

A. I. Nº - 279467.0045/07-5
AUTUADO - LATICÍNIO CINCOEMES LTDA.
AUTUANTE - ARNALDO OLIVEIRA NOVAES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 07.04.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068-01/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS - DME. OMISSÕES DE OPERAÇÕES DE ENTRADAS. MULTA. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração não contestada. Pedido de diligência rejeitado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/12/2007, exige o valor de R\$113.884,89, pelo cometimento das infrações tipificadas na forma a seguir discriminadas:

- 1 - Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime de Simplificado de Apuração do ICMS, nos meses de maio e junho de 2003 e de janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido o valor de R\$95.723,19 e aplicada multa de 50%;
- 2 - Recolhimento a menos do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime de Simplificado de Apuração do ICMS, de julho a dezembro de 2004, sendo exigido o valor de R\$10.511,93 e aplicada multa de 50%;
- 3 - Omissão de entradas mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME - Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, nos exercícios de 2003 a 2006, sendo cobrado o valor de R\$7.279,77 atinente a multa de 5 % sobre o valor das operações;
- 4 - Falta de apresentação de Documento Fiscal – notas fiscais de entradas e de saídas relativas ao exercício de 2005, quando regularmente intimado, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$370,00.

Constam dos autos: “Planilha de Cálculo para Recolhimento de ICMS Empresas SimBahia”, exercício 2003 - fl. 11, exercício 2004 – fl. 87 e exercício 2006 – fl. 41; planilha “Notas Fiscais Capturadas pelo CFAMT”, exercício 2003 - fl. 109, exercício 2004 - fl. 116, e exercício 2006 – fl. 126; cópias do livro Registro de Saídas - LRS, fls. 12 a 26, 42 a 86 e 89 a 103, e do livro Registro de Entradas, fls. 27 a 40; DME – 2003, fls. 110 e 111, DME – 2004 – fls. 117 e 118, e DME – 2005, fls. 126 e 127; notas fiscais 112 a 142.

O autuado ingressa com defesa, tempestivamente, fls. 147 a 153, observando inicialmente que é pessoa jurídica atuando no “Comércio de Leite” conforme inscrição junto ao próprio CAD-ICMS/BA, há mais ou menos 08 anos e que durante todo esse período sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, sejam principais ou acessórias.

Informa que existe um erro na apuração do suposto crédito tributário, vez que o referido Auto de Infração cobra ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte - SimBahia, referente à venda de

leite pasteurizado, fato que conforme prevê a Isenção das Operações com Produtos Hortifrutigranjeiros, Agropecuários e Extrativos Animais e Vegetais, prevista no art. 14 do RICMS-BA/97. Observa que são isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais, e no inciso XII - nas saídas internas de leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura, de leite pasteurizado do magro, reconstituído ou não, com 2,0 % de gordura e de leite pasteurizado tipos A e B (Conv. ICMS 25/83 e Conv. ICMS 121/89), infração 01.

Salienta que opera exclusivamente com leite pasteurizado, tendo como seu principal cliente a EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A-EBAL, conforme cópia dos contratos em anexo, que deixa claro sobre o fornecimento diário de Leite em Saco de 500 ml e 1.000 ml, bem como sobre a divisão de valores pagos, sendo 50% (cinquenta por cento) do valor pagos a empresa e 50% (cinquenta por cento) pagos diretamente aos produtores.

Em relação à infração 02 afirma que o valor cobrado pelo recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, também não deve prosperar tendo em vista que são receitas oriundas de venda de leite e também isenta conforme previsto no art. 14 do RICMA-BA/96.

Quanto à infração 03 que trata da omissão de entrada de mercadoria (leite) que esta sendo cobrado, esclarece que os fornecedores todos são produtores rurais autônomos, e que não emitem nota de saídas, e que toda a entrada desse leite é pasteurizado e fornecido ao programa Fome Zero, conforme contrato que diz anexar às fls. 154 a 157.

Ressalta, que o princípio constitucional da ampla defesa, consagrada também no processo administrativo, pela jurisprudência majoritária e, por ser indispensável ao esclarecimento da controvérsia apontada e pela busca da verdade real, requer seja respondido pelo autuante os seguintes questionamentos: 1º) Porque o DD. Auditor Fiscal verificou sobre o tipo de mercadoria exposta nas Notas Fiscais de Saídas?; 2º) Porque o autuante não levou em conta Art. 14, inciso II.

Esclarece que a existência de uma escrita regular não representa um limite aos poderes de investigação do Fisco, que pode valer-se de qualquer meio de prova legal para impugnar a veracidade dos fatos nela registrados, conforme é de regra num procedimento inquisitório. Entretanto, a existência da escrita regular impede a aplicação dos recursos do arbitramento e da presunção, na fase inicial da investigação, impedindo a substituição da base de cálculo primária por uma base de cálculo subsidiária.

Acrescenta que existindo escrituração regular, o Fisco está vinculado à sua adoção como base de prova da base de cálculo primária podendo socorrer-se de outros meios probatórios se assim julgar necessário. Observa ainda que de acordo com o previsto no art. 23 do Código Comercial e no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Livros Fiscais fazem prova em favor de quem os escritura, e estes dispositivos dizem claramente que os livros laboram como elemento de prova em favor do sujeito passivo da obrigação, dos atos e fatos neles registrados e, caso comprovada a imprestabilidade ou inexistência, bem como a recusa da sua apresentação é que poderá o Fisco utilizar outras formas, dentro da previsão legal, para substituição da prova primária, de forma a obter as informações necessárias para realizar a análise, e decorrente lançamento.

No tocante à multa aplicada o autuado diz com o advento da Lei 9.298/96 a multa por inadimplemento no Brasil, passou para o máximo de 2%, dado a nova realidade econômica atualmente reinante no país.

Ressalta que a pretensão de multas na ordem de 80% a 100% do valor da obrigação, como pretende o Fisco no caso “sub examine” seja em virtude do inadimplemento ou proveniente da configuração objetiva de infração fiscal, onera sobremaneira o contribuinte, não encontrando guarida na atualidade nacional, além de configurar-se em patente enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual.

Arremata asseverando que a aplicação de multas como a ora pretendida, afigura-se na forma de confisco, vedado em nosso Direito Tributário Constitucional. Para corroborar sua tese transcreve trecho da obra dos juristas Sacha Calmon e Orlando de Pília Filho, fls. 151 e 152.

Conclui o autuado requerendo a improcedência do Auto de Infração e no caso de não ser acatado seu pedido que seja reduzida a multa para o percentual de 2% de acordo com a Lei 9.298/96.

O autuante ao prestar informação fiscal, fls. 180 a 181, depois de transcrever as infrações cometidas, observa que o autuado alegou que o Auto de Infração não tem amparo legal, em seguida, apresenta as seguintes ponderações:

- 1 - O autuado se encontra inscrito na condição de SimBahia, e nesta condição, pode mudar de faixa de recolhimento em função do volume de aquisições efetuadas em determinados exercício;
- 2 - O autuado passou para a faixa de Empresa de Pequeno Porte no período em foi autuado;
- 3 - Os contribuintes inscritos na condição de Empresa de Pequeno Porte efetuam recolhimentos de ICMS com base na receita bruta, observada as deduções no art. 384-A do RICMS-BA/97;
- 4 - Em se tratando de Empresa de Pequeno Porte não importa se a receita é oriunda de mercadoria tributada ou não.

Conclui o autuante pela procedência do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento os membros da 5ª JJF, depois de examinarem os autos e constatarem a inexistência de provas de que o autuado recebera cópias dos demonstrativos e das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, decidiram, por unanimidade, baixar os autos em diligência para fornecimento ao autuado, pela INFAZ de origem, de cópias de todos os demonstrativos de apuração e das notas fiscais, fl. 185, e fosse reaberto o prazo de defesa de trinta dias para que o autuado, caso desejasse, se manifestasse nos autos. A diligência foi atendida parcialmente, fl. 187, pois, não fora reaberto o prazo para o autuado se manifestar. Os autos foram novamente enviados à INFAZ de origem para a reabertura do prazo.

Depois de receber as cópias da documentação e da reabertura do prazo de defesa, o autuado em manifestação carreada aos autos, fls. 194 a 200, reiterou integralmente suas argumentações já aduzidas em sua defesa, mantendo seu pedido de redução da multa para 2% independentemente de ser o Auto de Infração julgado improcedente, procedente ou parcialmente procedente.

VOTO

O Auto de Infração é composto de quatro infrações, as quais passo a analisar individualizadamente em relação ao mérito de cada uma delas.

As infrações 01 e 02 tratam da falta de recolhimento fora do prazo regulamentar e do recolhimento a menos do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia.

De plano, deixo de acatar o pedido de diligência solicitado pelo sujeito passivo, tendo em vista não restar dúvida alguma nos autos acerca das questões perquiridas, vez que o autuante, como claramente se depreende da informação fiscal prestada, fls. 180 e 181, não desconhecia a mercadoria comercializada pelo autuado e, muito menos, deixou de atentar para a isenção prevista no inciso XII do art. 14 do RICMS-BA/97.

Constatada na assentada de julgamento que não haviam sido entregues ao autuado cópias dos demonstrativos de apuração do débito, bem como das notas fiscais obtidas pelo CFAMT, a 5ª JJF baixou os autos em diligência para o preenchimento desta lacuna.

Em manifestação, depois de cumprida a diligência determinada pela 5ª JJF, ao autuado reiterou suas alegações defensivas sem acrescentar elemento novo algum.

A defesa concentra sua argumentação de que a exigência é indevida, tendo em vista que seu estabelecimento somente comercializa com a mercadoria “leite pasteurizado” que, de acordo com o inciso XII do art. 14 do RICMS-BA/ 97 é isenta do pagamento do ICMS.

Depois de analisar todos os elementos que compõem os autos, precipuamente os resultados da apuração do imposto devido, constantes dos demonstrativos elaborados pelo autuante, exercício 2003, fl. 11, exercício de 2006, fl. 41 e o exercício de 2004, fl. 87, conjuntamente com as cópias do livro Registro de Saídas colacionadas aos autos, fls. 12 a 102, constato que os procedimentos adotados pelo autuante estão corretos, vez que foram elaborados com base nas entradas e saídas de mercadorias escrituradas e apresentadas à fiscalização, e resultou em valores superiores ao apurado e recolhido pelo autuado.

Ressalto que o contribuinte que optar pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia fica condicionado a apurar o imposto na forma determinada e nos limites previsto na lei. Inexiste previsão legal para tratamento diferenciado na apuração do imposto devido pelo regime simplificado em função do tipo de tributação inerente à mercadoria comercializada, como aduziu o autuado, por operar somente com mercadorias isentas. O art. 384-A, § 1º, incisos I e II combinado com o art. 399-A do RICMS-BA/97 que tratam, respectivamente, dos critérios para fins de adoção do tratamento tributário de que cuida o SimBahia e das restrições para o enquadramento neste regime, não prevêem exclusão das saídas de mercadorias isentas no cálculo da receita bruta aplicada na apuração do imposto devido, através da receita bruta, ou seja, inexistente qualquer tratamento específico para mercadorias beneficiadas com isenção. Portanto, entendo que, por ser o enquadramento no regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia uma opção do contribuinte que atender aos requisitos exigidos, enquanto se mantiver enquadrado deve cumprir integralmente a legislação pertinente ao regime SimBahia.

Por tudo isso, mantenho as infrações 01 e 02, na forma dos demonstrativos de débitos constantes à fls. 11, (exercício de 2003), fl. 41. (exercício de 2006), fl. 87, (exercício de 2004).

A infração 03 versa sobre a omissão de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através da DME.

A defesa, em relação à omissão de entrada de mercadorias, esclarece apenas que todos seus fornecedores são produtores rurais autônomos e que não emitem notas fiscais de saídas, sendo o leite pasteurizado e fornecido ao programa Fome Zero.

Ao compulsar os autos constato que o levantamento fiscal para apuração da multa, conforme se verifica através dos Demonstrativos I e das cópias das notas fiscais de entradas, fls. 103 a 142, foi elaborado a partir das notas fiscais capturadas pelo CFAMT que, após confrontadas com as notas fiscais apresentadas pelo autuado, registradas em seu livro Registro de Entradas apresentado, e declaradas nas DMEs resultou nas diferenças apuradas. Portanto, entendo restou comprovado a infringência do inciso IV do art. 408-C do RICMS-BA/97, cabendo, portanto a multa aplicada de 5 % sobre o total das operações.

Depois de constatar a consentaneidade da apuração, acolho o procedimento do autuante e considero subsistente a infração 03.

No que se refere à infração 04, que trata da não apresentação, das notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias referente ao exercício de 2005, verifico, consoante Intimações Fiscais, às fls. 09 e 10 que o autuado fora efetivamente intimado e não atendeu ao quanto lhe solicitado. Ademais, em sua defesa, o autuado não apresentou justificativa alguma para sua ação omissiva.

Por isto, entendo que também a infração 04 é inteiramente subsistente.

Em relação a alegação defensiva de que a Correção Monetária, Acréscimo Moratório e a Multa aplicadas no presente Auto de Infração se configura *bis in idem*, instituto totalmente repudiado em

nosso Direito Positivo, por representar enriquecimento ilícito por parte da fazenda pública, considero desprovida de fundamento, haja vista que todos os dispositivos apontados pelo autuado encontram guarida no art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, Lei nº 3.956/81, e no art. 51 da Lei 7.014/96, e foram devidamente aplicados.

Ademais, ressalto que não figura entre as atribuições das Juntas de Julgamento deste CONSEF a competência para decidir acerca da legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Ante o exposto, concluo que restou comprovado nos autos o cometimento das infrações por parte do autuado, eis que recolheu a menos e deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte, omitiu a entrada de mercadorias no estabelecimento na informações econômico-fiscal na DME e deixou de apresentar quando regularmente intimado as notas fiscais de entradas e de saídas do exercício de 2005, bem como, verifico estar a tipificação das multas sugeridas, para cada uma dessas infrações, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279467.0045/07-5**, lavrado contra **LATICÍNIO CINCOEMES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.235,12**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso 1, alínea “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$7.649,77**, previstas, respectivamente, nos incisos XII-A e XX “c”, do art. e lei citados, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR