

A. I. Nº. - 233014.0079/07-8
AUTUADO - BAHIA MÓVEIS DE ITABERABA LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 11. 11. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0370-01/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS VIAS DA MESMA NOTA FISCAL. Os documentos anexados aos autos comprovam parcialmente a irregularidade apurada. Entretanto, foi concedido o crédito fiscal considerando-se o percentual de 8% (Lei 7.357/98) em face do princípio da não cumulatividade do imposto. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. A falta de informação de entradas de mercadorias na DME possibilita a aplicação de multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias não informadas. Infração comprovada. Rejeitadas as arguições de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 29/11/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 130.136,08, bem como das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$ 16.807,23, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergências entre as vias das mesmas notas fiscais, nos exercícios de 2002 e 2003, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 130.136,08, acrescido da multa de 150%. Consta que o calçamento de notas fiscais foi comprovado pelo cotejo da via apresentada pelo contribuinte com a via retida nos postos fiscais – CFAMT – e as vias obtidas por circularização junto aos destinatários, conforme relatório e documentos anexos;

02 – extraviou documentos fiscais relativos aos exercícios de 2002 e 2003, sendo aplicada a multa fixa no valor de R\$ 920,00. É informado que foram extraviadas notas fiscais, conforme relatório anexo;

03 – omitiu entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (declaração do movimento econômico de microempresas e empresas de pequeno porte), no exercício de 2003, sendo aplicada a multa de 5% sobre o valor das mercadorias, que resultou no valor de R\$ 15.887,23. Consta que foram apuradas compras em valores superiores aos declarados na DME.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou requerimento à fl. 998 (vol. IV), informando não ter recebido as notas fiscais obtidas pelo sistema CFAMT e as vias obtidas junto aos destinatários, bem como os relatórios, documentos e demonstrativos elaborados durante a ação fiscal. Assim, tendo em vista o direito à ampla defesa, requer a entrega de cópias da mencionada documentação.

Em sua impugnação acostada às fls. 1.003 a 1.010 (com cópia às fls. 1.019 a 1.026), inicialmente suscitou preliminar de incidente processual, alegando que o subscritor da ciência dos autos, datada de 21/12/2007, não tem representação legal para a prática de tal ato, de forma que apenas teve

conhecimento da autuação no dia 11/01/2008, momento em que recebeu apenas o Auto de Infração, sem as peças processuais indispensáveis ao exercício do direito de defesa, peças essas já solicitadas, sem ainda o devido fornecimento.

Observa que apresentou todos os documentos pertencentes a sua escrita fiscal e contábil, possibilitando a verificação, pelo fisco, da regularidade de sua movimentação econômica, razão pela qual não se enquadra em qualquer das hipóteses de infração fiscal apontadas no Auto de Infração, não cabendo, igualmente, a imposição da multa da ordem de 150%.

Citando o art. 28, § 5º do RPAF/99, assevera que os levantamentos efetuados através do Auto de Infração padecem de nulidade, não podendo produzir efeitos, já que impossibilita o impugnante de exercer sua defesa por não dispor das notas fiscais identificadas como calçadas, dos relatórios e demonstrativos, bem como das cópias dos levantamentos das entradas e saídas.

Requer, com base nesses argumentos, a declaração de nulidade do Auto de Infração. No entanto, caso não seja esse o entendimento do CONSEF, pleiteia, subsidiariamente, por revisão fiscal, tendo em vista que a metodologia de apuração adotada pelo autuante implicou em dificuldade para a elaboração da defesa. Enfatiza que o autuante deveria ter demonstrado que para provar a ocorrência da imputação não se fazia necessária a existência das notas fiscais calçadas, desde quando a fiscalização se limitou a comparar as notas fiscais com as informações obtidas no SINTEGRA, concluindo pelo calçamento das notas fiscais.

Segue pleiteando a nulidade do Auto de Infração com base nas irregularidades processuais que passa a examinar. Inicialmente, reafirma a omissão do autuante na entrega dos documentos indispensáveis ao exercício da defesa e, para tanto, transcreve o art. 28, § 4º, inciso II do RPAF/99.

Ainda como fundamento para o pedido de nulidade, alega que a autuação deve ser pautada nos princípios da legalidade e da verdade material, assim como no art. 142, parágrafo único do CTN (Código Tributário Nacional). Além disso, assinala a necessidade de que a descrição dos fatos seja feita da forma clara e segura, acompanhada do demonstrativo dos cálculos e da informação referente aos métodos utilizados para a determinação da base de cálculo do imposto.

Como último argumento para o pedido de nulidade, enumera, com fulcro no art. 142, *caput* do CTN, os atos jurídicos sucessivos que integram o lançamento fiscal, quais sejam o dever de a autoridade administrativa conhecer as hipóteses de incidência, de proceder ao lançamento e de fornecer ao sujeito passivo notificação do lançamento, acompanhada dos demonstrativos e levantamentos realizados. Alega que essa última etapa do lançamento não foi realizada pelo no presente caso, o que implica na nulidade do Auto de Infração, seja por inobservância dos requisitos legais tratados acima, seja por constituir violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, instituídos pelo art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, que transcreveu.

Diante do exposto, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração, devendo o respectivo processo administrativo ser extinto sem resolução do mérito, ou que seja reaberto o prazo de defesa, com a disponibilização dos documentos que compõem o referido Auto de Infração.

Assevera que todas as operações de saída realizadas foram acompanhadas de notas fiscais idôneas, de forma que o calçamento existente decorreu de fatos alheios. Para que possa comprovar tais alegações, requer a realização de revisão fiscal, efetuada por agente neutro, abrindo-se vistas ao autuado e prazo para manifestar-se acerca do resultado da revisão e de todos os documentos porventura colacionados aos autos, sob pena de cerceamento do direito de defesa, conforme art. 5º, incisos XXXIII e LV da CF/88.

Caso o CONSEF entenda necessário, requer a verificação dos lançamentos nas escritas fiscais do impugnante e realização de uma auditoria, com base no “art. 49, § 1º”. Requer, ainda, o deferimento da produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Concluindo, protesta pela juntada posterior de documentos e pleiteia a nulidade do Auto de Infração ou, não sendo este o entendimento do CONSEF, que seja determinada a revisão fiscal e, ao final, decretada a total improcedência da autuação. Caso tais pedidos sejam indeferidos, requer, por fim, a reabertura do prazo de defesa, abrindo vistas a todos os documentos que instruíram o presente PAF.

Conforme comprovante à fl. 1.028, o sujeito passivo recebeu as cópias dos demonstrativos e das notas fiscais que deram suporte ao Auto de Infração. Naquela oportunidade pugnou pela reabertura do prazo de defesa.

O autuado apresentou aditamento às razões da defesa às fls. 1.030 a 1.037, reiterando a impugnação já apresentada, mas informando que o incidente processual anteriormente suscitado já fora sanado com a entrega dos documentos que compõem a acusação fiscal.

Argúi que tendo em vista que apenas em 30/01/2008 foi notificado da ação fiscal em sua totalidade, quando lhe foram entregues as notas fiscais e os demonstrativos, se operou a “prescrição” do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos concernentes à infração 01, no que se refere ao exercício de 2002 (até o mês de novembro), considerando o decurso do prazo para a constituição de seu lançamento.

Transcreve parte do § 4º do art. 150 do CTN, segundo o qual a homologação do lançamento deve ser feita dentro do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, sob pena de considerar-se homologado o lançamento e extinto o crédito, nos casos de tributos em relação aos quais o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, salvo nas situações de ocorrências de dolo, fraude ou simulação.

Citando Fabio Fanucchi, aduz que o fisco não pode exigir o crédito antes de constituí-lo, motivo pelo qual se pode dizer que inexistente crédito tributário exigível antes de operado o lançamento, que, de acordo com o art. 142 do CTN, é um procedimento e, como tal, uma seqüência de atos administrativos, finalizado com a notificação do sujeito passivo acerca do Auto de Infração.

Acrescenta que a contagem do prazo de cinco anos se inicia a partir de 2003 (ano base de 2002) e 2004 (ano base de 2003), de forma que o lançamento teria que ser concluído, respectivamente, em 31/12/2007 e em 2008. Como a notificação ao sujeito passivo apenas ocorreu em 2008, o lançamento relativo às supostas infrações concernentes ao ano base 2002, na quantia de R\$ 2.969,29, é nulo, em face da decadência do crédito tributário. Assim, requer que seja decretada a nulidade do lançamento no que se refere às supostas ocorrências até 31/12/2002.

No que se refere especificamente à infração 01, observa que o autuante descreve a existência de divergências entre as notas fiscais fornecidas pelo contribuinte e aquelas levantadas junto ao CFAMT e aos destinatários, sem, entretanto, comprovar que a irregularidade tivesse ocorrido em relação a todas as notas fiscais relacionadas em seu demonstrativo. Sendo assim, o autuado reconhece a infração fiscal apenas no *quantum* referente às divergências efetivamente demonstradas pela autuação: para o exercício de 2002, a base de cálculo é de R\$ 197.321,01 e o ICMS é R\$ 33.544,57, mas deduzindo o crédito presumido de 8%, no valor de R\$ 15.785,68, resta o ICMS devido de R\$ 17.758,89; para o exercício de 2003, a base de cálculo é R\$ 313.621,68 e o ICMS é R\$ 53.315,68, que descontando o crédito presumido de R\$ 25.089,73, resta o ICMS devido de R\$ 28.225,95. Apresenta quadro demonstrativo relativo a esses dados.

Ressalta que nos períodos da ocorrência era inscrito na condição de empresa de pequeno porte, com regime de apuração do SIMBAHIA, aplicando-se, portanto, o direito ao crédito presumido de 8%, conforme comprovado através do Auto de Infração nº. 206987.0192/05-0 (fls. 1.044/1.045).

Quanto ao mérito da infração 01, alega que a Lei nº. 7.357/98, que instituiu o SIMBAHIA, até outubro de 2000 determinava que apenas fossem tributadas fora do regime simplificado as infrações previstas nos arts. 15 a 18, a exemplo da situação em comento, tratada no art. 15, inciso V da referida lei, que traz como hipótese para a perda do direito ao regime simplificado a prática de infração de natureza grave.

Observa que a definição de infração de natureza grave é dada pelo RICMS/BA, que apenas por meio da alteração nº 20, realizada através do Decreto nº. 7.867/2000, definiu a infração ora em análise como de natureza grave. Sendo assim, as infrações dessa natureza, ocorridas até novembro de 2000, devem ser tributadas pelo regime simplificado e a multa aplicada deve ser no percentual de 50%. Com base no art. 408-S, § 1º do RICMS/97, argumenta que a partir de novembro de 2000 (este mês inclusive), deve-se deduzir o crédito presumido de 8% do valor apurado, sendo proibido à autoridade julgadora agravar a infração sob sua análise (art. 156 do RPAF).

Assevera que o fisco não comprovou a existência de calçamento em relação a diversas notas fiscais, considerando que não demonstrou esses documentos fiscais. Acrescenta que para se determinar o verdadeiro montante das notas fiscais tidas como calçadas e como foi apurado o débito, devem ser observados os princípios da legalidade e da verdade material, tendo em vista que a fiscalização deve indicar como efetuou os cálculos e informar os métodos utilizados para determinar a base de cálculo.

Informa que efetuará o pagamento parcial do débito referente à infração 01, nos valores de R\$ 17.758,89 (exercício de 2002) e R\$ 8.241,11 (exercício de 2003), por meio de cessão de direitos de créditos fiscais, conforme petição de nº. 015907/2008-7, protocolada em 01/02/2008 (fl. 1.038), através da qual requer a expedição de certificado de crédito para fins do referido pagamento.

No que se refere às infrações 02 e 03, as reconhece como integralmente devidas, comprometendo-se a efetuar o recolhimento para posterior homologação.

Reitera os pedidos já feitos, requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, nos limites dos valores demonstrados em sua impugnação.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 1.048, apresentando um resumo das alegações defensivas e contestando a arguição relativa à falta de comprovação, por parte do fisco, de todas as divergências apontadas, sob o entendimento de que está efetivamente demonstrado nos autos, por meio de demonstrativos nele acostados, o calçamento de documentos fiscais.

Rebate o direito ao crédito presumido pleiteado pelo impugnante, salientando que de acordo com o art. 408-L, inciso V do RICMS/97, o contribuinte que, a exemplo do autuado, incorrer na prática de infrações de natureza grave, tratadas no art. 915, inciso V, alínea “c”, perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado (SimBahia).

Conclui, mantendo a autuação e sugerindo a procedência total do Auto de Infração.

Considerando que em relação à infração 01 o autuado alegou a falta de comprovação da existência de calçamento em relação a diversas notas fiscais objeto da exigência tributária e tendo em vista inexistir nos autos a documentação comprobatória da referida irregularidade, no que concerne a várias notas fiscais, a exemplo de vários documentos fiscais apontados no demonstrativo de fl. 34; considerando ter sido identificada a ocorrência de equívocos nos períodos de apropriação de algumas notas fiscais, a exemplo daquelas anexadas às fls. 537, 538 e 540; considerando que de acordo com os artigos 408-S e 408-L do RICMS/97, no caso dessa infração o valor do imposto deve ser calculado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, cabendo, entretanto, a concessão do crédito presumido de 8% sobre o valor apurado: esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fls. 1.051/1.052), converteu o processo em diligência à INFAZ Itaberaba, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- 1) anexasse ao processo os documentos comprobatórios relativos às notas fiscais consideradas como “calçadas” que não se encontram acostados aos autos;
- 2) revisasse os demonstrativos relacionados com a infração 01, efetuando a devida apropriação dos documentos fiscais por período, excluindo os valores dos documentos que não guardem correspondência com os períodos objeto da ação fiscal, além dos dados concernentes às notas fiscais porventura não localizadas;

3) elaborasse novos demonstrativos relativos à mencionada infração, com a concessão do crédito presumido de 8%.

Em seguida, deveria ser entregue ao autuado cópia reprográfica dos novos elementos anexados e do termo de diligência, sendo informado ao contribuinte quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse nova informação fiscal.

Em cumprimento à diligência, o autuante informou à fl. 1.055 o que segue:

item 01 – com exceção das notas fiscais relacionadas nos anexos 01 e 02 (fls. 1.056/1.057), todas as demais se encontram acostadas aos autos e “casadas” com as respectivas vias. Esclarece que as segundas vias das notas fiscais constantes desses anexos, requisitadas através do CFAMT, o autuado tinha a responsabilidade de apresentar, porém assim não procedeu, sob a justificativa de extravio, sendo também por esse motivo que não se encontram juntadas aos autos;

item 02 – não foram excluídas algumas notas fiscais requisitadas do CFAMT porque as segundas vias foram extraviadas e como não se encontram na pasta do contribuinte, é de sua inteira responsabilidade a sua apresentação;

item 03 – concorda com a concessão do crédito presumido de 8%, conforme demonstrativos de fls. 1.058 a 1.066, de forma que o débito referente ao exercício de 2002 passa de R\$ 49.881,05 para R\$ 21.269,05, enquanto que o débito relativo ao exercício de 2003 passa de R\$ 80.255,03 para R\$ 35.477,99, perfazendo o saldo remanescente para a infração 01 de R\$ 56.747,04.

Conforme se verifica às fls. 1.070 a 1.072, o sujeito passivo requereu a juntada de certificado de crédito no valor de R\$ 25.000,00, objetivando que esse montante seja abatido do valor correspondente ao débito, após o julgamento final na esfera administrativa, de acordo com o processo nº. 015.907/2008-7, conforme previsto nos artigos 108, inciso III e 109, § 5º do RICMS/97.

Sendo cientificado quanto ao resultado da diligência, quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o autuado se manifestou às fls. 1.075, 1.076 e 1.078 a 1.081, reiterando os termos da defesa e acolhendo o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante.

Argúi não ter apresentado as notas fiscais relacionadas pelo Auditor Fiscal porque efetivamente todas elas foram extraviadas, fato que o prejudicou, muito embora tenha sido concedido o crédito presumido de 8%.

Impugna a multa imposta, sob o entendimento de que a metodologia da concessão do crédito presumido impõe a aplicação da multa de 60%. Salaria que as notas fiscais relacionadas pelo autuante não configuram infração de natureza grave, tendo em vista que não foram comprovados os supostos calçamentos, não cabendo a multa de 150% sobre os valores dos débitos correspondentes às referidas notas fiscais.

Em seguida, o impugnante relaciona os montantes dos débitos resultantes da revisão realizada pelo autuante, indicando quais as multas que entende que devem prevalecer, da seguinte forma:

1) em relação ao exercício de 2002, aponta que do total do débito remanescente de R\$ 21.269,05, deve preponderar a multa de 150% sobre R\$ 19.237,32 e a de 60% sobre R\$ 2.031,73;

2) quanto ao exercício de 2003, sobre o saldo devedor de R\$ 35.477,99, deve ser aplicada a multa de 150% sobre R\$ 24.351,97 e a multa de 60% sobre R\$ 11.126,03.

Tratando sobre a infração 03, salienta que tendo em vista que se refere a multa sobre a omissão de saídas, deve ser reduzida para 1% sobre o valor total da omissão, equivalendo a R\$ 3.177,45.

Espera que o Auto de Infração seja parcialmente reformado, no que se refere ao imposto e à multa concernentes à infração 01 e à multa pela infração consubstanciada na infração 03, para ser reduzida par 1%, resultando no montante de R\$ 3.177,45.

O autuante se manifestou à fl. 1.098 asseverando que a infração cometida pelo contribuinte é sim de natureza gravíssima, por se tratar de calçamento de documentos fiscais em operações internas e interestaduais, devidamente comprovadas, sendo correta a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “c” da Lei nº. 7.014/96. Reafirma que a apresentação das notas fiscais que não se encontram na pasta do autuado, tidas como extraviadas, é da inteira responsabilidade do contribuinte.

No que se refere à infração 03, lembra que se trata de omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME, com aplicação da multa de 5%, conforme art. 42, inciso XII-A da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Verifico que a princípio o autuado suscitou preliminar de incidente processual, alegando que o subscritor da ciência do Auto de Infração, datada de 21/12/2007, não teria representação legal para praticar esse ato, asseverando que teve conhecimento da autuação apenas no dia 30/01/2008, momento em que recebeu apenas o Auto de Infração. Observo que, no entanto, tendo recebido posteriormente, toda a documentação juntada ao processo pela fiscalização, afiançou que o imprevisto processual suscitado fora sanado.

O impugnante argüiu, ainda, como fundamento para o pedido de nulidade, que a autuação deve ser pautada nos princípios da legalidade e da verdade material, ressaltando a necessidade de que a descrição dos fatos seja feita da forma clara e segura, acompanhada das provas concernentes à acusação fiscal, implicando na nulidade do Auto de Infração, por inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Quanto a este ponto, saliento que tendo em vista a ausência parcial das vias das notas fiscais relacionadas pelo Sistema CFAMT, o processo foi convertido em diligência pela 1ª JJF, para que tais documentos fossem juntados ao processo, quando as suas cópias deveriam ser entregues ao sujeito passivo. Conforme tratarei mais adiante quando abordar sobre o mérito da autuação, em relação a esses documentos a exigência tributária restará descaracterizada, em decorrência justamente da falta de juntada desses elementos. Quanto aos demais documentos, entretanto, estando todos presentes aos autos e sendo de posse do contribuinte, não há que se falar em infringência a nenhum dos mencionados princípios.

O autuado pugnou, ainda, pela desconstituição dos créditos tributários correspondentes ao exercício 2002, sob a argumentação de que se encontravam alcançados pela decadência.

Observo que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela devida. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (o exercício de 2002) se iniciou em 01/01/2003, com prazo final em 31/12/2007. Como a ação fiscal se iniciou em 01/07/2007, data de emissão do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e o lançamento ocorreu em 29/11/2007, não há o que se falar em decadência. Acrescento que na presente situação, como o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo:

“Inicialmente rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de constituir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, visto que o artigo 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, prevê que o aludido direito extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso concreto, o citado prazo iniciou-se em 1º de janeiro de 2000 e seu termo ocorreu em 31 de dezembro de 2004, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29 de junho de 2004, portanto antes de operar a decadência.”

Em reforço ao entendimento aqui apresentado, saliento que em outras decisões mais recentes, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0009-12/08, cujo voto do insigne relator Nelson Antonio Daiha Filho transcrevo parcialmente, este Conselho de Fazenda continua mantendo o mesmo juízo a respeito dessa discussão:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No mérito, observo que o Auto de Infração trata de três imputações. No que se refere às infrações 02 e 03, o autuado as reconheceu como integralmente devidas, comprometendo-se a efetuar o recolhimento para posterior homologação. No caso da infração 02, foi aplicada da multa em decorrência de extravio de documentos fiscais. Estando comprovado nos autos a prática da irregularidade atribuída ao contribuinte, esta infração fica mantida integralmente.

Quanto à infração 03, que decorreu da omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, vejo que em manifestação posterior, o impugnante se insurgiu contra o percentual da multa, por entender que a imputação se referia à omissão de saídas, quando pleiteou que a mesma fosse reduzida para 1% sobre o valor total da omissão.

Observo que a base de cálculo apurada decorreu da comparação entre os valores correspondentes às notas fiscais de entrada constantes da relação acostada às fls. 547 a 551, no valor de R\$ 707.031,77 e aquele informado através da DME na fl. 544, no montante de R\$ 389.286,98, que resultou no importe de R\$ 317.744,79.

Enfatizo que de acordo com o § 2º do art. 335 do RICMS/97, que transcrevo em seguida, o contribuinte está obrigado a informar na DME todos os valores das receitas e pagamentos ou aquisições, em cada exercício, conforme segue:

“Art. 335. Os contribuintes inscritos na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte deverão apresentar, até o dia 28 de fevereiro de cada ano, a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte (DME) e, quando for o caso, a sua Cédula Suplementar (CS-DME), relativamente ao período do ano anterior em que a empresa esteve enquadrada no SimBahia.

...

§ 2º Na DME serão informados os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SimBahia, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência.”

Assim, tem pertinência a multa no percentual atribuído pela fiscalização, conforme estabelece o art. 42, inciso XII-A da Lei nº. 7.014/96, o que me conduz a manter esta infração de forma integral.

Cabe aqui registrar que por um equívoco, no caso da infração 02 o autuante deixou de citar que a multa aplicada se referia à alínea “b” do inciso XIX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, enquanto que em relação à infração 03, foi citado o inciso V, alínea “c” do mesmo artigo e Lei, quando o correto é inciso XII-A do art. 42. Saliento que, no entanto, as multas foram aplicadas de forma correta, significando que essas ocorrências não implicaram em nenhum prejuízo ao sujeito passivo.

Na infração 01 foi exigido o ICMS que deixou de ser recolhido, em decorrência da constatação de divergências entre as vias das mesmas notas fiscais, apurada através do cotejo das vias das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte com as vias retidas nos postos fiscais e aquelas obtidas por circularização junto aos destinatários.

Ressalto que considerando inexistir nos autos a comprovação da existência de calçamento em relação a diversas notas fiscais objeto da exigência tributária, tendo em vista ter sido identificada a ocorrência de equívocos nos períodos de apropriação de algumas notas fiscais e considerando ter sido observado que o crédito presumido de 8% sobre o valor apurado não houvera sido concedido, a 1ª JJF converteu o processo em diligência, para que o autuante adotasse as providências pertinentes.

Verifico que na realização da diligência, as determinações foram atendidas apenas de forma parcial. Em primeiro lugar, vejo que os valores resultantes da comparação entre as relações das notas fiscais coletadas a partir do Sistema CFAMT, cujas vias desses documentos não foram trazidas aos autos nem apresentadas ao contribuinte, foram mantidas no levantamento. Apesar de o autuante alegar que cabia ao sujeito passivo apresentar tais elementos, entendo que como os dados foram colhidos pela fiscalização, cabia a esta oferecer os documentos comprobatórios da ocorrência do “calçamento”, demonstrando que os valores constantes nas aludidas vias das notas fiscais divergia daquelas colhidas perante o contribuinte. Ressalto que as vias dos documentos aqui tratadas se referem àquelas que circularam acompanhando as correspondentes mercadorias, caso em que uma das vias foi retida pelos postos fiscais do percurso e a outra foi entregue ao destinatário, sendo possível ao fisco obter esses documentos, o que, entretanto, não ocorreu.

Deste modo, excluo da exigência os valores do exercício de 2002 concernentes às notas fiscais relacionados à fl. 34 e repetidas na fl. 1.058, cujas provas documentais não se encontram acostadas ao processo, devendo, entretanto, ser objeto de nova ação fiscal, a ser determinada pela autoridade competente, a teor do art. 156 do RPAF/99. Noto que os documentos fiscais do exercício de 2003 relacionados à fl. 674, que se encontram na situação aqui abordada, não foram mantidos pelo autuante na revisão realizada. Neste caso, também esses documentos devem ser incluídos na nova ação fiscal aqui recomendada.

Outro ponto não observado pelo diligente se refere às notas fiscais relativas ao exercício de 2002 que correspondiam a outros períodos. Assim, tendo em vista que as Notas Fiscais de nº.s 8.178 e 7.886 (fls. 540 e 543) foram emitidas no exercício de 2005, não podem ser mantidas na autuação, enquanto que a Nota Fiscal de nº. 4.346 (fl. 541) deve ser remanejada para o exercício de 2003, pois foi emitida em 26/02/2003. Observo que as notas fiscais relativas a períodos diversos daqueles objeto da presente autuação poderão ser incluídos em nova programação fiscal.

Quanto à orientação referente à concessão do crédito presumido, registro que foi atendida pelo autuante, conforme se verifica nos novos demonstrativos apresentados.

Assim, apresento na planilha abaixo os novos valores concernentes aos dois exercícios objeto da infração 01.

EXERCÍCIO	OPERAÇÃO	B. CÁLCULO (R\$)	CRÉDITO DE 8%	ICMS JULGADO
2002	INTERNA	122.263,07	9.861,04	11.003,68
2002	INTERESTADUAL	175.766,19	14.061,29	7.030,65
TOTAL 2002				18.034,33
2003	INTERNA	309.026,39	24.722,11	27.812,38
2003	INTERESTADUAL	197.420,37	15.793,63	7.896,81
TOTAL 2003				35.709,19
TOTAL GERAL				53.743,52

Desta forma, mantenho parcialmente a infração 01, passando o débito para o valor de R\$ 53.743,52. No que se refere à insurgência parcial do impugnante quanto ao percentual da multa indicada na autuação, não tem nenhuma pertinência, desde quando a sua aplicação está correta, por estar em perfeita conformidade com a previsão contida no art. 42, inciso V, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

Voto pela procedência parcial 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. **233014.0079/07-8**, lavrado contra **BAHIA MÓVEIS DE ITABERABA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$53.743,52**, acrescido da multa de 150% prevista no art. 42, incisos V, alínea “c” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$16.807,23**, previstas nos incisos XIX, alínea “b” e XII-A do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a instauração de procedimento fiscal para exigir a parcela do imposto reclamada a menos no que se refere à infração 01, em conformidade com a disposição contida no art. 156 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR