

A. I. N° - 207110.0605/04-4
AUTUADO - CLAMÓVEIS COMÉRCIO DE COZINHAS MODULADAS LTDA.
AUTUANTE - JECONIAS ALCANTARA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 11.12.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0379-01/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO Autuado não elide a acusação fiscal. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA DE 10% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Comprovado que no período anterior a outubro de 2001 o autuado se encontrava na condição de regime simplificado de apuração - SimBahia, desobrigado da escrituração do livro Registro de Entradas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2004 exige ICMS no valor de R\$28.315,89, e multa no valor de R\$8.104,95, pelas seguintes razões:

- 1) deixou de recolher o imposto, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos períodos de outubro a dezembro de 2001 e maio e junho de 2002, no total de R\$13.918,56;
- 2) recolheu a menos o imposto em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração, nos meses de janeiro a abril de 2002, no total de R\$14.397,33;
- 3) deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro, outubro e dezembro de 2001 e janeiro a abril, junho e julho de 2002, multa de 10%, no valor de R\$8.104,95.

O autuado, às fls. 106 a 126, apresentou defesa arguindo preliminar de nulidade por inexistência de objeto do Auto de Infração e desenquadramento do SimBahia sem justa causa, alegando ter direito ao benefício simplificado previsto no SimBahia, haja vista que foi considerado como se o recorrente fosse uma empresa com regime normal de tributação, inclusive, afirmou que o lançamento do crédito tributário que teve por origem o desenquadramento dos benefícios tributários e fiscais previstos no SimBahia, cujo ato de exclusão foi suspenso por ordem judicial, restabelecendo-se ao estado anterior os benefícios tributários e fiscais, não se justificando o lançamento no percentual de 17%, calculado sobre base de cálculo de suposta venda de mercadoria que não chegaram a circular ou não chegaram a ser vendida para terceiros.

Disse que foi excluído do SimBahia, atribuindo-lhe uma carga tributária excessiva sem previsão da lei. Que a autuação descreve fatos inexistentes quando afirma que o autuado deixou de recolher e recolheu a menos o imposto escriturado, já que o imposto recolhido teve como base a forma estimada prevista na lei do SimBahia.

Argumentou que as infrações 01, 02 e 03, não produzem qualquer efeito jurídico, uma vez que atribui a recorrente uma responsabilidade tributária injusta, indevida, excessiva, aleatória e imaginária. E, se persistir o presente lançamento com inscrição em dívida ativa de um débito inexistente lançado em fase de exclusão indevida do benefício do Simbahia que argumenta ter sido suspenso o ato de tal ofício por processo de mandado de segurança, em tramitação na Vara Cível da Fazenda Pública de Teixeira de Freitas.

Alegou que sua capacidade contributiva e financeira se enquadra na lei do Simbahia e este ponto deve ser levado em conta, conforme art. 145 da CF/88. Além de entender que a atitude da autoridade fiscal de excluir a recorrente do Simbahia foi um ato sem justa causa e perverso.

Disse, ainda, lamentar que um recurso administrativo pouco resulta em reconhecimento dos direitos do recorrente ou de contribuintes, em face da suposta ou dedutível, parcialidade de quem o julga.

Protestou ter a capacidade contributiva e financeira que se enquadra na lei do SimBahia e que este ponto deve ser levado em conta, transcrevendo o § 1º do art. 145 da CF/88.

Transcreveu os arts. 6º, 15, 20, 21, 22, da Lei do SimBahia, que estabelece: as situações em que o contribuinte não poderá optar pelo enquadramento na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte; os casos em que ocorre a exclusão e ou a perda do direito à adoção do Regime Simplificado de Apuração. Citou lições de tributaristas, para questionar não ter havido motivação para o desenquadramento do regime tributário do SimBahia.

Asseverou que a avaliação feita pelo fisco se deu fora dos critérios e dos limites traçados na lei comercial, ferindo a Constituição (arts. 37 caput, 150, I, c/c o art. 22, I), além de macular a garantia da livre iniciativa, dificultando-a pela imposição de tributo gravoso sem amparo legal (art. 5º, XIII e 170, caput, da CF/88).

Alegou ter havido procedimentos administrativos com imposição de multa confiscatória, fazendo citação aos arts. 150, 151 e 152, da CF/88 e a jurisprudência do STF. Falou sobre os princípios da segurança jurídica e da tipicidade.

Disse ter havido no Auto de Infração omissão das essenciais provas para a sua validade jurídica, por não haver se reportado sobre o desenquadramento de ofício do SimBahia, motivo que deu origem ao lançamento do crédito tributário. Além do que não individualiza nenhum dos documentos fiscais a que se refere à multa exigida e nem o fazem as notificações, tornando impossível o exercício da defesa, em relação aos documentos fiscais.

Argumentou que no Auto de Infração se aponta uma mesma infração duas vezes e exige ICMS diversos. Que o Auto de Infração foi embasado em fatos conflitantes, citando decisão do STF nos ERE nº 75.421-BA, Pleno, RTJ 79/478-4/91.

Concluiu transcrevendo o art. 1º, da Lei nº 7.357/98 que disciplina o Regime Simplificado do Simbahia e requerendo que sejam apreciadas as preliminares sobre a insubsistência do Auto de Infração e que a SEFAZ não se abstenha de expedir certidões negativas, caso venha requerer o peticionário e seus sócios, enquanto não for definitivo o lançamento do crédito tributário, com julgamento definitivo do presente recurso, em virtude de seus efeitos suspensivos.

O autuante à fl. 129, informou que o autuado não se pronuncia a respeito da infração 03, motivo pelo qual deixa de comentar. Que em relação às infrações 01 e 02, a defesa apresentou vasto

pronunciamento basicamente questionando que a empresa foi desenquadrada de ofício do regime SimBahia e, por esta razão foi prejudicada.

Esclareceu que o procedimento fiscal levou em conta a condição da empresa cadastrada na SEFAZ, nos períodos que esteve cadastrada no regime normal de apuração e, portanto, o ICMS que o próprio autuado lançou em seus livros fiscais, estando corretamente calculados.

Quanto ao desenquadramento do SimBahia, disse não lhe competir fazer qualquer comentário.

Esta 1ª JJF, à fl. 132, considerando que não consta dos autos que o sujeito passivo tivesse recebido cópia das notas fiscais, objeto da aplicação da multa indicada no item 03 do Auto de Infração (documentos às fls. 12 a 103 dos autos); considerando, ainda, que os documentos anexados às fls. 4 a 11, não constam aposição de recebimento de cópia pelo autuado, deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado a INFAZ Teixeira de Freitas, solicitando que a Repartição Fiscal tomasse as seguintes providências:

a) o auditor autuante intimasse o autuado a apresentar os livros fiscais (Registro de Saídas, Entradas e Apuração), anexando aos autos cópias reprográficas das folhas dos citados livros, relativamente ao período da autuação. Também fosse juntada ao processo uma via do Termo de Intimação e Termo de Devolução dos livros.

b) o órgão competente anexasse aos autos cópia do dossiê do contribuinte onde constem circunstanciados os fatos que levaram ao seu desenquadramento e, intimasse o autuado, entregando-lhe, no ato da intimação e mediante recibo, cópia dos documentos às fls. 04 a 103 dos autos, bem como dos papéis juntados pela Repartição Fiscal (dossiê a respeito do desenquadramento), comunicando-lhe da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias. Havendo manifestação do autuado, após a reabertura do prazo de defesa, que fosse prestada nova informação fiscal.

No atendimento ao solicitado, o autuante, à fl. 135, informou já ter o autuado encerrado suas atividades e que os sócios mudaram para o Estado do Espírito Santo. Através do contador, com escritório em Teixeira de Freitas, obteve a informação de que os livros e documentos do autuado haviam sido retirados do escritório e entregue a outro contador de prenome Carlos, com escritório em porto Seguro. Mediante contato telefônico com o novo contador, foi remetido, via fax, a intimação para a apresentação de livros e documentos. No entanto, os livros fiscais foram escriturados somente até dezembro de 2001, conforme cópias de folhas dos livros às fls. 137/233 referente ao período fiscalizado, tendo sido atendido pelo contador que remeteu para a INFAZ Teixeira de Freitas o solicitado. Como o contador não mais quis receber, em devolução, os livros e documentos, foi contatado, por meio telefônico, com os sócios e combinado para entrega em devolução dos livros e documentos, conforme consta do Termo de Devolução assinado pelo sócio Vagner Loureiro Pimentel e anexado ao processo, à fl. 136 dos autos.

Também, foi anexado ao processo cópia da comunicação e autorização do desenquadramento de ofício do regime simplificado de apuração – SimBahia, que se deu a partir de 01/10/2001, com a ciência do recebimento, pelo autuado, via correios (fls. 234/237), com base no art. 408-L, V, do RICMS/BA, por ter sido identificado pela fiscalização omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, tendo sido considerado, inclusive, notas fiscais coletadas nos Postos de Trânsito pelo Sistema CFAMT não declaradas pelo autuado, na DME.

Constam, às fls. 238/241, que o autuado foi cientificado dos documentos às fls. 04/103 e 234/237, tendo sido reaberto o prazo de defesa, no entanto, não consta manifestação do mesmo.

VOTO

Inicialmente registro que não condiz com a realidade a argumentação defensiva de que um recurso administrativo pouco resulta em reconhecimento dos direitos da recorrente ou de contribuintes, em face da suposta ou dedutível parcialidade de quem o julga, haja vista que este Colegiado sempre se pautou e pauta em analisar os processos administrativos fiscais, visando elucidar todos os fatos motivadores daquele ato, examinando todas as provas e esclarecimentos trazidos ao processo para que se faça cumprir, de forma justa e coerente, as disposições legais que regem a matéria em análise e apreciação da lide.

O autuado, objetivamente, argüi inconstitucionalidade da ação fiscal, sob o fundamento de ter ocorrido o desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração de sua inscrição estadual, sem que tivesse havido desobediência às hipóteses previstas para o não enquadramento ou ao desenquadramento do citado regime (SimBahia). Alega, também, que o ato de exclusão do citado regime foi suspenso por ordem judicial.

Quanto à argumentação de que tenha havido suspensão, por ordem judicial, da decisão administrativa, quanto ao desenquadramento do contribuinte do regime simplificado de apuração- Simbahia, observo que se efetivamente tal suspensão tivesse ocorrido, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, haveria extinção do processo administrativo fiscal, abstendo-se, o CONSEF do julgamento na esfera administrativa, para encaminhá-lo para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando sua exigibilidade suspensa, até decisão final do judiciário. No entanto, não consta dos autos elementos que comprove sua afirmação, motivo de ser desconsiderada tal alegação e de adentrar no mérito da autuação.

Saliento que foi solicitada diligência no sentido de que fossem anexados aos autos cópia dos elementos constantes no dossiê do autuado que evidenciassem a motivação do desenquadramento do regime simplificado de apuração, já que das informações contidas no INC – Informação do Contribuinte – Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação, consta que a empresa autuada teve sua situação alterada de condição de “Microempresa” em 01/10/2001 para “Normal”, sendo em 04/07/02 intimado para cancelamento. Cancelada em 02/08/02 e, em processo de baixa, desde 04/03/2004. No atendimento ao solicitado, o órgão competente anexa aos autos cópia da comunicação ao autuado da autorização do desenquadramento de ofício do regime simplificado de apuração – SimBahia, a partir de 01/10/2001, tendo como motivação o disposto no art. 408-L, V, do RICMS/BA, por ter sido identificado, através do roteiro de fiscalização adotada, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, decorrente de notas fiscais de aquisição, pelo autuado, coletadas nos Postos de Trânsito pelo Sistema CFAMT, confirmando a motivação para o desenquadramento de ofício do citado regime, haja vista que o que estabelece o art. 15, V, da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 7.556/02, conforme abaixo:

Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

O RICMS/97 no seu art. 408-L, V, estabelece o seguinte:

Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Consta nos autos a entrega dos documentos ao autuado e a juntada de cópias de folhas dos livros fiscais, exercício de 2001, bem como a ciência ao impugnante da reabertura do prazo de defesa. Assim, entendendo sanadas as irregularidades quanto ao alegado cerceamento do direito de ampla defesa, sendo, portanto, rejeitada a arguição de nulidade do Auto de Infração.

No tocante as reiteradas citações de dispositivos da CF/88 e da inobservância aos princípios da tipicidade e da segurança jurídica, bem como a arguição de aplicação de multa punitiva e confiscatória, cabe observar que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade. E, em relação à multa aplicada constato que o autuante fundamentou a infração apurada e indicou a multa com base na Lei nº 7.014/96.

Observo que não prospera o argumento de que tenha havido exigência de crédito tributário em duplicidade, haja vista que no item 01 da ação fiscal foi cobrado ICMS decorrente de valor de imposto lançado, nos livros próprios, e não recolhido, tendo sido aplicada a multa prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96 e, no item 02 da autuação se exige ICMS em razão de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado no livro de Apuração, com aplicação da multa prevista no inciso II, “b”, do mesmo artigo e lei acima indicada, haja vista que o imposto cobrado em relação a infração 01 se refere a valores devidos nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2001, maio e junho de 2002, já em relação a infração 02 está sendo exigida a diferença por recolhimento a menos de valores lançados nos meses de janeiro a abril de 2002. Assim, trata-se de duas irregularidades, uma pelo não recolhimento e outra pelo recolhimento a menos, tudo em relação ao imposto devido e apurado através da conta corrente fiscal e, em períodos distintos.

No atendimento ao solicitado em diligência, o autuante junta cópias reprográficas de folhas dos livros de Entradas, Saídas e Apuração, em relação ao exercício de 2001, onde se verifica que os valores lançados nos meses de outubro a dezembro de 2001, correspondem ao exigido na autuação. Não foi trazido ao processo nenhuma prova do descabimento da exigência. Quanto ao valor do imposto não recolhido e ou recolhido a menos, no exercício de 2002 (infrações 01 e 02), o autuante na revisão fiscal esclarece que os livros fiscais foram escriturados somente até dezembro de 2001. Apesar disso, foi elaborado um quadro demonstrativo apontando os valores não recolhidos (doc. à fl. 4), cuja cópia o autuado teve conhecimento e, mesmo assim, não apresentou prova contrário, já que sua impugnação foi embasada no fato de que entende ser descabido o desenquadramento SimBahia, como já esclarecido acima.

Desta forma, como o autuado teve oportunidade de se manifestar demonstrado não proceder ao lançamento do crédito tributário, nem junta mandado judicial que disse existir para se ter conhecimento do teor da decisão, concluo pela manutenção da exigência do imposto em relação às infrações 01 e 02 do Auto de Infração.

Já em relação a infração 03, constato que foi aplicada multa pela falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, julho, setembro, outubro e dezembro de 2001 e janeiro a abril, junho e julho de 2002. No tocante aos meses que antecederam ao desenquadramento do contribuinte do regime simplificado de apuração, ou seja, do período de janeiro a setembro de 2001, o autuado não estava obrigado a efetuar a escrituração de livros fiscais pela sua condição de regime simplificado – SimBahia, portanto, descabe a aplicação da multa neste período. Entretanto, os meses de outubro de 2001 em diante, com o desenquadramento de ofício da condição de regime simplificado de apuração, o contribuinte autuado retorna a condição de contribuinte com regime normal de apuração, obrigado a efetuar os lançamentos em sua escrita fiscal de todos os documentos fiscais. Assim, o não cumprimento de tal obrigação enseja a aplicação da multa prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, que se

refere a multa de 10% sobre o valor comercial da mercadoria ou bem adquirido sem o devido registro na escrita fiscal.

Mantida parcialmente a multa aplicada, em relação a infração 03, passando de R\$ 8.104,95, para R\$ 4.461,46, o valor a ser cobrado, em relação aos meses de outubro e dezembro de 2001 e janeiro a abril, junho e julho de 2002.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207110.0605/04-4**, lavrado contra **CLAMÓVEIS COMÉRCIO DE COZINHAS MODULADAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.315,89**, acrescido das multas de 50% sobre R\$13.918,56 e 60% sobre R\$14.397,33, previstas no art. 42, I, “a” e II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 4.461,46**, prevista no art. 42, IX, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR