

PROCESSO - A. I. N° 206952.0600/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BWF COMÉRCIO DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. (ELÉTRICA BWF)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 07/10/2009

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0271-11/09

EMENTA: ICMS. CALÇAMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. REGIME SIMBAHIA. APLICABILIDADE DO CRÉDITO PRESUMIDO DE 8%. Representação com base no art. 119, II, § 1º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB). Tratando-se o contribuinte autuado de empresa inscrita no regime SimBahia à época da autuação, na prática de infração de natureza grave, hipótese dos autos, o ICMS exigido deve ser calculado pelos critérios e alíquotas normais, concedendo-se o crédito de 8%. Representação **ACOLHIDA**, para ser julgado Procedente em Parte o Auto de Infração, com a aplicação do crédito presumido de 8% no cálculo do valor exigido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através da presente Representação – fls. 1.103 a 1.106 - a PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, §1º, combinado com o art. 136, §2º da Lei n° n° 3.956/81 – COTEB – encaminha o processo em epígrafe a uma das Câmaras deste Conselho para que seja apreciado o lançamento de ofício epigrafado e decretada a nulidade do lançamento de ofício.

A Representação em tela teve como base petição interposta pelo sujeito passivo – fls. 1.072 a 1.089 – em sede de controle de legalidade, onde o mesmo apresenta os seguintes argumentos, em síntese, após discorrer sobre a autuação, para ao final requerer a nulidade ou a retificação do valor inicialmente exigido:

- I. que o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para imputar-lhe a prática de calçamento de notas fiscais, ou seja, divergência de informações entre vias das mesmas notas fiscais, constando na via fixa do talão valor inferior em relação à 1^a via emitida, exigindo-se ICMS tendo como base de cálculo a suposta diferença entre a 1^a via emitida e as vias fixas dos talões;
- II. que, no entanto, o lançamento fiscal padece de nulidade por cerceamento de direito de defesa, sem observância ao devido processo legal, nos termos do art. 18, II do RPA/BA, já que o fiscal autuante não entregou ao autuado cópias destas supostas primeiras vias emitidas, impedindo, assim, que seja apurada a veracidade do levantamento elaborado pelo Fisco;
- III. que, ainda, a autuante desconsiderou que a empresa, durante o período autuado, estava enquadrada no regime do SimBahia, ao exigir o valor do ICMS como regime normal, aplicando a alíquota de 17% - quando deveria lhe ser exigido imposto aplicando-se os valores fixos correspondentes à sua faixa de receita bruta ajustada - o que representa um ato contrário à própria legislação, por ausência de previsão legislativa que autorize a perda do tratamento simplificado em autuações e por ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que a mesma alíquota aplicada à autuada é aplicada aos contribuintes normais, aos quais é assegurado o direito ao crédito fiscal garantido pela Carta Magna e pelo RICMS/BA;

IV. que, ainda, mesmo que fosse considerada a previsão do regulamento do ICMS na época da autuação, não seria correta a forma de apuração adotada pelo fiscal autuante, pois não lhe foi concedido o crédito presumido de 8% (oito por cento) sobre a base de cálculo prevista no §1º do art. 408-S do RICMS/BA, devendo ser retificado o valor da exigência fiscal, considerando o referido crédito, remanescente, assim, a diferença de R\$60.352,26.

A PGE/PROFIS, após análise do referido pedido, interpôs a Representação em tela, aos seguintes fundamentos:

- I. que em relação à tese do sujeito passivo de cerceio de direito de defesa e violação ao contraditório, pela não entrega das primeiras vias das notas fiscais, não merece guarida, não carecendo de qualquer fundamento jurídico e sequer arrimo lógico, pois tais primeiras vias são emitidas pelo próprio contribuinte, sendo seu conteúdo, portanto, de pleno conhecimento do emitente, além do que o RPAF prevendo tal situação preconiza como hipótese de indeferimento de diligencia probatória quando o fato a ser provado estiver em documentos de posse do contribuinte ou, ao menos, seja do seu completo conhecimento, os termos do art. 47, I “b”;
- II. que, no entanto, em relação ao exame de mérito da matéria, melhor sorte merece o sujeito passivo, uma vez que, tratando-se de infração grave a conduta por ele praticada, o desenquadramento se operou de ofício, aplicando-se, portanto, os ditames normativos atinentes às empresas do regime normal, conforme impunha o art. 19 da Lei do SimBahia, devendo ser concedido o crédito presumido de 8%, previsto no §1º do referido dispositivo;
- III. que, assim, em face do expedito, encaminhe-se a Representação ao CONSEF, para apreciação da nulidade da ofertada pela PGE/PROFIS.

VOTO

Inicialmente, cumpre consignar que a representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, encontra previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, *in verbis*:

“Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em auto de infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato”.

Como se dessume da simples leitura do permissivo legal, compete à PGE/PROFIS representar ao Conselho de Fazenda Estadual sempre que verificar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, cabendo a esse órgão de julgamento apreciar o fato. Não está o Conselho de Fazenda, portanto, jungido ao pedido formulado pelo representante da PGE/PROFIS. É sua atribuição analisar os fatos relatados e, se ficar realmente evidenciado o defeito apontado, acolher a representação proposta, dando a essa decisão o efeito jurídico compatível com a espécie de vício ou de ilegalidade apontada.

Em outras palavras, é o Conselho de Fazenda que dirá os efeitos decorrentes da irregularidade indicada pela PGE/PROFIS, não se podendo falar em limitação da Representação quanto ao seu objeto, até mesmo porque isso levaria à esdrúxula conclusão de que se poderia fechar os olhos diante de uma ilegalidade pelo simples fato de não ter sido formulado o pedido que julga adequado.

A irregularidade de que ora se trata, contudo, não conduz à nulidade deste Auto de Infração, como concluiu o ilustre procurador-assistente da PGE/PROFIS.

E, de fato, se no cálculo do imposto devido o fiscal autuante deixou de deduzir o crédito de 8% previsto na legislação de regência do regime simplificado do SIMBAHIA, então vigente, tal fato não se subsume em mácula de cunho insanável a exigir a nulidade do lançamento de ofício. Aliás, registre-se que o próprio sujeito passivo, provocador da referida Representação, em sua petição de fls. 1.072 a 1.089, apresenta como pedido alternativo a retificação do valor da exigência

fiscal para que seja considerado no *quantum debeatur* o crédito presumido de 8%, e não sua nulidade por tal fato. Solicita, sim, nulidade do lançamento por outro fundamento – não entrega das primeiras vias dos documentos fiscais - fundamento este devidamente rechaçado pela PGE/PROFIS nos termos acima relatados.

Ora, como é cediço, e encontra amparo no §1º do art. 18 do RPAF/BA, as eventuais incorreções e omissões não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo tais incorreções e omissões ser corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se a este no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar.

Assim, nada impede que em sede de controle da legalidade, a Procuradoria Estadual, instada a efetuar tal correção, a pedido do sujeito passivo, o faça, dando plena eficácia ao dispositivo regulamentar citado.

Neste sentido, ao apreciarmos a autuação, verifica-se que se imputou ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais – prática denominada de calçamento de nota fiscal – conforme comprovam as primeiras vias dos referidos documentos fiscais em confronto com as vias fixas dos talões, acostadas aos autos através dos seus anexos, no total de 451 notas fiscais, bem como declarações dos destinatários dos referidos documentos fiscais.

Em se tratando de infração de natureza grave – caso dos autos - cometida por contribuinte inscrito no Regime SimBahia, à época dos fatos geradores da presente autuação, determina o art. 19 e seu §1º da Lei nº 7.357/98, que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, devendo ser utilizado o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais (vide dispositivos abaixo transcritos), possibilitando-se, ainda, ao sujeito passivo, comprovando que os créditos devidos são superiores a este percentual, utilizar tais créditos.

“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.”.

“Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

§ 2º Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher.”.

“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.”

“Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 150% do valor do imposto:

c) quando houver divergências de informações em vias do mesmo documento fiscal, que impliquem recolhimento a menos;”

Verificando os demonstrativos de débito acostados aos autos – vide fls. 12, 14 a 19 e 21 a 27 - constatamos que de fato não foi deduzido no cálculo do imposto a ser exigido o crédito presumido de 8% ao qual alude o dispositivo legal retro citado, exigindo-se, assim, que tal

omissão, seja sanada, como requerido pelo sujeito passivo em sua petição de fls. 1.072 a 1.089, que ensejou a Representação ora em apreciação, restando devido o valor de R\$60.352,28, conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO									
Seq.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Base de Cálculo	Aliq. (%)	ICMS Exigido	Crédito 8%	ICMS Devido	Multa	
1	31/01/2007	09/02/2007	55.142,28	17	9.374,19	4.411,38	4.962,81	150	
2	28/02/2007	09/03/2007	66.801,04	17	11.356,18	5.344,09	6.012,09	150	
3	31/03/2007	09/04/2007	13.448,80	17	2.286,30	1.075,90	1.210,40	150	
4	30/04/2007	09/05/2007	9.073,84	17	1.542,55	725,91	816,64	150	
5	31/05/2007	09/06/2007	19.404,59	17	3.298,78	1.552,37	1.746,41	150	
6	30/06/2007	09/07/2007	5.355,77	17	910,48	428,46	482,02	150	
7	31/07/2007	09/08/2007	40.582,11	17	6.898,96	3.246,57	3.652,39	150	
8	31/08/2007	09/09/2007	24.260,22	17	4.124,24	1.940,82	2.183,42	150	
9	30/09/2007	09/10/2007	30.644,30	17	5.209,53	2.451,54	2.757,99	150	
10	30/11/2007	09/12/2007	10.771,56	17	1.831,17	861,72	969,45	150	
11	31/12/2007	09/01/2008	19.481,57	17	3.311,87	1.558,53	1.753,34	150	
12	31/01/2008	09/02/2008	22.930,06	17	3.898,11	1.834,40	2.063,71	150	
13	29/02/2008	09/03/2008	25.066,22	17	4.261,26	2.005,30	2.255,96	150	
14	31/03/2008	09/04/2008	55.212,29	17	9.386,09	4.416,98	4.969,11	150	
15	30/04/2008	09/05/2008	52.830,63	17	8.981,21	4.226,45	4.754,76	150	
16	31/05/2008	09/06/2008	52.696,36	17	8.958,38	4.215,71	4.742,67	150	
17	30/06/2008	09/07/2008	101.255,61	17	17.213,45	8.100,45	9.113,00	150	
18	31/07/2008	09/08/2008	64.453,70	17	10.957,13	5.156,30	5.800,83	150	
19	31/08/2008	09/09/2008	1.169,75	17	198,86	93,58	105,28	150	
TOTAL			670.580,70		113.998,74	53.646,46	60.352,28		

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração.

Por fim, ressalte-se que em se tratando a infração imputada de Crime contra a Ordem Tributária, nos termos da Lei nº 8.137/90, deve ser dado ao presente processo o encaminhamento disposto no art. 923 do RICMS/BA, que reproduzimos:

“Art. 923. Os setores competentes da Secretaria da Fazenda, ao tomarem conhecimento de fato que possa caracterizar infração penal de natureza tributária, tal como crime de sonegação fiscal ou crime contra a ordem tributária, conforme previsto na legislação pertinente, farão representação, a ser encaminhada ao Ministério Público para início do processo judicial (Lei federal nº 4. 729/65, arts. 1º a 3º e 7º, e Lei federal nº 8.137/90, arts. 1º a 3º, 14 e 16).

Parágrafo único. O processo fiscal instaurado na esfera administrativa independe da apuração do ilícito penal.”

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206952.0600/08-6, lavrado contra **BWF COMÉRCIO DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. (ELÉTRICA BWF)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.352,28**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser adotada a providência sugerida no último parágrafo do voto da relatora e após ser encaminhado a PGE/PROFIS.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS