

PROCESSO - A. I. Nº 2959021203022
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PANIFICADORA E LANCHONETE VILAS BOAS LTDA. (PANIFICADORA E LANCHONETE OASIS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 26/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0338-12/06

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja julgada improcedente a autuação, relativo ao período de janeiro a julho de 1997, em razão de o contribuinte estar enquadrado na condição de microempresa, bem como, que sejam considerados os créditos fiscais ao período de agosto/97 a dezembro/98, com base no princípio de não-cumulatividade que rege o regime normal de apuração de imposto. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação instaurada pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, e parágrafo 1º, da Lei nº 3956/81-COTEB, pugnando, numa vertente, pela Improcedência da autuação no que pertine ao período compreendido entre Janeiro a Julho de 1997, e, em outra vertente, seja reformada a Decisão da JJF de fls. 156/157, para reincluir, na forma da autuação original, os créditos fiscais devidos ao contribuinte.

O Auto de Infração exige ICMS por conta da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa nos exercícios de 1997 e 1998, alcançando o patamar de R\$16.538,82. No ensejo, a autoridade autuante elaborou planilha discriminando o fluxo de caixa ajustado a partir do livro caixa e documentação exibidos, aplicando a alíquota de 17%, deduzido o crédito fiscal decorrente das compras registradas nas respectivas notas fiscais..

Em sede de defesa, afiança a licitude da conduta empresarial, pois recolhido integralmente o ICMS no período da autuação, acusando equívocos na fiscalização, pois inconsiderados o saldo inicial de caixa e diversos lançamentos de ‘vendas complementares sem nota fiscal’, apesar de devidamente escrituradas.

Neste desiderato, juntou aos autos livro caixa e DAEs, requerendo a Procedência Parcial da autuação.

Na réplica, o fiscal reduziu o valor inicial da autuação, considerando o aumento do capital social, conforme alteração registrada na Junta Comercial, cujo valor compôs o fluxo de caixa do contribuinte. Em seguida, apresentou nova planilha estabelecendo o valor da autuação para R\$14.738,83.

A JJF manteve o valor original da autuação, apurando o valor do crédito tributário à alíquota de 17%, sem qualquer dedução, relativamente ao período de 31/08/1997 à de 31/12/1998. Registra, ademais, equívoco perpetrado pela autuante ao conceder crédito de 8,0%.

No que respeita ao período de 31/01/1997 à 31/07/1997, aplicou a alíquota de 5,0% sobre o valor da receita omitida para o cálculo do crédito tributário respectivo, ao fundamento do enquadramento do contribuinte em regime especial de tributação em função da receita bruta, conforme informação SIDAT.

Apresentando nova planilha, e partir de tais premissas, instaurou representação ao inspetor da INFAZ de Teixeira de Freitas, para encetar nova ação fiscal no intuito de exigir uma diferença detectada de R\$2.909,62.

Encaminhado o débito para a inscrição pertinente, ante a ausência de apelo empresarial, suscitou o contribuinte o controle de legalidade, alegando inobservância do Acórdão no que atine ao enquadramento a regime fixo de apuração sobre a receita bruta (SimBahia), pugnando pela redução da autuação.

Em resposta, a procuradora do Estado, Dra. Paula Matos, à fl. 201, determina a remessa do PAF ao auditor Dr. Ricardo Rego, para fins de avaliação do acerto da autuação no período de 31/01/1997 à 31/07/1997.

Cingiu-se o Auditor ora designado a constatar que a fundamentação da autuante contemplou a alíquota de 17%, próprio do regime normal, deduzidos os créditos fiscais decorrentes do ICMS destacado nas notas fiscais de compra. A JJF, por seu turno, além de atribuir à autuante a concessão de crédito presumido de 8,0%, o que incorreu, adotou alíquota, para o período consultado, de 5,0%.

Instaurada a Representação de fls. 207/211, da lavra da Dra. Cláudia Guerra, fora aventado cerceamento ao direito de defesa empresarial, haja vista a majoração ilegítima da autuação exarada no Acórdão. Em outra frente, assevera ainda que no período de 31/01/1997 à 31/07/1997, gozava o contribuinte de regime especial de tributação destinado às microempresas, não se podendo imputar alíquotas próprias do regime normal de tributação. Pugna, assim, pela nulidade do Auto de Infração.

Nova diligência fora requerida, desta feita pela Dra. Leila Ramalho, dirigida ao auditor Dr. Ricardo Rêgo, cujo objeto se circunscrevera a dois aspectos: confrontar a aplicação das alíquotas adotadas pela autuante e pela JJF, no período de 31/01/1997 à 31/07/1997; e, relativamente ao período remanescente, avaliar entendimento da JJF pela não concessão de créditos fiscais, uma vez que o contribuinte passara a enquadrar-se ao sistema normal de tributação.

Após breve relato, concluiu o Auditor designado que, para o período de 31/01/1997 à 31/07/1997, a autuante e a JJF adotaram sistemáticas incompatíveis entre si de apuração do imposto (17%, X 5% sobre a receita bruta, respectivamente).

No concernente ao 2º quesito, pontifica que a apuração do tributo pelo regime normal impõe a computação dos créditos destacados nos documentos fiscais, por força da ascendência do Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade. Adverte, contudo, que a JJF não contemplou os créditos fiscais, pois o regime adotado – alíquota fixa sobre receita bruta – não se coaduna com a concessão dos créditos, na forma do art. 118, c/c o art. 505, VI, do RICMS/97.

Em despacho à fl. 220, a Dra. Leila Ramalho, nega trânsito à Representação de fls. 207/211, instaurando novo procedimento às fls. 221/225.

Certifica que no período de 31/01/1997 à 31/07/1997, o contribuinte mantinha-se submetido a regime especial de tributação, pelo seu status de microempresa, inferindo que o tratamento dispensado pela JJF não encontra amparo legislativo, pois a autorização de desenquadramento para fins de exigência do tributo e na constância da prática de infrações positivou-se a partir da Alteração nº 9, introduzida pelo Decreto nº 7466/1998.

Recomenda a improcedência da infração no período de 31/01/1997 à 31/07/1997, visto que inexistente suporte jurídico, em que pese a presumida omissão de saída.

No tocante ao período compreendido entre 31/08/1997 à 31/12/1998, recomenda a reforma do Acórdão, eis que, constatando-se o enquadramento do contribuinte ao regime normal de apuração do ICMS, imperioso o reconhecimento dos créditos destacados nas notas fiscais emitidas no período, ‘*ex vi*’ do Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade.

Opinou, destarte, para o período de 31/08/1997 à 31/12/1998, pela reforma do Acórdão de fls. 156/157, no sentido da reinclusão, na forma da autuação original, dos créditos fiscais devidos ao contribuinte, decursivos dos destaques nas notas fiscais lavradas no vertente lapso temporal.

Aquiescendo sem ressalvas aos termos do Parecer de fls. 221/225, o Procurador-Chefe, Dr. Jamil Cabús Neto, determinou o encaminhamento dos presentes autos ao CONSEF para julgamento.

VOTO

Recomenda a presente Representação a improcedência da autuação relativamente ao período de Janeiro a Julho de 1997 e a reforma do Acórdão de fls. 156/157, para contabilizar em favor do contribuinte os créditos fiscais oriundos dos destaques consignados nas notas fiscais emitidas no período de 31/08/1997 à 31/12/1998.

Após os subsídios prestados pelo Auditor designado, Dr. Ricardo Rêgo, a Representação sustentou a ausência de amparo legislativo para a aplicação de qualquer alíquota – 5% ou 17% - a incidir sobre o total da receita omitida, no período de 31/01/1997 à 31/07/1997. Neste interstício, o contribuinte mantinha-se enquadrado em regime especial de tributação destinado às microempresas, sem que houvesse previsão legal para as condutas adotadas pelas autuante e JJF.

Entendo, *'data venia'*, incensurável a Decisão *'a quo'*.

Restou incontroversa a inclusão do autuado no regime de tributação especial para o período de 31/01/1997 à 31/07/1997, cabendo, desta forma, a aplicação da alíquota de 5,0%.

No que respeita ao período de 31/08/1997 à 31/12/1998, o autuado mantinha-se submetido ao regime normal de tributação, pelo que aplicou a JJF corretamente a alíquota de 17,0%.

Para caracterizar a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, valeu-se a JJF da presunção veiculada no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, não logrando êxito o contribuinte produzir prova em sentido contrário.

Há que se reparar, contudo, asserto proferido pela JJF incoincidente com a realidade.

Atribui a JJF à autuante o reconhecimento e concessão de crédito de 8,0% relativamente ao período de 31/08/1997 à de 31/12/1998. Tal fato, entretanto, não se verifica nos autos, tratando-se de mero lapso, sem reflexos no julgamento do mérito da demanda.

Registre-se, ainda, que a JJF ao apontar uma diferença de R\$2.909,62, não promoveu majoração da autuação a ensejar a nulidade. Limitou-se apenas a recomendar ao inspetor da região a instauração de nova ação fiscal investigatória.

Ante o exposto, NÃO ACOLHO a Representação nos termos propostos, para manter indene a Decisão *'a quo'*, devendo os autos do PAF ser encaminhados à PGE/PROFIS para as providências que entender cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOLHER a Representação ora proposta, devendo os autos do PAF ser encaminhados à PGE/PROFIS para as providências que entender cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

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