

PROCESSO - A. I. Nº 279467.0017/05-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MARIA DA GLÓRIA MEIRA DE MATTOS (LATICÍNIOS RIO CONTAS)
RECORRIDOS - MARIA DA GLÓRIA MEIRA DE MATTOS (LATICÍNIOS RIO CONTAS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0479-03/05
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 07/07/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0246-11/06

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. **a)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Comprovado a ocorrência relativa ao recolhimento efetuado a menos. Infração subsistente. **b)** MICROEMPRESA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. A base para a determinação do valor mensal a ser recolhido é tomado considerando a receita ajustada do exercício anterior. Infração confirmada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE NOTA FISCAL DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Apesar de contribuinte estar desobrigado de escriturar livros fiscais, está obrigado a declarar, através da DME, as operações ocorridas em cada período, as quais, por sua vez, deverão ser escriturada no livro Caixa, de uso obrigatório pelos contribuintes inscritos no SimBahia. O autuado não apresentou documentos capazes de descaracterizar a infração apontada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infração subsistente. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 21/09/05, para exigir ICMS no valor de R\$57.356,15, acrescido da multa de 50% e 70% além da multa fixa no valor de R\$160,00, em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia no valor de R\$7.496,46. Consta que o contribuinte mudou da faixa de M-8 para EPP em julho de 2002 e efetuou os recolhimentos de ICMS – SimBahia na condição de Microempresa -3.
2. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA no valor de R\$680,00. Consta que o contribuinte mudou da faixa de M-3 para M-4 em abril de 2002 e efetuou os recolhimentos de ICMS – SIMBAHIA na condição de Microempresa -3.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas no valor de R\$49.179,69. Consta ainda na descrição dos fatos, que o contribuinte apresentou DME zerada nos exercícios de 2003 e 2004. Ocorre que regularmente intimado

deixou de apresentar a documentação relativa aos exercícios referenciados. Ademais, o contribuinte se encontra omissos de DME no exercício de 2005, uma vez que requereu a baixa do estabelecimento. Considerando que a falta de entrega da documentação referente aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, implica em prejuízo para a Fazenda Pública pela dificuldade em avaliar o total das operações realizadas pelo autuado nos citados exercícios, tomou-se como base as informações contidas no âmbito da SEFAZ – Sistema CFAMT para o cálculo da omissão de saída ora reclamada.

4. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, multa no valor de R\$160,00, pelo não atendimento da segunda intimação para apresentação de livros e documentos referentes aos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

A defesa do autuado prioriza os seguintes pontos:

1. Impugnação tempestiva, haja vista ocorrer dentro do prazo legal;
2. Obtenção de provas ilícitas – a autuação não pode prosperar pelo fato de estar baseada em documentos estranhos à autuada, destituída de qualquer elemento fático e legal. Para respaldar sua alegação transcreve o art. 5º, LVI da CF, e cita opiniões de conceituados juristas.
3. Tentativa de quebra de sigilo de dados e falta de Informação – considera arbitrária a ação fiscal por ter o fiscal se apropriado de informações sigilosas a eles e não informadas a reclamante. Respaldia seus argumentos transcrevendo o art. 5º e incisos X e XII da CF, e reproduz textos de renomados juristas para fundamentar seus argumentos.
4. Princípio contábil da entidade - Reproduz o Artigo 4º da Resolução nº 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade sobre a autonomia do patrimônio. Transcreve dispositivos do CTN, art. 195, e da Lei 11.582/96, artigo 48 § 1º. Pede a improcedência do Auto de Infração por estar embasado em prova ilícita
5. Sustenta que os livros do contribuinte laboram como elementos de prova em favor do sujeito passivo. Para confirmar sua tese transcreve o artigo 142 do CTN. Cita o artigo 23 e o artigo 9º §, 1º do Código Comercial e, mais uma vez traz ensinamentos de juristas.
6. carência das provas produzidas – Alega que os auditores não realizaram levantamento quantitativo dos estoques, condição essencial para a efetivação do lançamento fiscal.
7. a impossibilidade da compra e venda do produto – questiona o fato dos auditores fiscais não terem apresentados nenhuma nota de 2002.
8. a indevida aplicação do percentual de agregação de 70% à base de cálculo.
9. a vedação constitucional do confisco – protesta quanto ao confisco pretendido pela autoridade fiscal cita o art. 145 da CF § 1º, e o art. 15, e diz que o tributo superior ao lucro, e confisco da propriedade privativa em favor do Estado.
10. a exigência indevida da taxa SELIC como juro de mora - discorda da aplicação da taxa SELIC nos créditos tributários por possuir nítido caráter remuneratório. Art. 38 da Lei 11.580/96,
11. as provas – junta cópias de diversos documentos como Requerimento de Empresário e suas Respectivas Alterações, Cópias das Notas Fiscais de Entradas, Cópia do Aviso de Energia com o SimBahia devidamente pagos.
12. o pedido - Requereu a improcedência do Auto de Infração argüindo ausência de base fática e legal.

O autuante sustenta que a autuação está embasada na legislação em vigor e mantém o Auto de Infração nos termos originais.

A JJF inicia seu julgamento negando procedências das questões preliminares indeferindo o pedido de diligência, bem assim, o pedido de levantamento de estoque por entendê-los desnecessários para decidir acerca da presente lide.

No mérito, entende o ilustre julgador, quanto às infrações 1 e 2, que com base nos demonstrativos elaborados pelo autuante está correta a exigência das diferenças por recolhimentos a menos, nos meses em que estes fatos foram efetivamente observados. Mantendo, portanto a cobrança do imposto.

Quanto à infração 3, considera a Junta que o contribuinte está enquadrado no regime simplificado de apuração – SimBahia, está o mesmo desobrigado da escrituração dos livros fiscais de Entrada, Saídas e Apuração do ICMS. Desta forma, a exigência fiscal, com fundamento de que o autuado deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias sem o devido registro não procede. Concluindo que este é caso típico de aplicação do inciso XII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014, ou seja, multa de 5% sobre o valor das mercadorias.

E com fundamento no acima exposto propõe novo valor de penalidade ao infringente nos valores abaixo calculados:

EXERCÍCIO	VALOR DAS COMPRAS	MULTA 5%
2003	201.635,92	10.081,80
2004	327.367,68	16.368,38
2005	17.437,12	871,86
TOTAL	546.440,72	27.322,04

Tal conclusão é acertada na medida que o autuado não trouxe ao processo nenhuma prova que os documentos coletados no trânsito de mercadorias não sejam verdadeiros.

Entende a JJF que como não houve contestação quanto à multa, está caracterizada sua subsistência, quanto à constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, ressalta que o art. 167, I, do RPAF/99 exclui da competência dessa instância tratar a matéria. Quanto à alegação do autuado de que as multas são confiscatórias, a JJF informa que sua aplicação está de acordo com o que prevê a Lei nº 7.014/96, estando, portanto, com respaldo legal.

E pelo exposto vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o autuado, ora recorrente, informa ter interposto ação ordinária na comarca de Jequié para discussão dos débitos constantes do Auto de Infração em comento, e que, embora ainda não haja trânsito em julgado, fora-lhe concedida tutela antecipada, com determinação de emissão de certidão negativa dos débitos, estando desta feita o Fisco Estadual impedido de dar continuidade a execução fiscal.

O recorrente assevera que a dita ação ordinária, embora não tenha efeito suspensivo contra as ações desenvolvidas pelo fisco, entretanto a existência de determinação para emissão de CND, subentende-se a admissibilidade da denúncia e a consequente quitação dos débitos discutidos.

Por outra parte, assegura, que de acordo com o art. 122, I do RPAF, a Decisão judicial contraria a exigência fiscal e, apesar da inexistência do trânsito em julgado, verifica-se a concessão de tutela antecipada à recorrente, o que impede que o fisco dê prosseguimento à exação fiscal.

Adiante diz o recorrente que um dos motivos que no presente caso enseja a suspensão da ação desenvolvida pelo fisco, é a liquidez do título executivo a ser gerado pela Fazenda Estadual, em face do julgamento procedente da ação ordinária, com admissibilidade de denúncia espontânea e a consequente quitação.

Para concluir, o recorrente requer o acolhimento da prejudicialidade do Auto de Infração, em face à interposição da medida judicial reformando-se “*in totum*” o Acórdão recorrido.

A PGE/PROFIS através a Dra Ângeli Maria Guimarães Feitosa, manifesta-se afirmando que embora o recorrente tenha informado sobre a suposta ação ordinária, na qual teria sido concedida tutela antecipada a seu favor, furtou-se de apresentar qualquer prova sobre o aludido processo. Ademais o Estado da Bahia não foi citado em qualquer ação judicial ajuizada pelo contribuinte, não sendo do seu conhecimento o ajuizamento de qualquer ação neste sentido.

Afirma a ilustre procuradora que o Recurso Voluntário do contribuinte se afigura como meramente protelatório, inexistindo nos termos do art. 156 do CTN, nenhum fundamento para extinção do crédito tributário. Ademais, ainda que tivesse sido concedida a tutela antecipada em favor do contribuinte, tal medida apenas conduziria à suspensão da exigibilidade do crédito nunca sua extinção, art. 151, V, do CTN.

Afirma que o lançamento foi realizado nos termos da legislação tributária, e as correções cabíveis já foram realizadas no acórdão recorrido, tornando-o irreforável. As alegações do contribuinte se existentes seriam apenas suficientes para suspender a exigibilidade do crédito, jamais extingui-lo.

Diante do exposto a representante da PGEPROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

São quatro as infrações constantes do Auto de Infração em análise, nas duas primeiras não há reparo a fazer nas informações prestadas pelo auditor fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração, de sorte que, na condição de Empresa de Pequeno Porte, recolheu o imposto como se Microempresa fora. Havendo diferenças por recolhimentos a menos. Estando correta a exigência do imposto.

Na infração 4º o recorrente não apresentou nenhuma contestação, limitando-se a condenar a aplicação da taxa SELIC, como imprópria para corrigir débitos fiscais. Em relação às multas determinadas entendo que elas estão aplicadas corretamente, de acordo com o que estabelece a Lei nº 7.014/96. A alegação do contribuinte, de que é inconstitucional a aplicação da taxa SELIC, não cabe manifestação desta instância administrativa já que, o art. 167, I, do RPAF/99 exclui de sua competência a declaração de inconstitucionalidade.

Na infração 3, objeto do Recurso de Ofício, exige-se o ICMS em razão da presunção insculpida no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis constatada pelo fato de o contribuinte ter deixado de lançar, na DME, notas fiscais de entradas de mercadorias capturadas pelo CFAMT.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu que, como o autuado não tinha a obrigação de escriturar o livro Registro de Entradas por ser inscrito no SimBahia, não se podia aplicar a presunção legal.

Entretanto, a infração apontada é decorrente, não da falta de escrituração do livro Registro de Entradas, mas da omissão do lançamento das operações de entradas de mercadorias nas Declarações de Movimento Econômico (DME) entregues anualmente pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda.

Observo que, como o autuado estava desobrigado de escriturar o livro Registro de Entradas, maior importância se reveste a DME, na medida em que tal documento substitui as informações que seriam prestadas em seus livros fiscais. Ressalto, ainda, que o sujeito passivo estava obrigado, por outro lado, a escriturar o livro Caixa e poderia perfeitamente tê-lo trazido para demonstrar a improcedência da acusação, mas não o fez, o que comprova que, realmente, as entradas de mercadorias não foram escrituradas e, consequentemente, não foram informadas à Fazenda Estadual.

Deve-se salientar que as operações de entradas de mercadorias, ao lado das saídas, são importantes na determinação da faixa de tributação dos contribuintes inscritos no SimBahia e, assim, a omissão de seu registro pode levar ao recolhimento do ICMS em valor menos do que seria devido mensalmente. Pelo exposto, considero que merece reforma a Decisão recorrida no que se refere à infração 3 do lançamento.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para restabelecer a infração 3, tornando PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso de Ofício interposto e NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279467.0017/05, lavrado contra MARIA DA GLÓRIA MEIRA DE MATTOS (LATICÍNIOS RIO CONTAS), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$57.356,15, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.176,46 e 70% sobre R\$49.179,69, previstas no art. 42, I, “b”, item 3, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$160,00, prevista no inciso XX, do mesmo artigo e lei citado, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS