

A. I. N° - 087163.0056/05-6
AUTUADO - SALVADOR COMÉRCIO DE ESPUMAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ SÍLVIO LEONE DE SOUSA
ORIGEM - INFAC - BONOCO
INTERNET - 28.03.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0078-02/06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. ENTRADAS DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de notas fiscais de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte omitiu nas entradas informadas na DME, as notas fiscais capturadas pelo CFAMT. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração não elidida. Preliminares de nulidade não acatadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/09/2005, pela constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de mercadorias não registradas. Sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 8.940,32 e aplicada a multa de 70%.

O autuado representado por advogado legalmente constituído conforme instrumento de procuraçāo à fl. 300, em sua defesa às fls. 282 a 299, descreve inicialmente a acusaçāo fiscal que lhe fora imputada pelo presente Auto de Infração.

Discorre em seguida acerca de sua tentativa de obter a baixa de sua inscrição no cadastro do ICMS-BA, 18.10.2005, tendo em vista ter encerrado suas atividades comerciais. Assinala que durante o procedimento de baixa fora lavrado o Auto de Infração de nº 146553.0043/03-9 em 19.12.03 apurando uma irregularidade no valor de R\$ 973,18, relativa aos exercícios de 2000 e 2002 que, embora não concordando com a autuaçāo, recolheu o imposto exigido. O pedido de baixa não foi deferido pela existência de uma taxa de FEASPOL em aberto, e mais uma vez, recolheu o tributo exigido, porém não teve o seu pedido de baixa deferido e sim o processo arquivado. Afirma que, orientado pela Inspetoria Fazendária para que, em vez de solicitar o desarquivamento do processo, desse entrada em novo pedido de baixa. Assim procedendo, acrescenta que fora novamente surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, referente a período já auditado, conferido, aceito e pago pelo contribuinte e recebido pela Fazenda.

Suscita o autuado, em seu arrazoado defensivo, preliminar de nulidade invocando os incisos II e IV do art. de 18 do RPAF, tendo em vista o não atendimento, por parte da Inspetoria Fazendária, de seu pedido de vistas e cópias das notas fiscais para subsidiar a elaboração de sua defesa, razão pela qual, aduz ter tido limitado seu direito de defesa nos termos previstos na Constituição Federal. Reforça seu argumento com a transcrição de decisão sobre a matéria prolatada pela 1ª CJF deste CONSEF.

Alude a inadequação do enquadramento legal da multa tipificada pelo autuante, ou seja, o inciso III do art. 42, pois segundo seu entendimento, o correto seria o inciso XII-A. Ainda quanto a aplicação da multa, ressalta que deve ser considerada a situação específica e a boa fé do

contribuinte. Acrescenta que mesmo não sendo considerada a sua condição de enquadramento no SimBahia, como deve ser feito, o autuante, no máximo poderia aplicar o item 3 da alínea “b” do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ressalta que o presente Auto de Infração afronta o art. 146 do CTN que veda a mudança de critério jurídico para apuração de ocorrência de mesmo fato gerador. O fundamento do autuado se baseia no entendimento de que o Auto de Infração nº 146553.0043/03-9, anteriormente lavrado, tem como objeto a mesma situação fática da presente autuação, e que tiveram enquadramentos legais distintos. Tanto é assim, afirma o autuado, que houve mudança no percentual da multa aplicada. Assinala que a doutrina é pacífica no sentido de que a mudança de critério jurídico do lançamento acarreta a nulidade do auto de infração, desde que se refira a situação pretérita do mesmo contribuinte. Observa que, sob este aspecto, o Auto de Infração é dissonante do quanto sacramentado pela jurisprudência, e para tanto, cita a súmula 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos e um julgado da Primeira Turma no RE 69.426 do Rio Grande do Sul que materializam o Princípio da Imutabilidade.

Alega que a fiscalização ao não levar em conta os valores já pagos no primeiro Auto de Infração na efetivação do montante devido na presente autuação está exigindo dois pagamentos sob a mesma rubrica.

Requer pelo exposto o conhecimento da preliminar para que seja extinto o presente Auto de Infração sem julgamento do mérito.

Em relação ao mérito propriamente, o autuado inicia seu arrazoado apresentando as definições do fato gerador da obrigação tributária principal contida no art. 114 do CTN e do fato gerador e da incidência do ICMS inserto no COTEB. Em seguida, enfatiza que no seu caso específico tem a apuração do ICMS regrado pela Lei nº 7.357/98 que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, transcreve, inclusive alguns dispositivos do referido diploma legal para comprovar a sua assertiva.

Insiste, aduzindo que o presente Auto de Infração desconsiderou a apuração já realizada no auto lavrado anteriormente, além do que não teve acesso às notas fiscais que dariam suporte fático à prova da inveracidade da base de cálculo utilizada no auto, ora contestado.

Entende que, como se pode observar na documentação, por ele anexada, relativa ao Auto de Infração nº 146553.0043/9, verifica-se que a escrituração fiscal atinente à saída de mercadorias, inclui todas as operações suficientes à realização do fato gerador. Acrescenta que, na forma do art. 156 do CTN, o pagamento é uma forma de extinção do crédito tributário, não subsistindo qualquer débito.

Assegura que, mesmo no caso de ser desconsiderada a preliminar de nulidade por ele suscitada, tendo em vista a boa fé do contribuinte durante todo o procedimento, eventuais multas a serem aplicadas devem ser impostas com observância no quanto disposto nos §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Transcreve também o dispositivo legal que define as faixas de renda bruta aplicáveis na apuração simplificada do imposto devido pela microempresa. Enfatiza que no caso de ser apurado algum débito referente ao não pagamento do ICMS, este deve ser calculado sob o regime de faixas do SimBahia, com multa de percentual no máximo igual aquele previsto no inciso XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Finaliza seu arrazoado defensivo requerendo o conhecimento da preliminar suscitada e que o Auto de Infração seja julgado nulo. E, no caso de ser superada a preliminar, requer o provimento das razões de mérito de sua impugnação julgando improcedente.

Na informação fiscal prestada constante às fls. 372 a 373, afirma o autuante que detectou através do CFAMT e que apensara aos autos, diversas notas fiscais oriundas de outros estados em nome do autuado. Assevera que a autuação fora realizada com base nas divergências existentes entre os valores das notas fiscais recolhidas através do CFAMT e os valores das entradas oriundos de

outros estados declarados nas DME's pelo autuado nos exercícios de 2000 e 2002, acorde demonstrativos às fls. 12 e 139.

Ressalta que não procede a afirmação do autuado a respeito de que os valores da autuação já fora objeto de cobrança no Auto de Infração nº 146543.0043/03-9, porquanto a autuação se dera em decorrência de divergências apuradas entre os valores de notas fiscais oriundas de outros estados e os valores respectivos declarados nas DME's. É sabido, acrescenta o autuante, que a Fazenda Pública pode a qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, apurar outros elementos que possam configurar obrigações tributárias.

Afirma ainda ser favorável à entrega das cópias das notas fiscais e que se reabra o prazo para que o autuado possa se manifestar, tendo em vista a solicitação do próprio contribuinte através do processo nº 185599/2005-5, e pelo fato de ter havido demora na tramitação desta petição até o setor de origem, conforme informa, em seu despacho, fl. 360, o coordenador de cobrança.

Por fim, assinala que a autuação fora realizada conforme a legislação em vigor, e por tudo que expôs solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Tendo em vista que o autuado não tivera acesso às notas fiscais capturadas pelo CFAMT, esta Junta em pauta suplementar deliberou, por unanimidade, baixar os autos em diligência para fornecer ao autuado cópia das notas fiscais e conceder abertura de prazo para análise e manifestação. Cumprida a diligência e transcorrido o prazo regulamentar o autuado manteve-se silente.

VOTO

Da análise das peças processuais, constato que a acusação fiscal versa sobre a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas decorrente das divergências existentes entre os valores das notas fiscais recolhidas pelo CFAMT e os valores declarados nas DME's pelo autuado nos exercícios de 2000 e 2002.

Deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pelos motivos a seguir explicitados. A primeira delas, por cerceamento de defesa com fundamento no inciso II do art. 18 de RPAF, sob a alegação de não ter tido acesso às notas fiscais que originaram o presente lançamento de ofício, tendo em vista que este óbice fora superado pelo cumprimento da diligência deliberada por esta Junta, ao promover, embora sem êxito, a entrega das cópias da referida documentação e a reabertura de prazo para manifestação do autuado. A segunda, decorrente da mudança de critério jurídico para o mesmo fato gerador, ou seja, o desrespeito ao Princípio da Imutabilidade, não tenho como acatar o aludido pleito do autuado, pelo fato do presente Auto de Infração ter apurado fato distinto do auto anterior, uma vez que as notas fiscais em questão foram coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, e não fornecidas à fiscalização como ocorreu.

Constatou que, por se encontrar o autuado inscrito no SimBahia e enquadrado como microempresa, o autuante procedera corretamente em relação ao quanto estatuído pelo § 1º do art. 408-S do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, ou seja, ao efetuar a apuração do débito assegurou o direito ao abatimento previsto do crédito fiscal presumido de 8%.

Em relação ao Auto de Infração nº 146553.0043/03-9 lavrado em 19/12/03, cópias apensadas às fls. 308 a 359, verifico que decorreu da apuração de recolhimento a menos do imposto devido como microempresa, constatado através das notas fiscais apresentadas pelo próprio autuado. Por isso teve a tipificação da multa de 50% com base na alínea "b" do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Trata-se, portanto, de infração totalmente distinta da constante do Auto de Infração, ora em lide, cujas notas fiscais foram capturadas nos postos fiscais pelo CFAMT e fora corretamente enquadrada na presunção legal de ocorrência de operações sem pagamento do imposto prevista no inciso IV do § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97.

Quanto à alegação do autuado de tratamento de apuração simplificada do imposto devido, distinto do qual ele encontrava-se enquadrado, ou seja, microempresa do SimBahia, entendo que o autuante procedera em plena consonância com mandamento do art. 408-P, o qual transcrevemos a seguir, combinado com o inciso III do art. 915, ambos do RICMS-BA/97.

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Quanto à multa questionada pelo autuado, verifico que fora corretamente tipificada pelo autuante que estritamente cumprira o mandamento contido no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada, ou seja, não conseguiu elidir a presunção de omissão de saída prevista no item IV, do § 3º, do art. 2º do RICMS/97-BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 087163.0056/05-6, lavrado contra **SALVADOR COMÉRCIO DE ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.940,32**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 março de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR