

A. I. N.º - **157064.0001/05-8**  
AUTUADO - **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA.**  
AUTUANTE - **JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA**  
ORIGEM - **INFAZ ATACADO**  
INTERNET - **20.04.2009**

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0071-02/09**

**EMENTA: ICMS.** 1. SIMBAHIA. EMPRERESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Rejeitadas as arguições de decadência. Foi demonstrada a pertinência da exigência. 2. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. RECEITAS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Foi considerado subsistente o crédito tributário exigido no exercício de 2001 e nulo o respectivo lançamento, concernente ao exercício de 2002, com base no art. 18, II, “a” do RPAF/BA, pois a imputação contém exigências conflitantes, carecendo de elementos suficientes para se determinar, com segurança, o montante o imposto devido, bem como a infração que resultou da metodologia utilizada para apuração do imposto. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2005, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total exigido de R\$ 405.917,56, conforme infrações a seguir imputadas:

- 1 – Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – Simbahia. ICMS no valor de R\$ 26.849,20, multa de 50%;
- 2 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 379.068,36, multa de 70%. Consta que as receitas e compras mensais, computadas para efeito de pagamento do ICMS, são inferiores aos valores declarados na DME.

O autuado, às fls., 190 a 211, apresenta a impugnação, ao Auto de Infração, alegando decadência do exercício de 2000, pois, apesar de o auto de infração ter sido lavrado em dezembro de 2005, o autuado somente tomou ciência do mesmo em fevereiro de 2006, isto é, depois de transcorrido um decurso de tempo de mais de cinco anos, operando-se, portanto, a decadência.

Argumenta que o ICMS exigido, no caso em tela, é um tributo lançado por homologação. A contagem do prazo decadencial neste caso é feita na forma do art. 150, § 4º do CTN: Art. 150, § 40. Entende que, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Complementa que, salvo a hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial nos tributos lançados por homologação será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador. A jurisprudência do Conselho de Contribuintes é uniforme em reconhecer a data da ocorrência, do fato gerador como termo inicial para a contagem do prazo de decadência nos casos de impostos por homologação. Apresenta ementas de decisões do Conselho de Contribuintes Federal, bem como do STJ.

Entende que o lançamento, como se sabe, é constitutivo do crédito tributário e apenas declaratório da obrigação correspondente. Para que o ato de lançamento seja válido e eficaz é necessária à

notificação do contribuinte acerca da lavratura do mesmo. A notificação do lançamento tributário ao sujeito passivo é, portanto, da essência do procedimento, não bastando somente a existência do auto de infração, sendo preciso que o sujeito passivo seja cientificado de sua lavratura. A notificação do sujeito passivo é indispensável para a formação de uma relação processual válida. Relata doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho, Paulo de Barros Carvalho.

Afirma que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende ser a notificação do sujeito passivo condição de eficácia do Auto de Infração.

Assegura que não procede a autuação referente à infração 2 do exercício de 2001, já que houve erro por parte da autuante em considerar a operação de remessa para venda fora do estabelecimento como tributada pelo ICMS, conforme pode se observar da análise das notas fiscais em anexo (docs. 03/04/05). Esta operação está fora do campo de incidência do ICMS. O auditor alterou os fatos e cometeu, portanto, erro de interpretação. Além disso, cometeu ilegalidade ao desrespeitar a Instrução de preenchimento da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte - DME - elaborada pela própria Secretaria da Fazenda (doc. 6).

Informa os valores totais de outras saídas ou receitas, diferentes daquelas oriundas de vendas ou transferências de mercadorias e/ou produção e prestações de serviços, lançadas nas linhas 01 a 06 do quadro de saídas, tais como: prestações de serviços sujeitas ao ISS, remessas para armazenagem, remessas para exposição em feira ou para demonstração, amostras grátis, brindes, alugueis, receitas financeiras, operações ou prestações fora do campo de incidência do ICMS.

Aduz que o auditor, com base na DME de 2001, considerou outras saídas/receitas no valor de R\$2.869.472,33 (dois milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e setenta e dois reais e trinta e três centavos), relacionadas com operações de remessa para vendas de mercadoria em trânsito, como tributadas pelo ICMS, incorrendo em erro crasso, desde que desrespeitou tanto o RICMS/97, quanto instrução normativa da SEFAZ.

Argumenta que, quando ocorre remessa de mercadoria para venda fora do estabelecimento, esta operação não constitui base de cálculo do ICMS. Apenas por ocasião da venda efetiva das mercadorias é que a empresa emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, com destaque do ICMS, pois esta operação, sim, constitui base de cálculo do imposto em tela.

Assegura que, como se não bastasse a nítida ilegalidade de considerar, erroneamente, o valor outras saídas/receitas como base de cálculo do ICMS, desconsiderou o item outras entradas/despesas, também constantes da DME no valor de R\$2.704.475,08 (dois milhões, setecentos e quatro mil reais, quatrocentos e setenta e cinco reais e oito centavos) e que diz respeito à devolução dessas remessas de mercadorias para vendas fora do estabelecimento.

Aduz que o autuante considerou indevidamente operação não-tributada, constante da DME, coluna outras saídas/receitas, oriunda de remessa para venda fora do estabelecimento (em veículo), infringindo o art. 423, I, alíneas "a" e "b" do RICMS/97, assim como, o Manual de preenchimento da DME elaborado pela SEFAZ-BA.

Isto posto, entende que, expurgando o erro cometido pelo autuante, relativo à interpretação dos fatos, pede-se corrigir no julgamento da impugnação, que o imposto lançado, referente ao exercício de 2001, no montante de R\$260.137,54 (duzentos e sessenta mil, cento e trinta e sete reais e cinqüenta e quatro centavos) seja ajustado para R\$4.909,99 (quatro mil, novecentos e nove reais e noventa e nove centavos), conforme demonstrativo de reconstituição elaborado pela impugnante, que ora apresenta em anexo (doc. 7).

Argui que a aplicação da alíquota de 17% encontra-se absolutamente equivocado pelo simples e notório fato de que a autuada nunca foi desenquadrada do SimBahia, estando até hoje enquadrada como Empresa de Pequeno Porte nos registros da Sefaz. O próprio autuante, na descrição da

infração 1, segundo o impugnante, reconhece de forma expressa a condição da autuada como "Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia)"

Considera que os levantamentos e demonstrativos que serviram de fundamento para a lavratura do Auto de Infração encontram-se eivados de vícios decorrentes do cômputo de receitas não tributadas pelo ICMS, relativas a operações de remessas de mercadorias para venda fora do estabelecimento, o que culminou com o exacerbado valor de saídas, muito superior ao valor das vendas efetivamente ocorridas. Por outro lado, impende reconhecer o direito do contribuinte com revisão da autuação, sendo preciso computar nos demonstrativos de apuração do ICMS, o quantitativo de empregados, o que possibilita um rebate no imposto devido (2002).

Assegura que outro erro crasso, que precisa ser sanado, deve-se ao fato de que a autuada, devidamente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte pelo SimBahia, teve o cálculo do ICMS sobre o estoque final, no exercício de 2002, realizado desconsiderando a alíquota progressiva, em função da receita bruta acumulada, na forma do estabelecimento do art. 408-A, bem c ainda, no período de janeiro a abril, segundo o art. 387-A, do RICMS.

Invoca o princípio da busca da verdade material, requer o autuado que agente fiscal estranho ao feito, possa proceder a conferência dos fatos e demonstrativos comprobatórios integrantes das suas razões de defesa, com revisão do lançamento de ofício aqui questionado, de forma que o mesmo, com imparcialidade, ateste a exatidão da apuração do imposto declarado pela impugnante, respeitando a legislação aplicável à sua condição de Empresa de Pequeno Porte. Pede, também, que o auditor diligente, responda aos seguintes quesitos:

- 1) A Instrução Normativa de Preenchimento da DME, elaborada pela SEFAZ-BA, no campo outras saídas/receitas refere-se às operações não tributadas pelo ICMS, incluindo remessas para venda fora do estabelecimento?
- 2) Com relação à DME, no campo outras saídas/receitas, pode-se afirmar que o auditor tributou operação que se encontra fora do campo de incidência do ICMS?
- 3) Sendo a autuada empresa devidamente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte pelo SimBahia, o cálculo do ICMS, de janeiro a abril, e sobre o estoque final, no exercício de 2002, deve ser realizado considerando a alíquota progressiva, em função da receita bruta acumulada, na forma do estabelecido no art. 408-A, parágrafo único, II, "b"?
- 4) Na apuração da base de cálculo da autuação, sendo o autuado Empresa de Pequeno Porte, enquadrado no SimBahia, em 2002, deve ser considerado os valores referentes ao número de empregados registrados, tendo o contribuinte o direito ao abatimento do ICMS a recolher, na forma do art. 8º da Lei do SimBahia?
- 5) Sendo que os fatos geradores dos tributos ora exigidos ocorreram no ano de 2000 em 09/07/2000, 09/10/2000, 09/11/2000 e 09/12/2000 e, tendo a autoridade o prazo de cinco anos para lançar os referidos tributos e cientificar o contribuinte do lançamento, não estariam todos os tributos exigidos atingidos pela decadência, desde que o Auto de Infração só foi lavrado em 27/12/2005 e somente foi dado ciência ao contribuinte de sua lavratura em 10/02/2006?

Complementa alinhando os pedidos seguir relacionados:

- a) Seja decretada a improcedência do Auto de Infração em face da ilegalidade do critério adotado pelo autuante para o levantamento dos valores integrantes da base imponível, computando indevidamente operações não tributadas, com repercussão na "diferença de ICMS a recolher" do ano de 2001;
- b) Seja declarada a improcedência da autuação em face da ilegalidade na apuração da "diferença de ICMS a recolher", decorrente dos erros no levantamento da base de cálculo, da

desconsideração dos abatimentos legais e descabimento do desenquadramento do regime simplificado no ano de 2002.

- c) Seja declarada a decadência do imposto em relação ao exercício de 2000, decorrente do Auto de Infração ter sido lavrado em 2005, mas a ciência do mesmo somente ter ocorrido em fevereiro de 2006, transcorridos, portanto, mais de cinco anos.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante, às fls. 1209 a 1212, apresenta a informação fiscal, asseverando que, quanto à falta de erros de fato e erros de direito no desenquadramento da autuada do regime instituído pelo SimBahia, a autuada não consegue apontar. A questão da decadência é controversa na doutrina e quiçá na jurisprudência. Entende que a cobrança é devida.

Afirma, ainda, sobre a decadência, em relação ao crédito reclamado para o exercício de 2000, que mantém as afirmativas das linhas precedentes, ou seja, o imposto cobrado em relação ao exercício de 2000 é devido. Afirma ser oportuno mencionar o fato de que a empresa foi procurada no dia 27.12.2005 para tomar ciência do auto e não tive êxito nesse sentido, quando foi informado de que o proprietário não se encontrava no local. No dia seguinte, em 28.12.2005, remeteu pelos correios a notificação da autuação à empresa e aos seus sócios, conforme documentos anexos às folhas nº 229, 230 e 231.

Aduz que o autuado faz referências à cobrança do imposto na infração nº 02, relativo ao exercício de 2001, afirmando que os valores obtidos da DME 2001 dizem respeito à remessa de mercadorias para venda fora do estabelecimento, sem incidência de ICMS. Anexa três notas fiscais, às folhas nº 214, 215 e 216. Entende que a autuada não consegue provar as alegações. Destaca que a autuada, durante a fiscalização realizada, não se dignou a apresentar seus livros fiscais, e que todo esse trabalho resultou de revisão em processo de baixa pela corregedoria, que também não teve êxito na apresentação de livros e documentos por parte da autuada. Os dados ora apresentados têm como fonte o sistema SEFAZ, declaração de Imposto de Renda do Contribuinte e Notas fiscais obtidas do sistema CFAMT, anexadas ao presente processo às folhas nºs 233 a 1206. Sendo assim, confirma a cobrança dos impostos relativos ao exercício de 2001.

Relata que, sobre as infrações nº 1 e 2, concernentes ao exercício de 2002, o autuado atesta que, na apuração do imposto devido, não ter sido considerado o fato de a autuada estar enquadrada no SimBahia, aplicando-se a alíquota de 17% sem o benefício do crédito de 9% previsto na legislação. Sobre o assunto, faltou à autuada verificar que os valores constantes da infração têm seus demonstrativos anexos às folhas nº 39, 40 e 41, fundamento da presente autuação, onde as alegações da autuada foram atendidas. Sendo assim, reafirma a autuação.

O autuante entende que as afirmativas que fez anteriormente, ou seja, os valores apurados nas infrações nº 1 e 2, contemplaram os benefícios legais previstos na legislação, conforme folhas nº 39 e 40. Confirma a autuação.

Aduz que as demais alegações dizem respeito a toda matéria abordada pela autuada. São questões já respondidas ao longo da contestação.

Relata que o autuado reafirma o pedido de improcedência, com base nas alegações feitas em sua defesa, ou seja, a decadência em relação ao imposto reclamado no exercício de 2000, pela incidência de ICMS sobre operações não tributadas no exercício de 2001 e em decorrência de erros na apuração da base de cálculo, desconsideração de abatimentos legais e tratamento em desconformidade com o regime do SimBahia. Alegações já combatidas nas linhas precedentes.

Conclui, opinando pela procedência do Auto de Infração na sua integralidade.

O autuado, às fls. 1.217 a 1219, volta a se manifestar alegando que a autuação incidiu em equívocos na avaliação da documentação fiscal e a correspondente auditoria de lançamentos nas informações fisco-contábeis, bem ainda, ocorreram erros na interpretação das informações constantes dos documentos fiscais, que resultaram em levantamento injustificado de débito de imposto.

Quanto à decadência alegada, entende o autuado que, embora a impugnação tenha sido apresentada em 10 de março de 2006, e, desde logo juntada ao processo, e os autos encaminhados ao autuante para prestar a informação fiscal desde 16 de março de 2006, somente em 29 de agosto de 2007, é que o autuante devolveu processo, estando, por óbvio, intempestiva, a manifestação do autuante de fls., 1209/1212. Afirma que o autuante ficou com processo em seu poder por mais de 510 dias, sem prestar contas a ninguém, nem sequer fazer apresentação de uma justificativa plausível. Entende que se respeitados os prazos processuais estabelecidos no RPAF, que são cogentes tanto para o contribuinte como para a fiscalização, a informação fiscal não poderá produzir efeito jurídico válido.

Consigna que, se por absurdo, a sanção da preclusão somente será aplicável ao contribuinte, e, por outra parte, de nada valer a inércia do autuante no cumprimento dos prazos a que estava obrigado, porque a Administração Fazendária não tem compromisso com a obrigatoriedade de atendimento do prazo legal, uma vez que é infundado para o autuante a data do término do prazo processual, pede-se observar que a manifestação, repita-se intempestiva, do autuante está totalmente eivada de equívocos e erros que representam violação do princípio da verdade real e da boa fé que deveria presidir os atos administrativos praticados pelos prepostos fiscais.

Argui que as cópias das notas fiscais, de fls. 245 a 662 - Natureza da Operação: Remessa, código 5.99, somente atestam a existência operação de venda fora do estabelecimento, que foi lançada na DME, e que o autuante ilegalmente considerou base de cálculo de cobrança de imposto sem a ocorrência do fato gerador - a circulação jurídica (item 3.1 da impugnação). Logo, esses mais de 400 (quatrocentos) documentos fazem prova a favor do contribuinte, sendo insubsistente a cobrança do ICMS em 2001 (infração de nº 2), com fulcro no art. 423, I, alíneas "a" e "b" do RICMS/97 e no Manual de Preenchimento da DME elaborado pela SEFAZ / BA (doc. 6 da impugnação).

Assevera que o autuante faltou com a verdade quando afirma que "as alegações da autuada foram atendidas. Assegura bastar que os ilustres julgadores atentem para o teor do item 3.2 da impugnação e conferir o demonstrativo que ali está anexado (doc. 9), para comprovar que o "cálculo deveria ter sido feito aplicando alíquotas em percentuais variáveis", na forma do disposto nos art. 387-A e art. 408-A parágrafo único, inciso II, "b" do RICMS/97", aplicável ao pagamento do ICMS devido sobre o estoque final.

Pede para se atentar e conferir no levantamento elaborado pelo autuante, para o defeito de forma que está declarado na impugnação: "Apesar do próprio auditor mencionar no Demonstrativo Mensal do ICMS ainda a ser pago para o Exercício de 2002 na condição de Pequeno Porte o crédito de ICMS à alíquota de 9%, olvidou-se de considerá-lo em relação ao estoque final" (grifamos). Isto é o que o autuante não demonstrou interesse em compreender ou de reconhecer mais um erro por ele cometido.

Pede diligência por preposto fiscal estranho ao feito para dirimir a controvérsia.

Aduz, quanto à argüição de decadência envolvendo fatos geradores ocorridos em 2000, trata-se de matéria de direito que não foi suficientemente enfrentada pelo autuante, especialmente no tocante a data de ciência da autuação e a formação da relação processual, e, portanto, a impugnante espera que suas razões de defesa (item 2 da impugnação) sejam acolhidas no Conselho de Fazenda Estadual, com a extinção da obrigação pelo fato do reconhecimento da subsunção ao caso concreto do aludido instituto.

Requer que o processo seja submetido à revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito, com a resposta aos quesitos formulados (item 4 da impugnação), e depois, considerando a impugnação

acompanhada da reconstituição dos demonstrativos (docs. 7 e 9) que não foram expressamente contestados pelo autuante, proceda-se ao julgamento para decretar a improcedência do auto de infração para cobrança de ICMS (Item 3 da impugnação), em concordância com os pleitos contidos na referida peça defensiva, e observando a condição de EPP no período de 2002 (itens 3.1 e 3.2 da impugnação), com relação as reduções legais a que fazem jus os contribuintes enquadrados no regime do SimBahia.

O autuante, às fls. 1222 a 1224, apresenta a segunda informação fiscal, argüindo que a autuada não aponta de maneira clara e objetiva sobre os erros cometidos pela fiscalização, apenas reafirma o que já abordou em sua 1<sup>a</sup> impugnação, sem trazer fato novo ao processo.

Afirma que o argumento de que os documentos acostados ao processo (notas fiscais), não servem como prova, não é suficiente para combater o feito fiscal. É preciso clareza na argumentação. A autuada mostra-se mais preocupada em atacá-lo como se estivesse em disputa pessoal. A bem da verdade é preciso esclarecer que o presente trabalho tem como fundamento, diligência efetuada pela nossa Corregedoria e que constatou tais irregularidades e o seu trabalho é a cópia das conclusões a que chegou o referido órgão.

Assegura que as alegações do autuado quanto às notas fiscais, às folhas 245 a 632, representarem operações de remessa de mercadorias para venda fora do estabelecimento, através de veículo, também não é suficiente para elidir o feito fiscal. Entende que as citadas operações, em verdade, são vendas acobertadas ou disfarçadas, como se fossem remessa de mercadorias para vendas em veículo. Se assim o fosse, questiona sobre a falta de indicação de quais notas foram realmente emitidas durante a remessa com seus números indicados no corpo da nota mãe. Conclui parecer que a autuada unicamente remete mercadorias sem vendê-las durante todo o exercício. Questiona onde estão as notas de vendas.

Sobre a intempestividade da informação fiscal e sobre a decadência, entende em relação a tais questões que à solicitação de diligência com preposto estranho ao feito, não lhe cabe opinar embora não tenhamos qualquer tipo de preocupação. Sobre a intempestividade já se manifestara alegando dificuldades operacionais e administrativas.

Diante do exposto, opina pela Procedência total do Auto de Infração.

## **VOTO**

Após as análises dos elementos constantes dos autos, verifico que foi imputado ao autuado duas infrações: 1 – recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS; 2 – omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Fica, de forma preliminar, rejeitada a nulidade argüida em razão de o autuante ter apresentado a informação fiscal fora do prazo a ele concedido, pois não há, no presente caso, previsão legal para tal nulidade, haja vista, inclusive, a sua total falta de efetividade, pois, se não acolhida a informação fiscal, em razão da pretensa preclusão temporal, poderia caber diligência ao autuante para os esclarecimentos relativos à defesa apresentada. Além disso, não há, na legislação processual administrativa do Estado, o acolhimento de tal previsão de nulidade, cabendo, contudo, verificação no âmbito administrativo das razões de tal procedimento.

Verifico que, com exceção dos lançamentos relativos ao exercício de 2002, da infração 02, no que concerne ao aspecto formal, o PAF está revestido de todas as formalidades legais necessárias. Não há, dessa forma, violação aos princípios do Direito Administrativo, em especial ao Processo Administrativo Fiscal em questão.

Observo que, na infração 02, o autuante identificou que as receitas e compras mensais, computadas para efeito de pagamento do ICMS, foram inferiores aos valores declarados. A infração foi apurada com base nas DMEs de Dezembro de 2001 e Dezembro de 2002, da qual o

preposto fiscal extraiu as compras e receitas, que alega terem sido omitidas nos livros fiscais próprios.

Verifico que a imputação ao autuado, em relação à infração 02, exercício de 2001, foi omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, cujas receitas e compras mensais, computadas para efeito de pagamento do ICMS, são inferiores aos valores declarados.

No exercício de 2001, o autuante extraiu da respectiva DME, constante à fl. 66 dos autos, o valor de outras Receitas/Saídas, que não foram oferecidas à tributação, considerou-as corretamente não tributadas, já que não haviam elementos que as justificassem como não tributáveis, aplicou 17% sobre essas, concedeu o crédito de 8% e apurou o imposto devido de R\$ 255.227,55. O autuado argumenta que essas receitas foram alvo de remessas para venda fora do estabelecimento, contudo, não demonstra quais dessas foram efetivamente vendidas e quais retornaram, não havendo, portanto, como acolher os argumentos do autuado de que as aludidas receitas não foram alvo de operações efetivas de saídas tributáveis.

No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois, apesar de o autuado estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal de apuração, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97. Cabe a a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, bem como a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02.

No presente caso, foi constatado falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, não apenas em relação às notas fiscais de entradas, como também de saídas.

Diante do exposto, considerando que não houve, por parte do autuado, a demonstração de que as aludidas “outras receitas” constantes da DME de 2001, efetivamente, foram relativas a saídas para vendas fora do estabelecimento, não realizadas, bem como não caber o tratamento do regime simplificado do SimBahia, considero procedente o lançamento do crédito tributário, relativo ao exercício de 2001, constante da infração 02, no valor originariamente exigido, ou seja, R\$255.227,55.

Ainda quanto à infração 02, em relação ao exercício de 2002 (conforme planilha à fl. 33), foi levantado o estoque inicial do autuado, adicionado às compras, encontrando a disponibilidade; a essa, foi aplicada a MVA e, do resultado, foram deduzidas as receitas do período. Assim, chegou-se às “Receitas Não Declaradas” no valor de R\$ 728.475,33, sobre as quais foi aplicada a alíquota de 17% chegando-se ao ICMS a ser exigido de R\$123.840,81.

No presente caso, o autuante, com base na DME, conforme acima se verifica, constante da planilha, à fl. 33, identificou a exigência, como já descrito, através de *um espécie de arbitramento da base de cálculo para se apurar a falta de recolhimento do ICMS*, carecendo da apresentação, inclusive, dos requisitos formais e jurídicos necessários para tanto. Tais requisitos, por certo, não se alinham aos elementos que caracterizam originalmente a imputação, ou seja, a existência de *omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*, uma vez que essa se ampara no pressuposto da existência de notas fiscais e dos respectivos livros fiscais, em relação aos quais não consta o lançamento das aludidas notas. Assim, os pressupostos da infração imputada apresentam-se em descompasso com as hipóteses que autorizam o arbitramento.

O instituto do arbitramento da base de cálculo, previsto na legislação tributária estadual, congrega pressupostos, características e previsões legais distintas da metodologia utilizada pelo autuante, bem como da imputação constante dos autos.

Além de haver o conflito entre a imputação e a metodologia para apuração da infração, a própria metodologia utilizada, constante da planilha à fl. 33, que considerou, inclusive, a aplicação de MVA, guarda semelhança a um arbitramento. Certo é que foi utilizado método não previsto e inadequado à mensuração da base de cálculo do imposto ora exigido, tendo em vista, inclusive, a infração imputada.

Assim, além de estarem entrelaçadas duas infrações de natureza jurídico-tributárias diversa em uma única, não foi aplicada a metodologia adequada para a mensuração da base de cálculo do imposto de 2002, não havendo como sanar tal vício, ainda que o objetivo fosse exigir o estoque remanescente de mercadorias resultante do encerramento das atividades do autuado, em razão da impossibilidade da aplicação do art. 63, parágrafo único do RICMS/BA.

Isso posto, considero nulo lançamento do exercício de 2002, relativa à infração 02, com base no art. 18, II, “a” do RPAF/BA, pois a imputação contém exigências conflitantes, carecendo de elementos suficientes para se determinar, com segurança, o montante o imposto devido, bem como a infração que resultou da metodologia utilizada para apuração do mesmo.

O autuado, amparado no art. 150, §4º c/c art. 173 do CTN, argui a decadência relativa aos fatos geradores do exercício de 2000.

Verifico que a presente ação fiscal, é, na verdade, uma continuidade da revisão fiscal implementada pela Corregedoria deste órgão fazendário, que se iniciou em 22/07/2004, conforme intimação acostada aos autos, à fl. 27, na qual consta a notificação da autuada para apresentar livros e documentos fiscais, relativos aos exercícios de 1998 a 2002.

A aludida revisão, efetuada pela Corregedoria, recomenda o aprofundamento da ação, às fls. 176 a 179. Assim, procedeu a Infaz de Origem do autuado e o Auditor Fiscal designado, para dar continuidade aos procedimentos fiscais, emite nova intimação à fl. 07 dos autos.

Os procedimentos fiscais, na verdade, foram iniciados em 22/07/2004, conforme Termo de Intimação, à fl. 27, efetuada pelo Auditor Fiscal da Corregedoria, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2000, conforme segue, melhor detalhado.

O 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, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O parágrafo único do art. 173 do CTN, bem como o parágrafo único do art. 107-A do COTEB, estatuem que o direito de constituir-se o crédito tributário pelo lançamento ficará extinto definitivamente pelo decurso dos cinco anos, contados do dia em que o sujeito passivo foi notificado de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. A intimação, com a devida ciência, para apresentação de livros e documentos fiscais, ocorreu em 22/07/2004, efetuada pelo Auditor da Corregedoria. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, alvo da aludida intimação, pois esta ocorreu dentro do prazo de 05 anos.

Considerando, especialmente o lançamento que exige o crédito tributário da infração 02, alvo principal do pedido de diligência, foi anulado, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Quanto ao imposto devido, apurado na infração 01, foi observado o enquadramento do autuado no regime do SimBahia, aplicando-se os percentuais de cada faixa de enquadramento previstos na legislação, conforme demonstrativos apresentados pelo autuante, bem como não há, entre as

arguições trazidas pelo autuado, qualquer óbice a sua exigência. Sendo assim, considero procedente a infração 01.

Isso posto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, cabendo a subsistência integral da infração 01, no total originalmente exigido de R\$26.849,20 e manutenção parcial da infração 02, relativo ao exercício de 2001, no total original de R\$255.227,55, observando que foi julgado nulo o lançamento do crédito tributário constante do exercício de 2002, relativo à infração 02.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **157064.0001/05-8**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$282.076,75**, acrescido da multa de 50% sobre R\$26.849,20, e 70% sobre R\$ 255.227,55 previstas no art. 42, inciso I e II, alínea “b” item 3 do, da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais.

Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões CONSEF, 14 de abril de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR