

A. I. Nº - 157064.0000/04-3  
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA  
ORIGEM - INFAC BONOCÔ  
INTERNET - 23-02-2006

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0047-01/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração caracterizada. 2 DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração comprovada. Rejeitada a argüição de decadência e a preliminar de nulidade suscitada, e indeferidas as solicitações de perícia e revisão do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2004, atribuindo ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

01) Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, durante todos os meses do exercício de 1999, no valor de R\$ 3.933,30, acrescido da multa de 50%;

02) Extraviou documentos fiscais. É acrescentado que a empresa, quando do requerimento da baixa cadastral, deixou de apresentar à fiscalização as notas fiscais de saídas de mercadorias não utilizadas e autorizadas e todas as notas fiscais de entrada de mercadorias, sendo aplicada a multa de 10 UPF's.

Na descrição dos fatos consta que em cumprimento à O. S. 536019/04, tendo em vista a Revisão Fiscal procedida pela Corregedoria, conforme Processo nº 184100/2004-8 de 01/10/2004, foi constatado que a empresa recolheu ICMS a menos nos meses de janeiro a dezembro de 1999, conforme apurado no demonstrativo de fl. 30; que foi aplicada a multa no valor de 10 UPF's, em decorrência de não apresentação das notas fiscais de saídas autorizadas, conforme demonstrativo de fl. 36 e PAIDF conforme fls. 46 a 49 e das notas fiscais de entrada constantes do CFAMT, conforme fls. 37 a 45. Que foi utilizada toda documentação constante do processo de revisão fiscal fornecida pelo Sr. Marcelo Souza Matos (qualificado como verdadeiro proprietário da empresa, em interrogatório junto ao Ministério Público, fato que demonstra a condição de laranjas dos sócios constantes dos arquivos da SEFAZ), tais como extrato de pagamento (fls. 62 a 73), Declaração do Imposto de Renda (fls. 111/112), demonstrativo de vendas à fl. 121, Recibo de Entrega da RAIS (fl. 123), Relação Anual de Entrega da RAIS (fls. 124 a 130), Balanço Patrimonial (fls. 142/143), Livro Diário (fls. 144 a 158), ante sua negativa em receber intimação para apresentação de livros e documentos conforme Termo de Recusa à fl. 173. Neste Processo, as fls. 01 a 172 correspondem ao aludido processo de revisão fiscal, cuja documentação serviu de fundamentação para a lavratura do presente Auto de Infração.

O autuado, através de representante legalmente constituída, apresentou defesa às fls. 193 a 204, insurgindo-se contra a exigência fiscal, apresentando duas preliminares de nulidade, sendo a primeira sob o argumento de que o crédito fiscal fora lançado através do Auto de Infração, em 30/12/2004, enquanto que o autuado somente foi intimado em 24/01/2005, através de AR (fl. 180), tendo decorrido, portanto, os cinco anos para operar a decadência do tributo, não podendo se falar

mais em cobranças referentes ao exercício de 1999. Com base nessa assertiva, requereu a improcedência do Auto de Infração.

Ao apresentar a segunda preliminar de nulidade, transcreveu o art. 174 do RICMS/97, alegando que o Auto de Infração está lastreado na reinclusão de ofício de sua inscrição estadual, que houvera sido devidamente baixada. Ponderou que como a empresa já estava extinta, não tinha mais capacidade jurídica para exercer os direitos e deveres dos negócios e fatos jurídicos, não podendo jamais ser intimada nos termos da autuação e sequer fazer parte da mesma. Com essa justificativa, pleiteou a nulidade do Auto de Infração.

Em relação ao mérito, argüiu que a fiscalização não considerou algumas informações referentes às operações de entrada e de saída de mercadorias e também em relação ao tratamento fiscal dado a algumas mercadorias comercializadas, informações essas muito importantes na averiguação do crédito fiscal devido, se for o caso. Que a omissão desses dados demonstra a incerteza dos números apontados no demonstrativo elaborado pelo autuante, o que pode representar cerceamento ao direito de defesa. Requereu perícia, visando comprovar a insegurança alegada, afirmindo que a sua evidência será atestada com documentos que juntará oportunamente.

Argumentou, ademais, que os valores contabilizados nas vendas não podem ser utilizados como base de cálculo, pois ali constam produtos isentos, não tributados ou elencados na substituição tributária, ou ainda devolvidos aos fornecedores, fatos esses não observados pelo autuante. Enfatizou que o Auto de Infração padece de vícios insanáveis, o que comprovará através das peças que serão acostadas à defesa, que servirão também para demonstrar a sua total improcedência. Disse que em decorrência dos erros existentes no trabalho da fiscalização, faz-se necessária uma revisão do lançamento, que estaria anexando documentos fiscais pertinentes.

Ressaltou que mesmo vindo a se confirmar o descumprimento da obrigação formal de escrituração de notas fiscais de entrada, deve ser considerada a hipótese de pagamento do tributo pela saída, bem como a falta de utilização do crédito fiscal pela entrada, restando ao fisco apenas a possibilidade de aplicação de uma penalidade fixa, se acaso restar configurada a prática da suposta omissão da obrigação tributária acessória.

Tratando da infração 02, apresentou o entendimento de que o lançamento foi prematuro, considerando que os procedimentos referentes à baixa solicitada encontravam-se em curso e que somente após o parecer, é que deveria promover a quitação do tributo relativo às mercadorias existentes no estoque final, com a dedução dos créditos decorrentes da entrada de mercadorias. Argüiu ter desistido do pedido de baixa, antes mesmo da realização da fiscalização, de acordo com a petição que alega anexar, protocolada em 19/08/2003, o que reforça a improcedência do lançamento.

Na seqüência, o autuado comentou sobre a penalidade aplicada e, transcrevendo o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, asseverou que no caso em lide a incidência da penalidade recaiu sobre o preço comercial das mercadorias entradas em seu estabelecimento, em virtude de suposto descumprimento de obrigação acessória. Que ao se utilizar da base de cálculo do próprio imposto para aplicar um percentual de alíquota, a autuação impõe um ônus desarrazoadamente ao contribuinte, o que se caracteriza num verdadeiro confisco. Citou o tributarista Hector Villegas, para afirmar que ocorre confisco quando se exige tributo que excede a razoável capacidade de colaborar com os gastos públicos.

Acrescentou ser intolerável ao contribuinte ter que pagar tributo duas vezes, por ser o mesmo superior à renda produzida pela empresa, o que caracteriza em confisco. Transcreveu lições do mestre Hugo de Brito Machado, que tratam do princípio da vedação ao tributo confiscatório, onde é observado ser uma atitude absurdamente incoerente o Estado tributar as empresas à exaustão e que a atual Constituição colocou entre as limitações ao poder de tributar a sua utilização com efeito de confisco. Utilizou-se ainda da expressão do tributarista Aliomar Baleeiro, que afirma

serem os tributos confiscatórios aqueles que absorvem todo o valor da propriedade e aniquilam a empresa. Afirmou então, que a natureza confiscatória do tributo que lhe é exigido supera sua capacidade econômica, o que faz com que o lançamento se choque frontalmente com o citado princípio.

Enfatizou que não se pode punir uma mera infração formal com penalidade equivalente ao próprio imposto, mesmo que a obrigação principal já esteja devidamente cumprida. Que a suposta infração jamais poderia originar a penalidade, pois o LRI estava devidamente escriturado na forma prevista, comprovado pela sua juntada parcial. Ressaltou que o descumprimento da obrigação acessória não resultou em prejuízo ao erário público, uma vez que os livros Registro de Entradas e o de Saídas estavam devidamente escriturados, sendo prova disso que o próprio autuante os utilizou para fixar a base de cálculo da penalidade.

Argüiu que não se pode admitir que sua conduta possa ser caracterizada como dolosa ou que tenha se utilizado de simulação ou fraude para omitir-se de cumprir sua obrigação tributária principal, tendo já demonstrado a sua irrepreensível idoneidade. Que, desta forma, faz jus ao benefício previsto no art. 60, § 4º, da Lei 4.825/89, que prevê a possibilidade do órgão julgador reduzir ou cancelar multas quando ficar comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo fraude ou simulação e não impliquem na falta de recolhimento do imposto.

Finalizou, requerendo que, com base na documentação que alegou haver anexado e demonstrativo a ser oportunamente apresentado, seja realizada revisão por fiscal estranho ao feito e a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 211 a 218, inicialmente descrevendo os tópicos abordados pela defesa e contestando cada item em separado.

Preliminar de decadência – Argumentou não se poder falar em decadência, desde quando o crédito tributário foi constituído de forma regular. Que a empresa fora intimada, através de seus sócios, em 27/12/2004, quando se recusaram a assinar qualquer tipo de documento e informaram não dispor de qualquer documentação para entrega ao fisco, conforme Termos de Recusa (fls. 183/184).

Preliminar de nulidade – Disse que o autuado fundamentou seu pleito no fato de sua inscrição já se encontrar baixada e ter sido incluída de ofício, porém alegou ser dever do Estado rever os atos de seus agentes. No caso em tela, a SEFAZ entendeu que a baixa da empresa tinha sido realizada de forma irregular, considerando que impostos devidos não haviam sido cobrados. Como se tratava de crédito fiscal passível de ser constituído, referente ao exercício de 1999, o Estado, dentro do prazo decadencial, pode constituir seus créditos a qualquer momento, desde que cumprido o rito processual e que assegure o direito de defesa ao contribuinte.

Do mérito – Apontou que a infração 01 teve como elementos formadores as informações constantes da Declaração de Imposto de Renda (dados estes fornecidos pelo próprio autuado), dos Documentos de Arrecadação Estadual e na DME, conforme demonstrativo de fl. 35, observando que o autuado deveria ter especificado que informações foram subtraídas e que sugeriu terem prejudicado o trabalho. Asseverou que ao invés de apresentar documentos para comprovar suas alegações, o autuado se esquivou de apresentá-los, alegando o seu extravio.

Em relação à queixa sobre o limite do prazo de defesa, alegou que o autuado dispôs de 30 (trinta) dias para se defender, conforme determina o RPAF/99. Enfatizou que em diversos tópicos o autuado se refere a documentos anexados à defesa sem, entretanto, anexá-los para comprovar suas alegações.

Afirmou descaber o pleito apresentado pelo autuado, no sentido do fisco alterar a autuação, aplicando uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória relativa à omissão de escrituração, tendo em vista que o Auto de Infração decorreu do pagamento a menor do imposto e por extravio de documentos.

Disse que o fato da empresa se encontrar baixada não impede o Estado de constituir seus créditos tributários, sendo relevante, para tanto, que o exercício desse direito seja realizado dentro do prazo legal e que, no caso em tela, por se tratar do exercício de 1999, o Estado se encontrava com plenos poderes para constituir o crédito, mesmo estando a empresa com sua inscrição baixada.

Penalidade aplicada – Argüiu que a defesa se equivocou ao afirmar que houve aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, desde quando o principal fato ensejador da autuação foi o pagamento a menor de impostos devidos, o que caracteriza descumprimento de obrigação principal. Que a penalidade aplicada está de acordo com o RICMS/97, não cabendo pronunciamento de sua parte a respeito do caráter confiscatório da mesma.

Alegou que a defesa mencionou ter anexado cópia do LRI, não constatada no PAF, assim como fez menção a fatos não abordados na autuação. Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, entendeu que o benefício não deve ser concedido, considerando que a autuação se baseia na falta de pagamento do imposto. Opinou, ao final, pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS em decorrência da existência de recolhimento a menos do imposto, na condição de Empresa de Pequeno Porte - SimBahia e aplicada multa por falta de apresentação de documentação fiscal.

O autuado, em sua peça defensiva, suscitou preliminares de nulidade, alegando decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito reclamado e irregularidade na autuação em decorrência de ter sido baseada na reinclusão de ofício de sua inscrição estadual, que já se encontrava baixada.

Afasto a arguição de decadência do direito da Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1999, que é o caso da lide, pois a legislação tributária do Estado da Bahia fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS/97).

Ressalto que o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2004, data anterior ao termo final para a ocorrência da decadência, em 31/12/2004, não importando a data da notificação do autuado, conforme tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05 e 0102/12-05, do qual transcrevo parte:

*“Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificado do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.”* (grifo nosso).

De igual modo, rejeito os argumentos defensivos referentes ao fato de sua inscrição estadual ter sido reincluída de ofício no Cadastro de Contribuintes, desde quando tem a Fazenda Pública a prerrogativa de efetuar o lançamento do crédito tributário, com a ressalva de que o faça obedecendo o prazo decadencial. No presente caso, observo que tendo sido deferido processo de baixa de inscrição estadual do autuado, sem que fossem constatadas irregularidades, posteriormente o processo foi submetido a revisão pela Corregedoria da Fazenda Estadual (fls. 173 a 176), quando ficou demonstrado o cometimento de irregularidades pelo estabelecimento, o que gerou sugestão no sentido de ser procedida a reinclusão de ofício da inscrição estadual, para

possibilitar a constituição dos créditos tributários apurados. Tal procedimento está previsto no art. 174 do RICMS/97, que abaixo transcrevo:

*"Art. 174. Tendo sido indevida a exclusão, motivada por engano, erro ou qualquer outra razão de ordem administrativa, caberá à repartição fazendária processar a reinclusão de ofício."*

No que se refere à alegação de que o Auto de Infração não contém os elementos suficientes para determinar, com precisão, a infração praticada, também não posso acatar, haja vista que os demonstrativos anexados pelo autuante e que dão respaldo à autuação, foram elaborados com base nos documentos apresentados pelo próprio contribuinte e o Auto de Infração descreve as infrações e identifica com precisão que o autuado é o sujeito passivo da obrigação tributária. Desta forma, convencido que não foram desrespeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99, rejeito a nulidade argüida.

Indefiro os pedidos de perícia e de revisão do lançamento, assim como de apresentação posterior de provas, com base no art. 147, I, "a", do RPAF/99, considerando que os autos encontram-se devidamente instruídos e seus elementos são suficientes para a formação de minha convicção e tendo em vista que até a assentada do julgamento o autuado não apresentou nenhuma prova que modificasse a exigência do tributo.

Quanto à argüição de constitucionalidade das multas por entender que as mesmas são confiscatórias, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade, estando as multas aplicadas previstas na Lei 7.014/96. Ressalto também não haver embasamento legal para a sua dispensa ou redução por este Colegiado.

Quanto ao mérito da infração 01, verifico que o autuante, de forma correta, apurou os valores devidos pelo sujeito passivo, lançando no Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte (fl. 35), os valores e deduções pertinentes, abatendo do ICMS apurado em cada mês os valores anteriormente pagos. Esse levantamento teve por base a Declaração do Imposto de Renda do autuado, DAE's constantes do banco de dados da SEFAZ e a DME daquele exercício.

Observo que ao insurgir-se contra o lançamento, o autuante alegou estar anexando aos autos documentação comprobatória de sua regularidade fiscal sem, entretanto, acostar documento algum ao PAF. Assim, em atenção ao que estabelece o art. 143 do RPAF/99 "*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*".

Quanto à argumentação de que os valores contabilizados nas vendas não poderiam ser utilizados como base de cálculo, por se referir também a produtos isentos, não tributados ou elencados na substituição tributária, esclareço que o art. 387-A, inciso II, do RICMS/97, vigente à época de ocorrência do fato gerador, dispunha que o imposto a ser apurado pelas empresas de pequeno porte seria baseado em sua receita bruta mensal, conforme transcrevo a seguir:

*"Art. 387-A. A empresa de pequeno porte pagará mensalmente o ICMS calculado mediante aplicação, sobre a receita bruta mensal, dos percentuais a seguir indicados, a serem determinados em função da receita bruta ajustada acumulada desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo esta:"*

*Nota: Redação dada ao caput do art. 387-A, tendo sido acrescentado pela Alteração nº 9 (Decreto nº 7466, de 17/11/98, DOE de 18/11/98), efeitos de 01/01/99 a 27/12/01.*

*"II - acima de R\$ 240.000,00 e até R\$ 360.000,00: 2,5%;"*

*Nota: redação anterior dada ao inciso II do art. 387-A, tendo sido acrescentado pela Alteração nº 9 (Decreto nº 7466, de 17/11/98, DOE de 18/11/98), efeitos de 01/01/99 a 31/12/99".*

Desta forma, a infração 01 é procedente.

Já a infração 02 decorreu do descumprimento de obrigação acessória, pelo fato de o autuado ter extraviado documentos fiscais, tendo deixado de apresentá-los quando intimado para tanto, em referência aos documentos arrolados às fls. 41 a 54.

Observo que o fato de se encontrar em processo de baixa não dispensa o contribuinte da obrigação legal de manter em boa guarda todos os livros e documentos fiscais de sua escrituração, além de apresentá-los à fiscalização, quando solicitado, consoante incisos VII e VIII, do artigo 34 da Lei 7.014/96.

A esse respeito, este CONSEF exarou a Súmula nº 02, publicada no Diário Oficial do Estado de 07/08/02, através da Resolução nº 01/02, como abaixo transcrito:

*"ICMS. MULTA POR INFRAÇÃO. EXTRAVIO DE LIVROS E DOCUMENTOS  
COMUNICADO AO FISCO POR OCASIÃO DO PEDIDO DE BAIXA DA INSCRIÇÃO  
NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES.*

*Havendo sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros fiscais ou contábeis, ou da documentação que comprove os registros correspondentes, cabe ao sujeito passivo comunicar o fato à repartição fazendária, no prazo estabelecido na legislação, não caracterizando denúncia espontânea a comunicação da ocorrência por ocasião do pedido de baixa de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, sujeitando-se o infrator à aplicação da penalidade prevista em lei."*

Dessa forma, entendo que está caracterizada a infração apontada no lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **157064.0000/04-3**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 3.933,30, atualizado monetariamente, acrescido da multa no valor de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea "b", item 3, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e da multa no valor de R\$ 397,10, prevista no art. 42, inciso XIX, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR