

A. I. N° - 206954.0017/05-0
AUTUADO - GILDINEY CORDEIRO NOVAIS
AUTUANTE - IONE ALVES MOITINHO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09.05.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0138-02/06

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS 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. Reduzido o valor do débito por comprovação do pagamento. Infração elidida em parte. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração não elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Imposto apurado pelo regime especial de microempresa do SimBahia. Infração parcialmente subsistente. Preliminar de nulidade não acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2005, exige imposto no valor de R\$ 39.581,33, pela constatação, da ocorrência dos seguintes fatos:

1. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 29.979,41 e aplicada a multa de 70%;
2. recolhimento a menos do ICMS na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 250,00 e aplicada a multa de 50%;
3. falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 9.351,92 e aplicada a multa de 50%.

O autuado apresenta, tempestivamente, sua defesa, fls. 174 a 177, através de seu advogado formalmente constituído, fl. 178. Protesta preliminarmente alegando que teve seu direito de defesa cerceado pelo fato da autuante ter adotado uma metodologia que impossibilitou sua área contábil chegar aos números encontrados pela fiscalização. Aduz também que a autuante procedeu ao desenquadramento do regime tributário a que está submetido sem indicar a base legal, bem como pelo fato de não indicar no Auto de Infração os dispositivos tidos como infringidos, para justificar.

Ressalta que, como o réu no Direito Penal, o autuado, no Direito Tributário, tem que saber com absoluta certeza, de que está sendo acusado para exercer o seu direito de defesa. Aduz ainda que, no Auto de Infração, a autuante tratou distintamente cada uma das infrações remanescendo a dúvida em qual regime tributário de apuração o contribuinte está enquadrado e sem indicar qual o dispositivo legal autorizativo ampara esse procedimento, provocando incertezas que

dificultaram o exercício, em toda sua plenitude, do seu direito de defesa. Por tudo isso, acrescenta que impugna os valores de todas as infrações, por haver a autuante cobrado imposto já pago, conforme DAE's que colaciona aos autos, fls. 179 a 182.

Observa que a autuante não se manifestou em relação às compras por ela realizadas diretamente às indústrias e sobre o levantamento de estoque, a fim de verificar a saída das mercadorias que foram tratadas pelo regime normal.

Cita ainda o inciso II do art. 5º da Constituição Federal e o art. 114 do CTN para reafirmar que não há, legitimamente, imposto a ser pago, a não ser por força de lei.

Redargúi que não sendo citada a lei infringida, não pode se defender, não podendo, por isso concordar com a exigência contida no presente Auto de Infração, inclusive porque não extrapolou os limites de sua categoria.

Requer por fim, o acolhimento de sua preliminar e que seja julgado nulo o auto de infração, ou se for o caso seja determinado que a autuante, ou outro Auditor estranho ao feito, esclareça as dúvidas, para que possa apresentar sua defesa em relação ao mérito.

Expende suas razões de defesa acerca do mérito na hipótese de ser rejeitada sua preliminar suscitada.

Em relação à infração 01 refuta o autuado sua totalidade aduzindo que a fiscalização não indicou qual a lei que autorizou a alteração do regime de apuração do imposto para o regime normal, ferindo, inclusive o princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Afirmando que a perícia que será realizada demonstrará que não é devido o imposto exigido nessa infração, inclusive que houve cobrança de ICMS já pago conforme DAE's mencionados na preliminar.

Outro ponto reclamado pelo autuado para ser esclarecido pela Perícia diz respeito ao benefício por ter adquirido mercadorias diretamente das indústrias, o qual alega não ter sido considerado pela autuante e por isso está sendo cobrado a mais do que é devido. Para tanto, enumera uma série de notas fiscais, fls. 176/177, de aquisições feita diretamente das indústrias que devem ser consideradas.

Requer que seja feita uma perícia contábil para se determinar se efetivamente tem débito para com o Estado e qual o seu real valor de acordo com a lei. Indica como perita, Dinalva Cunha de Matos, e que deverão ser respondidos os seguintes quesitos:

1. Observando-se as faixas de contribuição do autuado, é devido o valor do ICMS, exigido na infração 01;
2. Houve cobrança do ICMS já pago pelos DAE's anexados;
3. A autuante considerou o benefício pela aquisição de mercadorias às indústrias, cujos números das notas fiscais estão mencionados no item precedentes?

Conclui o autuado requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante ao proceder sua informação, depois de reafirmar as alegações do autuado aduzidas em sua peça defensiva, afirma que de posse dos DAE's apresentados pelo autuado e confirmado o efetivo pagamento dos mesmos no sistema de arrecadação do DARC – GEIEF, refez os demonstrativos das infrações 01 e 03, depois de proceder a exclusão das notas fiscais 29.175- (03/04), 29.748- (04/04), 6.137- (05/04) e 8.670 - (07/04), por ter constatado o pagamento da antecipação parcial, não cabendo também a cobrança relativa a infração 01.

No tocante a alegação do autuado em relação a redução de 50% nas compras efetuadas diretamente de estabelecimento industriais, informa a autuante que somente é devido a partir de 01/08/2004, nos caso de antecipação parcial decorrente de aquisições realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, diretamente a estabelecimento industriais, ficando concedida a redução de 50% do valor do imposto a recolher. Asseverando que, conforme se constata nos demonstrativos do Levantamento Fiscal de Antecipação Parcial, anexado aos autos, foi considerado o benefício a partir de 01/08/2004 em todas as notas fiscais.

Ressalta a autuante que anexou aos autos cópias dos novos demonstrativos: Levantamento Fiscal de Antecipação Parcial, Planilha de Débito de Microempresa e Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, fls. 187 a 197.

Depois de tomar conhecimento da informação fiscal prestada pela autuante, reiterou o autuado todas as suas alegações contidas no seu arrazoado defensivo inicial, mantendo, também o seu pedido de improcedência do Auto de Infração.

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, em decorrência do confronto de notas fiscais recolhidas pelo CFAMT e não informadas nas DME's – infração 01, de pagamentos efetuado a menos na condição de Microempresa, enquadrada no Regime simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia – infração 02 e sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição na condição de microempresa – infração 03, apurados nos exercícios de 2001 a 2002.

Pelos motivos a seguir enunciados deixo de acatar a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, suscitada pelo autuado sob as seguintes alegações: a) a metodologia adotada pela autuante impossibilitou sua área fiscal conferir os valores indicados no Auto de Infração; b) falta de indicação dos dispositivos legais infringidos e c) desenquadramento do seu regime especial de apuração do imposto na infração 01.

A metodologia empregada pela autuante é muito simples e se constituiu tão somente em relacionar - com todas as características da operação (nº da nota fiscal, fornecedor, e valor), além de colacionar aos autos cópias – todas as notas fiscais capturadas pelo CFAMT das mercadorias transitadas pelos postos fiscais da SEFAZ, destinadas ao autuado e que não constaram das DME's declaradas pelo autuado à SEFAZ e demonstrar a apuração do imposto devido. Como aliás, consta explicitado no cabeçalho das planilhas colacionadas às fls. 09 a 13 e 168 a 169. Não há, portanto, que se falar em metodologia intrincada ou de difícil verificação.

Do mesmo modo, verifico que constam dos autos a descrição clara e objetiva das infrações cometidas e o seu correto enquadramento legal, bem como, a adequada tipificação das multas aplicadas. É evidente que pelo fato do enquadramento legal fazer referência ao RICMS-BA/97 não significa dizer que a infringência não está legalmente agasalhada, tendo em vista que o regulamento não excede os limites da lei estadual que criou o tributo.

Quanto ao alegado desenquadramento do regime especial de apuração do imposto a que se encontrava submetido o autuado por ocasião do período fiscalizado, constato também, o acerto da fiscalização, uma vez que procedera na forma preconizada pela legislação em vigor, que estatuiu, a partir de novembro de 2000, nos casos de omissão de entrada e outras faltas graves cometidas por contribuintes enquadrados no SimBahia, a cobrança do imposto pelo regime normal de apuração e a concessão do crédito fiscal presumido de 8%, justamente o que aplicara a autuante, na apuração do débito exigido.

Nesse sentido, com exceção apenas dos valores alegados como já tendo sido recolhido, para os quais a defesa apresenta cópias dos respectivos DAEs, aspecto esse que será abordado na discussão do mérito, não vislumbro perspectiva alguma de prosperar a pretensão do autuado no tocante a preliminar de nulidade suscitada. Reforça ainda essa tese, a forma com que o autuado defendeu-se das acusações fiscais, objeto do presente Auto de Infração, carreando aos autos documentações para comprovar as alegações que dispunha prova, numa clara evidência de que tinha a exata noção do que lhe estava sendo atribuído como infringência ao RICMS-BA/97.

Ultrapassadas as questões preliminares adentro ao mérito abordando cada uma das questões impugnadas.

Quanto à infração 01, conforme já abordado nas preliminares a metodologia de apuração do imposto devido, não faz o menor sentido envolver o estoque de mercadorias, como pretende suscitar o autuado, pois o roteiro de auditoria aplicado ateu-se tão somente a constatação das entradas de mercadorias não declaradas nas DMES, as quais resultaram na acusação fiscal da presunção legal de omissão de entradas, cujo débito exigido foi calculado na forma prevista pelo RICMS-BA/97, concedendo, inclusive o crédito fiscal de 8% e ajustado com as exclusões procedidas pela autuante, quando da informação fiscal através dos DAEs apresentados pela defesa. Com base nos novos demonstrativos de apuração e de débito elaborados pela autuante, fls. 187 a 191, corretos que se afiguram, tendo em vista que contemplou as correções cabíveis e comprovadas pelo autuado, verifico que o débito da infração 01 que inicialmente era de R\$ 29.979,41, passou para R\$ 29.536,78. Mantenho, portanto, a procedência parcial da infração 01.

No tocante à infração 02, em que pese a não impugnação específica do autuado em relação a essa infração, verifico através das planilhas de apuração do imposto devido pelo regime simplificado para microempresa do SimBahia, fls. 166 e 167, a correção e o acerto da autuação, mantenho, por isso, os termos do lançamento original, ou seja, R\$ 100,00 para o exercício de 2001 e R\$ 150,00, para o exercício de 2002. Por isso, é procedente a infração 02.

Em relação à infração 03, o autuado concentra sua impugnação sob dois aspectos, ou seja, o benefício concedido pelo RICMS-BA/97, em relação às aquisições realizadas diretamente às indústrias e atinentes aos pagamentos por ele já realizados, cujos DAE's colacionou aos autos, fls. 179 a 182. Dos exames nas peças que compõem o Auto de Infração verifico que a autuante contemplou integralmente as alegações, ajustando, tão somente a aplicação do benefício a partir da vigência da respectiva lei, conforme se verifica nos novos demonstrativos de apuração. Com isso o valor do débito que era de R\$ 9.351,92, passou para R\$ 8.888,02. Verifico que está correta a intervenção da autuante e correto o valor de débito corrigido com base na documentação apresentada pela defesa e confirmada no sistema de arrecadação da SEFAZ. Mantenho, portanto, pela procedência parcial da infração 03.

Deixo de acatar a pretensão da defesa em relação à perícia fiscal requerida, por entender que constam dos autos, o pleno suprimento das lacunas e remoção dos óbices apontados pelo autuado, não remanescendo entrave algum para a formação do meu entendimento sobre a matéria. Ou seja:

- a) o cometimento de falta grave, pelo contribuinte enquadrado no regime SimBahia, de acordo com o RICMS-BA/97, a partir de novembro de 2000, aplica-se o regime normal de apuração do imposto concedendo-se o crédito presumido de 8%, não há que se falar em faixa de contribuição;
- b) foram considerados e, portanto, excluídos todos os pagamentos comprovados através de DAEs do débito original;
- c) foi considerado também os benefícios decorrentes das aquisições diretamente das indústrias.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou parcialmente comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas, ou seja, por, precipuamente, não ter conseguido elidir a presunção de omissão de saída infração 01, bem como, pelos ajustes e correções procedidos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206954.0017/05-0**, lavrado contra **GILDENEY CORDEIRO NOVAIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 38.674,80**, acrescido das multas de 70% sobre R\$

29.536,78, e de 50% sobre R\$ 9.138,02, previstas no art. 42, incisos III e I, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR