita como contribuinte normal sob nº 41.323.584, juntamente ao mesmo proprietário do estabelecimento autuado, para fins de apuração de seu enquadramento no SimBahia, através de informações falsas.

O sujeito passivo se pronunciou sobre a informação fiscal e sobre os novos elementos acostados aos autos, aduzindo e requerendo ao final o seguinte:

- a) Alegou que não contestou as declarações tomadas por Termo de Declaração nº 01/2001, por motivo das mesmas terem sido obtidas por meio de coação nas dependências da INFAZ;

- b) Que foi inverídica a informação de que o Sr. Adailton Couto de Souza e seu contador utilizaram indevidamente nomes de terceiros para fins de constituição formal das empresas, não devendo ser consideradas, pois os sócios da empresa assumem a responsabilidade por todos os atos praticados.
- c) Não existe qualquer impedimento para que os sócios da empresa outorguem procuração a terceiros, desde quando a mesma é um instrumento legal e está registrado no respectivo Cartório.
- d) Afirmou que apresentou todos os documentos para fiscalização, sendo os mesmos utilizados, e salientou que a OS nº 528763/03 (doc. fl. 299), emitida em 03/10/03, foi cancelada, concluindo que a ação fiscal iniciada com base no Termo de Intimação de 07/11/03 tornou-se inócuas, inclusive que ficou prejudicado no seu direito de oferecer denúncia espontânea, em razão da não devolução da documentação que estava em seu poder; disse, ainda, que o autuante recebeu nova OS de nº 536420/03 para iniciar seus trabalhos em 01/01/2004 e que a declaração de extravio de parte da documentação foi anterior a vigência da citada OS;
- e) Confirmou que a apuração e o recolhimento a menos do ICMS-SIMBAHIA, referente ao período de janeiro de 1999 a março de 2000 foi apurado pelo autuante, reconhecido e devidamente recolhido, conforme DAE anexado à defesa;
- f) Que as informações prestadas através das DME's foram retificadas conforme DME anexas à defesa, e não causaram prejuízo à Fazenda Pública Estadual;
- g) Não existe obrigatoriedade de escrituração contábil para empresas registradas como "Simples" na Receita Federal.
- h) A relação das notas fiscais de entradas reais são as relacionadas na defesa, e que caberia ao autuante ter solicitado da empresa as notas fiscais originais, para conferência dos valores e reparar os erros cometidos.

Quanto às demais informações prestadas pelo autuante, ressaltou que foi recebida pela autuante a OS nº 508763/03, em 03/10/2003, com sugestão para um teste de amostragem referente a três meses ou noventa lançamentos, e que a referida OS foi cancelada (doc. fl. 299); não foi devolvida toda a documentação que estava em poder do autuante, bem assim não foi solicitada a prorrogação durante o período em que a OS estava ativa e antes do cancelamento.

Asseverou que todos os atos praticados pelo autuante no período de 03/10/03 a 31/12/03 perderam validade, são nulos, não têm eficácia jurídica e estão desvinculados da ação fiscal da OS nº 536420/03, que determinava o início dos trabalhos em 01/01/2004.

Além disso, disse que, quando do início dos trabalhos de fiscalização vinculados à Ordem de Serviço nº 536420/03, prevista para ser iniciada em 01/01/2004, o autuante não lavrou o Termo de Início de Fiscalização, Termo de Arrecadação de Documentos e o Termo de Apreensão de Documentos, bem assim não apresentou autorização para prorrogação dos trabalhos fiscais.

Argumentou que houve retenção da documentação desde o mês de março de 2003, até o dia 26 de março de 2004, o que não lhe permitiu a prerrogativa de exercer o seu direito de fazer denúncia espontânea de qualquer débito pendente para com o Estado.

Sobre a relação do CFAMT, o autuado frisou que o autuante declarou que não tem as notas fiscais, sugerindo que preposto fiscal estranho ao feito seja designado para providenciar a apresentação das respectivas cópias das notas fiscais.

Por fim, concluiu que na informação fiscal o autuante não contestou os valores apresentados na defesa anterior, inclusive das notas fiscais consideradas em duplicidade, com valores errados, referente a bonificações que foram consideradas como compras, fato que ensejaria a realização de diligências para os devidos esclarecimentos, com vistas à improcedência das infrações 4, 5 e 7.

Na informação fiscal à fl. 319, o autuante discordou integralmente dos argumentos defensivos, reiterando as mesmas razões constantes em sua informação fiscal às fls. 293 a 300, acrescentando que o proprietário compareceu espontaneamente na repartição fazendária juntamente com o Contador e assinou o Termo de Declaração.

Informou que, após a conclusão dos trabalhos de fiscalização, teve conhecimento de que os ECF's autorizados para o estabelecimento estavam sendo fraudados com a utilização de softwares falsos para redução de valores armazenados na memória fiscal, tendo apresentado as leituras X emitidas na data da intimação (fl. 8) à DPF/GEAFI para uma análise, sendo confirmado, por aquele órgão, na pessoa do Sr. Ednilton Meireles, que as referidas leituras apresentavam os indícios apontados, tendo sido encaminhado denúncia para a IFMT/Metro, a qual realizou diligência para apreensão dos equipamentos, porém não os localizou sob alegação de desaparecimento.

Concluiu pela Procedência de todas infrações.

Na fase de instrução do julgamento em primeira instância, foi verificado que o levantamento da infração 5 estava baseado em relatório do CFAMT, bem como que inexistiam nos autos cópias das respectivas notas fiscais, de modo a comprovar a efetiva aquisição das mercadorias pelo estabelecimento, relativamente às relações constantes às fls. 49 a 52, e 74, sendo, por esse motivo, baixado o processo em diligência para saneamento dessa pendência.

O autuante cumpriu a solicitação desta Junta e apresentou cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, conforme documentos às fls. 333 a 536, sendo reiteradas todas as suas informações fiscais anteriores contidas às fls. 293 a 300 e 329.

A Inspetoria Fazendária do Iguatemi expediu Intimação ao sujeito passivo encaminhando cópias dos novos elementos correspondentes às fls. 332 a 536, conforme documento à fl. 537, devidamente cientificado em 28/12/04, porém no prazo estipulado de dez dias não houve qualquer manifestação por parte do autuado.

Considerando que o autuado alegou que existiam equívocos nas infrações 4, 5 e 7, o processo foi baixado em diligência à ASTEC/CONSEF para revisão fiscal, tomando por base as alegações constantes na peça defensiva, tendo sido solicitado, ainda, que fosse esclarecido e verificado:

1. A que infrações se refere o recolhimento efetuado através do DAE à fl. 291;
2. Solicitar do autuante se foi lavrado Termo de Embaraço referente à acusação fiscal de que cuida o item 7, e não anexado ao PAF;
3. Verificar, junto à Infaz de origem, se realmente ocorreu o cancelamento da OS nº 528763/03 de 03/10/03 (doc. fl. 299), e se foi substituída pela OS nº 536420/03 de 01/01/04, ou se houve na Infaz documento de prorrogação dos levantamentos fiscais;
4. Se é possível confirmar que houve retenção indevida da documentação fiscal da empresa, sem a respectiva lavratura do Termo de Apreensão de Documentos Fiscais, no período de 10/03 até 26/03/04;
5. Quaisquer outras informações relacionadas com as alegações defensivas que possam elucidar as infrações.
6. Se cabíveis, proceder as devidas alterações nas infrações 4 e 5, apresentando os novos demonstrativos modificados, indicando o real valor do débito a ser exigido do sujeito passivo, devendo ser observado que se o estabelecimento estiver enquadrado no SIMBAHIA, a apuração do imposto nos exercícios de 1999 e 2000 (até outubro), deverá ser efetuada com base nos critérios previstos para o regime simplificado, ao passo que, para os demais períodos, pelo regime normal, com a concessão do crédito fiscal de 8% sobre a receita omitida.

Cumprida a diligência por preposto fiscal estranho ao feito, conforme Parecer ASTEC nº 0069/2005 (docs. fls. 546 a 551), foi concluído o seguinte.

1. “Conforme apuramos confrontando os elementos disponíveis nos autos com o sistema de informações – INC, o DAE, fl. 291, corresponde ao pagamento inicial, 01/04, do parcelamento do imposto devido e seus respectivos acréscimos legais relativos aos **itens 01, 02, 03 e 06 da infração**, ora em lide, reconhecidos pelo autuado. Constatamos, também, no sistema de arrecadação, que as demais parcelas já foram quitadas.
2. Apuramos junto à INFRAZIGUATEMI, com o Supervisor, A.F., Vladimir Máximo Moreira, que, efetivamente ocorreu o cancelamento da OS nº 528763/03 de 03/10/03 e que esta fora substituída pela OS nº 536420/03 de 01/01/04. Não foi emitido documento de prorrogação da ação fiscal, pois, segundo informou-nos, como o contribuinte já havia sido formalmente intimado e já entregue a documentação solicitada pelo autuante, a ação fiscal não sofrera qualquer solução de continuidade. Para ele, como o cancelamento da OS fora efetuado para fins de ajuste na programação de fiscalização do trimestre, não promovera, qualquer interrupção na fiscalização já iniciada.
3. O recolhimento, pelo autuante, da documentação entregue pelo contribuinte decorreu do atendimento às intimações, fls. 08 a 11, datadas de 13, 18 e 27 de novembro de 2003”.

Com relação ao item 4 da infração constatamos, efetivamente, vários equívocos na “Relação de N. F. de Entradas”, elaboradas pelo autuante, e que o valor correto é R\$ 735.696,98, coincidente com o valor informado nos DAE’s, e não R\$ 521.571,28, com informara o próprio autuado na DME, cujo preenchimento errado, alega ter involuntariamente procedido, e efetuado posteriormente correção em 28/04/2003. No entanto, remanesce a diferença entre os dois valores, inclusive de forma mais gravosa, caso entenda o relator manter a acusação fiscal deste item, prevalece o demonstrativo de débito já elaborado pelo autuante. Caso contrário, o débito deste item deixa de subsistir, se no entendimento do relator, prevalecer o fato de ter o autuado recolhido o imposto devido com base nas informações de suas aquisições contidas nos DAE’s, apurado que fora, na forma do regime que estava submetido. E, quanto ao valor das entradas que excedeu o apurado inicialmente pelo autuante poderá ser objeto de uma nova ação fiscal, se assim entender deliberar o relator.

Quanto ao item 5 da infração, depois de comprovados alguns equívocos cometidos pelo autuante nos demonstrativos de apuração do imposto devido, acorde determinação do relator, ou seja, utilizando o método de cálculo do imposto, consoante enquadramento do SIMBAHIA, no qual o autuado esteja submetido, em cada exercício fiscalizado.”

O revisor fiscal acostou ao seu Parecer os documentos às fls. 552 a 607, relativos aos demonstrativos de débitos da infração 5, intimações fiscais, cópias de notas fiscais de compras, cópias de duplicatas, e informações extraídas do INC – Informações do Contribuinte.

O autuado foi intimado a se manifestar sobre o Parecer ASTEC nº 0069/2005, sendo-lhe encaminhadas cópias das folhas 546 a 607, porém, no prazo estipulado, não houve qualquer manifestação de sua parte. De igual forma, o autuante foi cientificado da referida diligência e também não se manifestou.

Durante a sessão, ao ser anunciado o julgamento deste Processo, o Julgador José Franklin Fontes Reis se declarou impedido do exame, discussão e votação, tendo em vista que participou na fase de instrução como revisor do lançamento de que cuidam os presentes autos.

Através do Acórdão JJF nº 0283-02/05, a 2.ª JJF, julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, sob o entendimento, quanto às infrações objeto do presente Recurso de Ofício, de que:

- a) deve ser excluído o débito relativo ao item 1, tendo em vista que foram feitos os devidos ajustes na infração 5, através da metodologia de cálculo do SIMBAHIA para o mesmo período – maio de 1999 a março de 2000 – com base nos valores das mesmas operações de entradas de mercadorias;

- b) quanto ao item 5, “*considerando que no caso de empresa inscrita no SIMBAHIA não havia previsão legal, até o mês de outubro de 2000, para a metodologia de apuração do imposto com base nos dispositivos acima citados, o presente lançamento por contemplar os exercícios de 1999 e 2000, deve levar em conta a legislação vigente à época dos fatos geradores*”; assim sendo, com fulcro no resultado obtido pelo revisor fiscal, que constatou alguns equívocos do autuante na relação de notas fiscais de entradas, procedendo aos ajustes necessários e elaborando novos demonstrativos de apuração do imposto devido, retificou-se o valor da infração para R\$ 5.599,81, conforme quadro consignado no Acórdão;
- c) no que tange à infração 6, a despeito de o autuado não ter contestado a acusação de declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Micro empresas e Empresas de Pequeno Porte), referente ao exercício de 2002, acatando a multa aplicada, entendeu a R. Junta que “*não subsiste esta infração, dada a sua absorção pela multa de que cuida a infração 04*”;
- d) por fim, no tocante à infração 7, ficou caracterizado nos autos que o contribuinte extraviou documentos fiscais, não tendo comunicado o fato à repartição fazendária na forma prevista no art. 146, do RICMS/97; além disso, não escriturou o livro Caixa a que estava obrigado na condição de microempresa enquadrada no SimBahia, omitindo operações em sua escrita fiscal e nas informações econômico-fiscais, referentes a aquisições de mercadorias não declaradas; entendeu que “*Quando o contribuinte deixa de atender qualquer informação solicitada pelo fisco, ou deixa de entregar qualquer livro ou documento fiscal, deve ser penalizado pela multa prevista para este tipo de infração*”; todavia, no presente caso, “*não se trata simplesmente de descumprimento de obrigação acessória relativo a falta de entrega de livros ou documentos fiscais, mas sim, dos fatos citados, os quais, por si só, podem levar ao entendimento de que houve embaraço à fiscalização, pois o contribuinte não justificou satisfatoriamente tais ocorrências*”; *in casu*, apesar das evidências de que houve embaraço à fiscalização, não tendo sido, porém, lavrado o competente Termo de Embaraço, impõe-se a nulidade do item, nos termos do artigo 18, inciso IV, “a”, do RPAF/99, tornando indevida a multa que foi aplicada na autuação;

VOTO

Limita-se a análise do presente Recurso de Ofício, como demonstrado alhures, ao prejuízo causado ao Fisco Estadual, em razão da improcedência das infrações 1 e 6, parcial procedência da infração 5 e nulidade da infração 7, decretadas em primeira instância.

Reparo algum merece o decisum prolatado pela referida 2^a Junta de Julgamento Fiscal. Senão, vejamos.

Quanto ao item 1, de fato, não subsiste a sua manutenção, uma vez que ficou comprovado que foram feitos os ajustes na infração 5, através da metodologia de cálculo do SimBahia para o mesmo período – maio de 1999 a março de 2000 – com espeque nos valores das mesmas operações de entradas de mercadorias, razão pela qual não merece prosperar a referida infração.

Pari passu, com relação ao item 5, o julgamento de primeira instância pautou-se na revisão fiscal realizada por fiscal estranho ao feito, que apurou equívocos nos levantamentos fiscais do autuante e apresentando novos valores, reduzindo, em parte, a citada infração.

Ora, acolho, em todos os seus termos, o trabalho realizado pelo diligente, inclusive e principalmente quanto ao valor pelo mesmo apurado, mantendo, no particular, a Decisão ora guerreada.

No que se refere à infração 6, tida como improcedente no julgamento primacial, mantenho aquela Decisão, em função de a mesma encontrar-se absorvida pela multa aplicada na infração 4, julgada

procedente na primeira instância, sem qualquer insurgência por parte do autuado em sede recursal.

De igual sorte, agiu com acerto a Douta Junta de Julgamento Fiscal ao decretar a nulidade da infração 7, tendo em vista que, apesar das evidências de que houve embaraço à fiscalização, não foi lavrado o competente e indispensável “*Termo de Embaraço*”, exigido no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, eivando de nulidade a referida infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210432.0003/04-3 lavrado contra **DUTRA SOUZA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.999,81**, sendo R\$4.615,20, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.880,00 e 70% sobre R\$2.735,20, previstas no art. 42, I, “b”, “3”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$1.384,61, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da citada lei e dos acréscimos legais além das multas no valor total de **R\$10.399,87**, previstas no art. 42, XII-A, e XV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS