

PROCESSO - A. I. N° 269114.0501/08-0
RECORRENTE - A.C. DE PAULA NETO (D.H. INFORMÁTICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0012-01/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/09/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0254-12/09

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. FALTA DE INCLUSÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES NA DECLARAÇÃO DE MOVIMENTO ECONÔMICO (DME). MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O lançamento está baseado em cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT. As inconsistências identificadas nos atos processuais evidenciam a existência de vícios que fulminam a ação fiscal. Recurso **PREJUDICADO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 13/05/2008, para exigir multa no valor de R\$37.163,65 correspondente a 5% sobre o valor comercial das mercadorias, no montante de R\$743.273,10, referente a aquisições durante o exercício fiscalizado de 2003, 2004 e 2005, não informadas na DME. Consta que as omissões foram quantificadas efetuando-se as diferenças entre os valores lançados nas DME's (respectivamente aos anos de 2003, 2004 e 2005) e os valores levantados decorrentes do somatório das notas fiscais de entradas, respectivamente, nos mesmos exercícios.

O autuado apresenta defesa, fls. 479 a 490, arguindo preliminarmente que, independentemente das razões de mérito a seguir expostas, cabe argüir a nulidade da citada peça inicial ante a discrepância entre o histórico da autuação e o dos seus anexos e ainda entre estes e artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Afirma que nas peças anexas à autuação o fisco refere-se a uma suposta apuração do ICMS a recolher, pela omissão de entradas de mercadorias nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME., tomando como base no somatório das notas fiscais de entrada. Entende que a autuação é insubsistente, eis que não há embasamento.

Considera descabida a multa aplicada, vez que, do texto subscrito no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, cabe perguntar: qual a apuração do imposto no período, se a ora defendente estava, à época, sob a legislação do SimBahia, atual SUPER SIMPLES NACIONAL, pagando, mensalmente, o imposto de acordo com a faixa de faturamento em cumprimento das exigências legais do SimBahia?

Complementa que efetuou o pagamento do imposto através da cobrança de valores fixos mensais, conforme comprovam a documentação residente nos arquivos dessa repartição fazendária, tendo como referência a receita bruta ajustada declarada na DME do ano anterior. Entende que, como integrante do SimBahia, por força da Lei nº 8.967, de 29/12/2003, efetuou a Antecipação Parcial do Imposto, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, apurando mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, prevista no inciso IX do Art. 61, deduzindo o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (Art. 352-A), conforme comprova a documentação residente nos arquivos dessa repartição fazendária.

Afirma que o Auditor Fiscal não se deu ao mínimo trabalho de verificar, antes da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO que as mercadorias compradas, estavam com redução da alíquota do ICMS em face da proteção dada pelo CONVÊNIO ICMS 101/98.

Ressalta que a empresa, nas operações com produtos de informática e automação, provenientes de outros Estados, empata a sua carga tributária, porquanto os recebe com alíquota reduzida da base de cálculo do ICMS (7%) e, também, vende com a base cálculo do ICMS (7%) conforme determino o art. 87 do Decreto 6.284/97 (RICMS), com nova redação dada ao inciso V do *caput* do art. 87 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 6379, de 25/04/97, DOE de 26 e 27/04/97), tendo sido retificada pela Alteração nº 4 (Decreto nº 6903, de 16/10/97, DOE de 17/10/97). Acontece, também, nas operações com produtos de informática e automação, proveniente de dentro deste Estado, empata, também, sua carga tributária, porquanto os recebe com alíquota reduzida (7%), conforme determina o art. 87 do Decreto 6.284/97 (RICMS), com nova redação dada ao inciso V do *caput* do art. 87 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 6379, de 25/04/97, DOE de 26 e 27/04/97), tendo sido retificada pela Alteração nº 4 (Decreto nº 6903, de 16/10/97, DOE de 17/10/97).

Assevera que, em razão do procedimento da Malha Fiscal, o Sr. Fiscal ao aplicar no Auto de Infração, a multa de 5% (cinco por cento) deixou de dar tratamento diferenciado, a ora defendente, enquadrada como Microempresa, à época sob a legislação do SimBahia, descumprindo a lei Estadual, no art. 1º da Lei nº 10.646/2007, que dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, altera a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996.

Conclui que o tratamento dado pelo Sr. Fiscal à defendente é inconstitucional, devendo, pois, na pior das hipóteses ser reduzida a multa para 1% (um por cento) (art. 42, XI) ou 10 (dez) vezes o valor da Unidade Padrão Fiscal (UPF-BA), conforme estabelece o art. 42, XV “c” do RICMS, uma vez que conforme dito acima, a Defendente está amparada pela Lei da Microempresa mencionada acima, bem como pelo art. 87 (reduzida a base de cálculo do ICMS) do Decreto nº 6.284/97 e os Convênios ICMS nºs 23/97 e 101/98 (item 10 nesta peça).

Diante do exposto impugna o referido Auto, sob a alegação de que juridicamente é inválida a exigência contida no mesmo e seja reconhecido insubsistente o Auto de Infração.

O autuante, às fls. 504 a 507, apresenta a informação fiscal, alegando que a petição da defesa é inepta, haja vista que considera a multa imputada constante do art. 42, inciso XII da Lei 7014/96, quando na verdade a multa consubstanciada no Auto de Infração é a do art. 42, inciso XII-A da mesma Lei.

Entende que não cabe a alegação de que o autuado tem um movimento ínfimo, pois a multa incide sobre as entradas omitidas, cujas notas em nenhum momento alegou não serem suas. Destaca que a multa incide sobre as entradas não registradas na DME e não sobre todas as entradas do autuado.

Afirmam que o contribuinte estava sob o regime de apuração simplificado – SIMIBAHIA, tendo efetuado o pagamento do imposto através de valores fixos, fato não impeditivo da aplicação da aludida multa.

Apresenta informações contidas na DME para demonstrar a discrepância ocorrida nos seguintes exercícios:

	2003 (R\$)	2004 (R\$)	2005 (R\$)
ENTRADAS	304.909,68	341.938,00	533.565,05
SAÍDAS	96.737,30	102.057,00	119.863,50

Assim, conclui que há fortes indícios de sonegação.

Quanto à alegação do autuado de que efetuou antecipação e que existiam mercadorias com redução de alíquota, afirma que a infração não muda por esse motivo, pois a multa aplicada é formal, não havendo relação com o tipo de mercadoria comercializada.

Aduz que a multa constante do art. 42, inciso XII-A da Lei nº 7014/96, é específica para Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, integrantes do regime de apuração simplificado do SimBahia, não sendo inapropriada a sua aplicação ou mesmo incoerente, visto que foi a mesma Lei, acima referida, que fixou o regime diferenciado para as Micro e Pequenas Empresas.

O julgador de primeiro grau emitiu o seguinte voto:

“Versa o presente Auto de Infração sobre a omissão nas Informações Econômico Fiscais, apresentadas pelo autuado através da DME, de aquisições de mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 17 a 25.

Cabe consignar, preliminarmente, que não há como considerar inepta a petição de impugnação do Auto de Infração, em razão do erro na citação, pela defesa, da multa que foi aplicada pelo autuante, pois esse fato não se reveste na inexistência de fundamentos articulados na peça defensiva ou mesmo do pedido, vez que ambos foram alinhados, como se pode depreender, da própria informação fiscal, que rebate individualizadamente cada arguição formulada pelo defendente.

Ficam rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Verifico caber razão ao atuante quando afirma que o impugnante erra ao indicar que a multa aplicada do art. 42, inciso XII da Lei 7014/96, quando na verdade a multa consubstanciada no Auto de Infração é a do art. 42, inciso XII-A da mesma Lei.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XII-A - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.”

A multa incide apenas sobre as entradas omitidas, conforme notas constantes da relação às fls. 17 a 24 dos autos. Notas que o autuado não contesta corresponderem à aquisições de mercadorias por ele realizadas. Assim, a multa é incidente sobre as entradas não registradas na DME.

O fato de o contribuinte estar enquadrado no regime de apuração simplificado – SIMIBAHIA, tendo efetuado o pagamento do imposto através de valores fixos, não é fato impeditivo da aplicação da aludida multa, muito pelo contrário, a multa é específica para quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte, não havendo como alegar inconstitucionalidade ou ilegalidade quanto aos dispositivos que concedem tratamento diferenciado a esses contribuintes, pois se trata de uma penalidade de caráter formal por descumprimento de obrigação acessória imprescindível para a avaliação da condição do contribuinte estar ou não enquadrada no SIMIBAHIA.

Constato que não há, para aplicação da mencionada multa, excludentes quanto a mercadorias com redução de alíquota. Quanto à antecipação que alega ter efetuado relativa às notas constantes da relação, não foi confirmada com a apresentação dos aludidos documentos de arrecadação e ainda que os tivesse apresentado não excluiria a multa aplicada, pois não as informou na Declaração Eletrônica, razão da multa aplicada.

Pelo exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado o cometimento da infração que fora imputada ao autuado, eis que o mesmo não demonstrou a inclusão na DME das notas fiscais elencadas no levantamento, às fl. 17 a 24, elaborado pelo autuante.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente argui uma preliminar de nulidade, por cerceamento de direito de defesa, em face da JJF não haver dado vista à autuada acerca da informação fiscal, com inobservância de princípio constitucional.

No mérito, argumenta que, independentemente das razões de mérito, cabe arguir a nulidade da peça inicial, ante a discrepância entre o histórico da autuação e o dos seus anexos, e ainda, entre estes e artigos do RICMS dados como infringidos. Alega que nas peças anexas à autuação, o atuante refere-se a uma suposta apuração do ICMS a recolher, pela omissão de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME tomando como base o somatório das notas fiscais de entrada.

Prosseguindo afirma que a multa percentual de 5% aplicada ao auto é descabida. Como fundamentação transcreve o inciso XXII do art. 42 da Lei nº 7014/96, para em seguida perguntar, primeiro, qual apuração do imposto no período se a oro recorrente estava, à época, sob a legislação do SimBahia, pagando mensalmente o imposto, conforme disposto nos dispositivos que transcreve? Segundo, o recorrente, como integrante do SimBahia, efetuou antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais, apurado mediante aplicação da alíquota interna, conforme previsto no inciso IX do art. 61 da Lei nº 8.967/03, como comprova a documentação residente nos arquivos da repartição fazendária.

Alega ainda, que o fiscal autuante não verificou que as mercadorias compradas estavam com redução de alíquota, em face da proteção dada pelo Convênio ICMS 101/98.

Tece outras considerações sobre a ausência de prejuízo ao erário, tratamento diferenciado às microempresas, que possibilitaria a redução da multa para 1% ou para dez vezes o valor da UPF/BA, conforme estabelece o art. 42, XV, “c” do RICMS.

Requer, finalmente, a improcedência da ação fiscal.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob a fundamentação que se segue.

Alega a procuradora que, da análise dos autos não vislumbra a nulidade processual apontada, por falta de oportunidade de manifestação sobre a informação prestada pelo autuante, após a defesa, já que não houve fato novo alegado ou documento acostado, pelo que não havia razão para manifestação do autuado.

No mérito, entende que o contribuinte, ora recorrente, fundamenta as razões recursais em multa diferente da que foi aplicada no presente caso, já que o fundamento legal para a exigência fiscal dos autos é o art. 42, XII-A da Lei nº 7.014/96, e não o art. 42, XII da referida lei. E conclui, ressaltando que *“Tal diferença é suficiente para que todos os argumentos elencados no Recurso Voluntário percam o sentido, já que se referem a fatos distintos dos constantes dos autos. A questão de ser o autuado inscrito no SimBahia e hoje no SIMPLES NACIONAL, em verdade corrobora com a autuação, já que o dispositivo legal infringido e objeto da acusação é pertinente e exclusivo a quem desse sistema faz parte. Note-se que o inciso XII-A foi introduzido pela Lei nº 8.542/02, com efeitos a partir de 01/01/03. Diante disso, acompanho o entendimento da JF e entendo que o Recurso não deve ser provido”*.

VOTO

Da análise das peças que integram os autos deste processo, deparei-me com uma série de inconsistências que impedem que se adentre ao exame do Recurso Voluntário.

A acusação é de que o contribuinte *“omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME...”* nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, e que as ditas omissões *“foram quantificadas efetuando-se as diferenças entre os valores lançados nas DMEs e os valores levantados decorrentes do somatório das notas fiscais de entradas, respectivamente aos anos de 2003, 2004 e 2005”*.

Ora, como primeira inconsistência do lançamento, destaco que apesar do levantamento envolver três exercícios distintos 2003, 2004 e 2005, o autuante considerou como data de ocorrência e de vencimento a mesma da lavratura do Auto de Infração, ou seja, 13/05/2008, quando, no presente caso, deveria ter sido considerado a data da efetiva entrega de cada DME.

Vejo, também, que à fl. 07 dos autos consta um instrumento intitulado “Termo de Início de Fiscalização”, do qual o representante legal da empresa autuada tomou ciência no dia 07/05/2008. Nesta mesma data, consta à fl. 09 um Termo de Entrega de Documentos Fiscais, indicando que entregou ao representante legal da empresa autuada uma Listagem de Notas Fiscais de Entrada relativa aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, no total de 10 (dez) folhas, sem indicação da origem ou da forma de obtenção das cópias reprográficas e de algumas 3ª e/ou 4ª vias das notas fiscais

que compõem a citada listagem, inexistindo a comprovação de que foi entregue ao contribuinte cópia de todas essas notas fiscais.

Chama a atenção, também, que à fl. 08 contém um Termo de Intimação entregue ao representante legal da empresa autuada no dia 07/05/2008, ou seja, na mesma data em que foi iniciada a ação fiscal, com o seguinte teor: *“Nos termos da legislação vigente, fica o contribuinte acima qualificado, intimado a apresentar a esta Fiscalização, nesta Inspeção, na data indicada abaixo, contestação aos demonstrativos oferecidos para conferência e os documentos correspondentes. Após este prazo, não havendo manifestação da empresa, será lavrado o Auto de Infração. Data: 14/05/2008 Hora: 09:30h Local: Infaz Varejo”* (grifos não originais).

O que se extrai do documento acima é que o autuante já iniciou a fiscalização de posse das notas fiscais que utilizou para elaborar as referidas listagens, sem constar citação de como e quando as obteve e, o que é mais grave, desconsiderou o prazo que houvera concedido à empresa para contestar os demonstrativos por ela elaborados, ou seja, estipulou na intimação a data de 14/05/2008 como sendo a data final para manifestação pelo autuado, porém, lavrou o Auto de Infração no dia anterior, isto é, 13/05/2008, antes de findo o prazo que houvera concedido.

E não param por aí as discrepâncias e inconsistências presentes no procedimento fiscal. À fl. 10 dos autos consta uma declaração assinada pelo representante legal do autuado no dia 19.05.2008, em papel timbrado da Secretaria da Fazenda, portanto, em data posterior à lavratura do Auto de Infração, nos seguintes termos: *“Declaro que não há lançamentos indevidos nos demonstrativos fiscais e nos documentos correspondentes oferecidos anteriormente para conferência (intimação anexa), todos referentes ao auto de Infração citado”*.

De maneira que são tão evidentes as discrepâncias identificadas no bojo do Auto de Infração, referentes aos atos processuais praticados pelo fiscal autuante, que dispensam maior análise ou considerações, já que caracterizam com toda clareza a existência de uma série de vícios que fulminam o Auto de Infração, inclusive em relação ao confronto das notas fiscais com o total informado nas DME situação esta em que o autuante deveria ter indicado quais as notas fiscais que integram a DME, culminando com a anexação de uma declaração do contribuinte que não merece o menor crédito, porque, como já dito acima, elaborada em data posterior à lavratura do Auto de Infração e em papel com timbre da Secretaria da Fazenda, o que a inquina de absoluta suspeição.

Em face do exposto, considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário e, nos termos do art. 21 do RPAF, decreto, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a repetição dos atos, se for o caso, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 269114.0501/08-0, lavrado contra **A.C. DE PAULA NETO (D.H. INFORMÁTICA)**. Recomenda-se a repetição dos atos, se for o caso, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS