

A. I. Nº - 206952.0329/08-0
AUTUADO - BRAZPALLET INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - TELMA PIRES CIDADE DE SOUZA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 29.05.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114/02-09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS DE DADOS ENTRE AS VIAS DOS MESMOS DOCUMENTOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE AS DIFERENÇAS. Os documentos anexados aos autos comprovam a irregularidade apurada. Por se tratar de contribuinte inscrito no SIMBAHIA, foram refeitos os cálculos para concessão do crédito presumido de 8% previsto na Lei nº 7.357/98, até mês de junho de 2007, em face do princípio da não cumulatividade do imposto, reduzindo-se o valor do crédito tributário. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não acolhido o pleito do contribuinte para aplicação da lei do Super Simples Nacional, com base no artigo 106, II, “c”, do CTN, uma vez que a retroatividade benigna da lei nova, no âmbito tributário, não se aplica para dispensar tributo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/03/2008, e reclama ICMS no valor de R\$1.233.292,49, sob acusação de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais, destacando na primeira via do documento fiscal o valor correto da operação e registrando nas vias fixas do talão o valor com redução, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12 a 130.

Consta na descrição dos fatos: “A empresa vem realizando Calçamento de Notas Fiscais, quando das saídas de seus produtos, detectado nos Exercícios de 2006 e 2007, gerando recolhimento a menor do ICMS, em decorrência de divergências de informações entre as vias das notas fiscais, utilizando a prática de redução de 90% e, em alguns casos de 99%, sobre o valor real de venda, destacando na 1ª via do documento fiscal o valor correto, e registrando o valor reduzido nas demais vias do talão. Foram analisados 15 (quinze) talões correspondentes a 2006 e 29 (vinte e nove) de 2007, em um total de 2200 notas, e dentro desse universo aquelas que apresentaram calçamento encontram-se relacionadas, por ordem de numeração crescente de notas e mês, nos formulários anexos, denominados de Demonstrativos com Notas Explicativas, que passam a fazer parte integrante deste Auto de Infração, juntamente com todo o restante da documentação (os 44 talões de notas fiscais da empresa contém as notas calçadas, cópias de todas as 1ª vias das notas calçadas arrecadadas, cópias dos registros efetuados, pelo contribuinte, no livro de saídas de mercadorias, a partir de julho/2007, época em que ele começou a escriturar, e demais outros que compõem o Processo Administrativo Fiscal. A fiscalização se deu por força da Denúncia Fiscal nº 15267/07, onde é reclamada a utilização de notas fiscais frias.”

O sujeito passivo através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls. 1.932 a 1.951, analisando os fatos, demonstrou o seu entendimento sobre a autuação, porém aduz que o roteiro de auditoria adotado seria devido se tivesse acompanhado das cópias das primeiras vias das vias fixas

dos talões. Diz que existe no processo somente prova dos valores registrados nas primeiras vias, não permitindo a verificação se há divergência em relação às vias fixas nos talões.

Em seguida, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, arguiu como preliminar de nulidade a falta de elementos suficientes para determinação da infração, por entender que não foram apresentadas provas, se limitando a autuação a realizar demonstrativos sem qualquer respaldo em documentos fiscais pertinentes, quais sejam, primeiras vias fixas dos talões apreendidos quando da fiscalização. Portanto, entende que falta prova e incerteza na imputação, tendo transcrito os artigos 2º e 41, II, do RPAF/99 para fundamentação esta preliminar.

Como segunda preliminar, foi argüida inobservância do devido processo legal, a pretexto de cerceamento do direito de defesa, com base no artigo 18, II, do RPAF/99, sob alegação de que não foram restituídos os documentos apreendidos pela fiscalização (talões de notas fiscais de saída de 2006 e 2007), conforme recibo à fl. 1.957. Teceu comentários sobre os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, citando lições de renomados tributaristas.

No mérito, alegando que aderiu ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, recolhendo o ICMS correspondente à sua receita bruta ajustada, em conformidade com a Lei nº 7.357/98, requer que seja aplicado o referido regime de apuração do imposto.

Observa que na apuração do débito neste processo, durante todo o período fiscalizado foi aplicada indevidamente a alíquota de 17%, sem a concessão do crédito fiscal assegurado a todos os contribuintes enquadrados no regime normal de tributação.

Salienta que o lançamento por ser um ato meramente declaratório deve estar em consonância com a legislação, e no caso, devem ser aplicados os valores correspondentes a sua faixa de receita bruta ajustada, pois durante o período fiscalizado encontrava-se devidamente enquadrado no regime do SIMBAHIA. Citou a jurisprudência do CONSEF através dos Acórdãos JF nº 0378-03/02; JF nº 0387-04/03; CJF nº 0596-11/03; JF nº 0123-01/04; JF nº 0111-01/04; e JF nº 0098-01/04.

Analisando a legislação tributária no tempo, invocou os artigos 408-S c/c 408-I, inciso V, do RICMS/97, que previa a cobrança do imposto pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais quando o contribuinte incorresse na prática de infrações consideradas de natureza grave, e os artigos 408-L, V, § 1º, e 408-S, do mesmo Regulamento, que tratam da perda do direito à adoção do regime do SIMBAHIA quando o contribuinte incorrer em práticas de infrações de natureza grave, para argüir que atualmente não há previsão legal para a apuração do imposto com base no regime normal, em decorrência da revogação do regime simplificado com o advento da Lei do SIMPLES NACIONAL (Lei Complementar 123/2006 e Lei Estadual 10.646).

Com esse argumento, advoga a tese de que em decorrência do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, prevista no artigo 106, II, “c”, do CTN, o valor exigido do ICMS deve ser apurado pelas regras do Simples Nacional, qual seja, à alíquota de 3,95%, por se tratar de empresa de pequeno porte, conforme Anexo II da Lei Complementar nº 123/06. Citou ensinamento de renomado professor de direito tributário e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, destacando o que estabelece o art.116-A do RPAF/99.

Retornando a questão relacionada com o princípio da não-cumulatividade, transcreveu o artigo 155, II, e § 2º, I e II, da CF/88, e o art.408-L, § 1º, do RICMS/97, para requerer que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando no “quantum debeatur” o crédito presumido de 8%, devendo ser recolhido apenas a diferença de R\$652.919,55.

Ao final, reitera seu pedido de nulidade, ou caso contrário, no mérito, a procedência parcial do lançamento tributário objeto do auto de infração em questão.

Na informação fiscal às fls. 1.972 a 1.974, a autuante esclareceu que o motivo da autuação é decorrente da Denúncia Fiscal nº 15.267/07, e que após realizados os trabalho de fiscalização

constatou a prática de calçamento de notas fiscais nas operações realizadas com os clientes Braskem S.A.; Caraíba Metais S.A.; Politeño Ind. e Com. S. A.; Millennium Inorganic Chemicals do Brasil Ltda.; Proquigel Química S.A.; e outros, conforme relação constante à fl. 63 do PAF.

Rebateu a preliminar de nulidade de inexistência no processo das provas documentais, dizendo que as cópias das primeiras vias fixas dos talões de notas fiscais encontram-se devidamente anexadas ao PAF nos Anexos I e II, contidos nas fls. 250 a 1.924, e nos 44 (quarenta e quatro) Talões de Notas Fiscais de Saídas da empresa, que se encontram acondicionados em 03 (três) caixas arquivo, que acompanham o Auto de Infração.

Quanto a alegação de cerceamento do direito de defesa, no sentido de que foram apreendidos os talões de notas fiscais da empresa, impedindo assim de que seja apurada a veracidade do levantamento fiscal, a autuante repetiu que os 44 talões de notas fiscais da empresa acompanham o PAF, e que compete ao contribuinte solicitar vistas com cópias dos mesmos, ou tomar por base as cópias das vias rosas dos talonários, que acredita devam estar arquivadas em sua contabilidade.

Quanto a alegação de que: a) durante o período fiscalizado estava enquadrado no regime do Simbahia e que foi exigido o valor do ICMS pelo regime normal, representando um ato contrário a própria legislação atual, por ausência de previsão legislativa que autorize a perda do tratamento simplificado em autuações; e b) mesmo que fosse considerada a previsão do Regulamento do ICMS na época dos respectivos fatos geradores, não foi correta a forma de apuração adotada pela fiscalização, pelo fato de não ter sido concedido o crédito fiscal presumido de 8% (oito por cento) sobre a base de cálculo prevista no § 1º do art. 408-S do RICMS, a autuante frisa que qualquer direito ou benefício que o contribuinte faça jus, lhe é negado a partir do momento em que ele incorra na prática de crime contra a ordem tributária, conforme previsto no art. 1º, inciso III da Lei nº 8.137, de 27/12/1990.

Portanto, ressalta que todas as provas materiais, como: talonários de notas fiscais emitidas pelo autuado, com os valores fraudados (acondicionados em 03 caixas arquivo) e cópias das 1as vias desses mesmos documentos, obtidas junto aos seus clientes, inclusive os Termos de Arrecadação (fls. 167 a 1.924) encontram-se apensos ao processo, enquanto que o autuado não fez a juntada em sua defesa de nenhum documento em sentido contrário.

Salienta que não se trata simplesmente de suposta diferença entre a 1ª via da NF emitida e as vias fixas nos talões, como quer fazer crer o autuado, mas de CALÇAMENTO COMPROVADO DE NOTAS FISCAIS, caracterizando-se em [UM CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA], ao lançar mão de mecanismo ardiloso para fraudar os documentos fiscais e suprimir tributo devido, crime devidamente previsto na Lei 8.137/90, anteriormente citada.

Quanto ao benefício do Regime de Apuração do Simbahia, pleiteado pelo autuado, a preposta fiscal diz que não há como prevalecer, por entender que o ICMS que esta sendo reclamado, e apenas sobre os valores não informados ao fisco (diferença entre valor da 1ª via e o valor constante na via fixa), pois os valores históricos das diferenças entre as 1ª vias das notas fiscais emitidas pela empresa e as fixas nos talões, somam R\$5.109.283,17, no ano de 2007 e R\$2.145.378,51, no ano de 2006 e aqui somente foram consideradas as notas fiscais com valores fraudados, os quais, diz que os valores são muito superiores ao enquadramento no SIMBAHIA.

Enfatiza que foram observados todos os Princípios Legais e Constitucionais, especialmente o direito a ampla defesa, e o direito ao contraditório, tendo em vista que as 1ª vias das notas fiscais, juntamente com os termos de arrecadação correspondentes, foram obtidas junto as grandes empresas do Estado da Bahia e se encontram anexas ao PAF as fls. 167 a 1.924, bem como, as vias fixas dos talões também estão anexas, condicionadas em três caixas arquivo, as quais, diz não foram devolvidas ao autuado justamente por fazer prova da infração e, que por serem documentos

emitidos por ela, são de seu total conhecimento.

Transcreveu o artigo 940, VII, §§ 1º e 2º, do RICMS/97, e finalizou pugnando pela procedência do auto de Infração.

Considerando que:

a) foi alegado na defesa que no processo existe somente prova dos valores registrados nas primeiras vias, não permitindo a verificação se há divergência em relação às vias fixas nos talões, pois não foram restituídos os documentos apreendidos pela fiscalização (talões das vias fixas de notas fiscais de saída de 2006 e 2007), conforme recibo à fl. 1.957;

b) embora o sujeito passivo tenha deixado a entender que teve acesso a todos os demonstrativos e documentos que foram utilizados na apuração do débito, porém, considerando que não contém nos autos prova de que o mesmo tivesse recebido cópias de tais documentos;

Na fase de instrução, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, decidiu o órgão julgador, na pauta suplementar do dia 31/07/2008, com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, converter o PAF em diligência à IFMT METRO, a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa, e no ato da intimação, fosse concedido o prazo de 30 (trinta) dias, e fossem entregues, sob recibo, ao sujeito passivo, para que pudesse se defender objetivamente das acusações fiscais de que cuidam os autos, os seguintes documentos: cópia do Anexo e Levantamento Fiscal - fls. 09 a 130; cópia da Informação Fiscal – fls. 1.972 a 1.974; cópia do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização; – fls. 06 e 07; cópias das notas fiscais (1ª via) obtidas junto aos destinatários – fls. 251 a 1.924; cópias das notas fiscais dos talonários das vias fixas – 03 caixas anexas; cópia do pedido de diligência.

Conforme intimação à fl. 1.983, expedida pela Infaz de origem, foram entregues ao sujeito passivo todos os documentos relacionadas no despacho de diligência, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, tendo o autuado se manifestado às fls. 1.986 a 2001, com as seguintes razões defensivas.

Reiterou sua alegação de que a fiscalização desconsiderou que o estabelecimento durante o período apurado estava enquadrado no regime do SimBahia, exigindo o valor do ICMS como regime normal, representando um ato contrário a própria legislação atual, por ausência de previsão legislativa que autorize a perda do tratamento simplificado em autuações.

Além disso, reafirma que, na apuração do débito pelo regime normal, não foi concedido o crédito fiscal presumido de 8% (oito por cento) sobre a base de cálculo previsto no § 1º do Art. 408-S do RICMS.

Por conta desses argumentos, requer seja julgado nula a ação fiscal, ou, se assim não entender este Egrégio Órgão Julgador, seja julgada improcedente, pelos motivos de fato e de direito que expôs:

1. que não foi considerado no trabalho fiscal o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, que aderiu como empresa de pequeno porte, uma vez que, recolheu o imposto no período com base na receita bruta ajustada, conforme impõe o art. 7º, inciso II, da Lei 7.357/98.
2. que houve infringência aos princípios constitucionais da estrita legalidade, igualdade, vedação ao confisco e moralidade, ao lavrar o auto de infração em epígrafe, e aplicar durante todo o período fiscalizado a alíquota de 17% (dezessete por cento);
3. que ao adotar o regime normal, a fiscalização deixou de conceder o crédito fiscal a que tem direito;

Citou a jurisprudência do CONSEF através do ACÓRDÃO JJF Nº 0378-03/02 em que foi reconhecido o direito ao tratamento privilegiado concedido pelo SimBahia julgando nula a ação fiscal; ACÓRDÃO

CJF Nº 0596-11/03, ACÓRDÃO JJF Nº 0111-01/04 e ACÓRDÃO JJF nº 0098-01/04, em que foi adequado o cálculo do débito ao regime simplificado de apuração do imposto; ACÓRDÃO JJF Nº 0123-01/04 por falta de previsão legal para adoção do regime adotado.

Prosseguindo, transcreveu os art. 408-S c/c 408-I, inciso V, do RICMS/97, para aduzir que a Seção VIII, do Capítulo IV, compreendendo os arts. 408-L a 408-T, que dispunha sobre as irregularidades relacionadas com contribuintes do SimBahia foi revogada pela Alteração nº 91 (Decreto nº 10.396, de 06/07/07, DOE de 07 e 08/07/07), em decorrência da revogação do SimBahia com o advento da Lei do SIMPLES NACIONAL (Lei Complementar 123/2006 e Lei Estadual nº 10.646), e por isso, que atualmente não há qualquer previsão legal para apuração do imposto exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando o contribuinte enquadrado no regime simplificado incorrer em infrações de natureza grave.

Com isso, entende que é a partir da constatação da uma infração de natureza grave (ARTS. 408-L, 408-M, 408-P E 408-R) que se deve exigir o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais e não a partir do mero cometimento das referidas infrações. Portanto, sustenta que uma vez constatada uma infração de natureza grave, após a revogação do 408-S DO RICMS, deve ser considerado o regime de apuração do autuado, pois a lei que incide sobre o ato é a do tempo em que ele se realizou.

Transcreveu o artigo 106, II, “c”, do CTN, para argumentar que em decorrência do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, o valor exigido do ICMS DEVE SER APURADO PELAS REGRAS REGULAMENTARES DO TEMPO DA CONSTATAÇÃO DA INFRAÇÃO, ou seja, as REGRAS ATUAIS previstos na atual redação do RICMS, onde não há previsão em apurar o imposto das empresas enquadradas no regime simplificado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais quando incorrem em infrações de natureza grave, devendo, assim, considerar o regime de apuração do autuado, por estar enquadrada como Empresa de Pequeno Porte.

Cita lição de renomado professor de direito tributário sobre a interpretação mais benéfica da lei, inclusive o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, comenta sobre o Princípio da Não-cumulatividade, e cita lição de professores de direito tributário, para argumentar que caso o Conselho da Fazenda Estadual entenda que o imposto a ser exigido deva ser apurado pelo regime normal, deve ser deduzido o crédito presumido previsto na legislação tributária.

Conclui, requerendo que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando no “quantum debeat” o direito ao crédito fiscal presumido de 8%, previsto no § 1º do art. 408 – L do RICMS na época dos fatos geradores, devendo ser recolhido aos cofres públicos apenas a diferença, pugnando pela procedência parcial da autuação.

A autuante em sua informação fiscal às fls. 2.004 a 2.005, aduz que o autuado além de não trazer fato novo, demonstra reconhecer a infração cometida, tanto que pede a procedência parcial, fundamentando sua defesa na sua condição de empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, que por isso, teria direito ao crédito fiscal presumido de 8%.

Diz que todos os argumentos apresentados na defesa já foram contestados em sua informação fiscal às fls. 1.972 a 1.973, reafirmando seu entendimento de que não há de prevalecer a concessão de crédito presumido neste caso, pois se trata de valores não oferecidos à tributação em virtude da prática de crime de sonegação fiscal, através de “calçamento” de notas fiscais, caracterizado por inserção de um valor na primeira via da nota fiscal que vai para o cliente e um valor menor na via fixa que é oferecido à tributação, suprimindo a maior parte do ICMS devido na operação.

Diz, mais, que todos os documentos que comprovam a infração encontram-se presentes nos autos, principalmente as primeiras vias dos documentos fiscais obtidas dos clientes e as vias fixas

apresentadas pelo autuado.

Ressalta que o contribuinte não cometeu uma simples infração, mas sim um crime contra a ordem tributária, previsto na Lei nº 8.137/90, ao lançar mão de mecanismos ardilosos para fraudar os documentos fiscais e suprimir o ICMS devido.

Observa que a jurisprudência transcrita na defesa difere totalmente da infração apontado no auto de infração.

Finaliza mantendo o seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

VOTO

A infração imputada ao contribuinte autuado diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos, em decorrência de divergências entre as vias das mesmas notas fiscais, tendo sido destacado nas primeiras vias dos documentos fiscais os valores corretos das mercadorias e registrando nas fixas do talão o valor com redução, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativos às fls. 12 a 129, e foi apurada com base na Denúncia Fiscal nº 15267/07 (fls.132 a 134).

Em razão disso, o contribuinte foi desenquadrado regime tributário simplificado aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte (SimBahia), nos termos do artigo 15, da Lei nº 7.357/98, e exigido o imposto pelo regime normal de apuração, tendo em vista que restou apurada a prática da fraude fiscal denominada "calçamento", que se constitui no ato do contribuinte pelo qual há supressão ou redução de tributo, no caso o ICMS, pela emissão do documento fiscal relativo à operação consignando valores diferentes a peça fiscal.

As notas fiscais calçadas foram anexadas ao processo, juntamente com as segundas vias, permitindo-se comparar e constatar as divergências de valores lançados nas respectivas primeiras e segundas vias.

A divergência entre as vias das mesmas notas fiscais é denominada de "calçamento" de notas fiscais, e consiste em alterar o valor constante da nota fiscal que fica na empresa vendedora, com o objetivo de reduzir a incidência do ICMS, e, assim, fraudar o Fisco. O estabelecimento comercial que vende uma determinada mercadoria ou presta um serviço sujeito ao ICMS, no ato da operação, emite uma nota fiscal ao comprador/adquirente. Uma outra via, idêntica, fica com o próprio estabelecimento. Para se detectar este tipo de fraude fiscal, torna-se necessário o cruzamento de informações de compradores e vendedores. Esta prática é considerada pela legislação tributária como crime de sonegação fiscal

Para comprovar o "calçamento" foram anexadas aos autos cópias, devidamente autenticadas, das 1ª via das notas fiscais "calçadas" obtidas junto aos destinatários das mercadorias (fls. 251 a 805 (2006), 806 a 1.924 (2007), originais das vias fixas do talonário em três caixas, bem como cópia do livro Registro de Saídas, o qual comprova que os lançamentos foram realizados pelos valores, a menor, constantes nas referidas vias dos documentos fiscais.

O contribuinte argüi em preliminar a nulidade do Auto de Infração, sob alegação de cerceamento do seu direito de defesa, por não lhe ter sido fornecidas as cópias dos documentos fiscais que fundamentou a acusação fiscal.

O art. 46 do RPAF determina que "Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração, inclusive os elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha."

Na fase de instrução verifiquei que embora o sujeito passivo tenha deixado a entender que teve acesso a todos os demonstrativos e documentos que foram utilizados na apuração do débito, porém, não existia nos autos prova de que o mesmo tivesse recebido cópias de tais documentos, inclusive o autuado alegou que os documentos arrecadados não haviam sido devolvidos.

Cumpra observar, ainda, que a autuante apreendeu documentos originais do contribuinte para instruir a autuação, mais precisamente primeiras de notas fiscais de saídas, sem a lavratura do Termo de Apreensão, conforme determina o artigo 940, VII, §§ 1º e 2º, do RICMS/97.

Contudo, para sanear o processo com todos os elementos de prova, e para evitar futura alegação de cerceamento de defesa, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, o processo foi baixado em diligência, sendo reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, e entregues, sob recibo (fl. 1.983), cópia do Anexo e Levantamento Fiscal - fls. 09 a 130; cópia da Informação Fiscal – fls. 1.972 a 1.974; cópia do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização; – fls.06 e 07; cópias das notas fiscais (1ª via) obtidas junto aos destinatários – fls. 251 a 1.924; cópias das notas fiscais dos talonários das vias fixas – 03 caixas anexas; cópia do pedido de diligência.

Portanto, tendo o autuado sido notificado com a entrega de todos os demonstrativos e documentos que instruem a ação fiscal, teve todos os meios para exercer o seu direito de defesa, apresentando os documentos necessários para elidir a acusação fiscal.

Assim, não se vislumbra nos autos, nenhuma ofensa ao princípio do contraditório ou da ampla defesa, como pretendia sustentar o Impugnante, pois o lançamento em exame foi instruído corretamente com todas as cópias das primeiras vias obtidas aos destinatários das mercadorias e originais das segundas vias fixas dos talonários de nota fiscal apresentados pelo autuado, que motivaram a lavratura da peça fiscal. O fato foi narrado de forma clara e objetiva na peça fiscal, de cuja lavratura foi intimado o Impugnante para se defender no prazo legal de 30 dias, inclusive com a reabertura do prazo de defesa conforme comentado acima, o que culminou com a apresentação tempestiva de duas impugnações.

De se rejeitar, portanto, a preliminar argüida.

No mérito, analisando as razões da defesa, em especial a manifestação às fls. 1.986 a 2001, observo que o patrono do autuado em nenhum momento negou o cometimento da infração, concentrando sua argumentação na alegação de que a fiscalização desconsiderou que o estabelecimento durante o período apurado estava enquadrado no regime do SIMBAHIA, exigindo o valor do ICMS como regime normal, representando um ato contrário a própria legislação atual, por ausência de previsão legislativa que autorize a perda do tratamento simplificado em autuações. Argumenta, ainda, que em virtude do lançamento ter ocorrido em 23/03/2008, a norma do SimBahia já se encontrava revogada com o advento da lei do Super Simples Nacional, e por isso, com base no princípio da retroatividade benigna da lei, o cálculo do imposto deveria ser calculado pelas regras previstas para a citada lei, ou alternativamente, pelos critérios do SIMBAHIA com a concessão do crédito presumido de 8%.

Quanto a argüição do patrono do autuado, no sentido de que seja aplicada a lei do Super Simples Nacional, em vigor na data da constituição do lançamento, com base no princípio da retroatividade benigna da lei (art. 106, II, “c” do CTN), observo o seguinte.

O artigo 144 do Código Tributário Nacional, estabelece que o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Já o art. 106, II, do CTN, estipula três casos de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, tratando-se de ato não definitivamente julgado, hipóteses em que a lei aplica-se a ato

ou fato pretérito: *a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.*

Por outro lado, o pleito do contribuinte além de não encontrar amparo na alínea “c” do inciso II do art.106 do CTN, também as hipóteses das alíneas *a* e *b*, acima transcritas, no caso presente, não autorizam a aplicação retroativa uma vez que a exigência fiscal decorreu de uma ação fraudulenta e implicou na falta de pagamento dos valores que foram lançados no Auto de Infração.

Pelo comentário acima, entendo que não assiste razão ao defendente ao querer ver aplicada a retroatividade benéfica aos fatos objeto da presente autuação, inserta no art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional, primeiramente porque a doutrina é pacífica no sentido de que a retroatividade da lei nova no âmbito tributário não se aplica para dispensar tributo, e o que está sendo exigido nos autos é justamente o pagamento do ICMS calculado com base na diferença constatada no calçamento das notas fiscais.

Acrescento, a retroatividade da lei, que comina penalidade menos severa, não tem o condão de alcançar o imposto, pois, sendo assim, estaríamos diante de remissão de tributo, uma das hipóteses de extinção do crédito tributário previstas no art. 156 do CTN. Além do mais, a alínea “c” do artigo 106 vincula-se à aplicação de penalidades, que no presente caso manteve-se inalterada nos termos do artigo 42, inciso V, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

Logo, no presente caso, como dito, não se trata de aplicação de penalidade, que não modificou nem para agravar nem para beneficiar, ou seja, diz respeito a exigência de obrigação principal, em função do regime de apuração a que estava submetido, com consequência relativa à carga tributária.

Quanto ao querer do patrono do autuado no sentido de que o imposto exigido deveria ter sido calculado utilizando a alíquota prevista no art. 387-A, e sendo assim, entende que os valores corretos seriam baseados na Receita Bruta Acumulada, ou caso contrário, que fosse concedido o crédito presumido de 8% na condição de optante pelo SIMBAHIA, vejamos o que rege a legislação tributária, quanto a irregularidade apurada, praticada por contribuinte enquadrado no SimBahia: Lei 7.357/98:

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.

RICMS/97 – DEC.Nº 6.284/97:

“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. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

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

Considerando que se trata de empresa inscrita no SimBahia (período de até junho de 2007), conforme informações extraídas do sistema de informações da SEFAZ (fls. 64 e 135/143), bem assim, que a irregularidade constatada enseja a perda de benefícios em decorrência do cometimento de infração considerada pela legislação de natureza grave, não deve ser exigido o tributo com base no art. 387-A, como entendeu o autuado. Neste caso, a exigibilidade do imposto deve ser efetuada considerando a alíquota normal, conforme apurado pela autuante à fl. 08. Entretanto, deve ser deduzido a título de crédito fiscal o percentual de 8% sobre o valor das saídas apuradas, de acordo com o § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Ressalto que durante o período de janeiro de 2006 a junho de 2007, o estabelecimento se encontrava submetido ao regime do SIMBAHIA, e a partir do mês de julho até dezembro de 2007, se encontrava no regime normal de apuração do imposto, com utilização dos créditos fiscais nas entradas, conforme comprovam as cópias do Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, fls. 157 a 166. Portanto, cabível a dedução do crédito presumido para o período até junho de 2007, inaplicável as regras do Simples Nacional para o período a partir de julho de 2007 por se encontrar no regime normal de apuração do imposto.

Assim, reformulando o lançamento em acatamento a concessão do crédito presumido de 8% sobre as saídas omitidas, previsto no citado dispositivo legal, para o período de janeiro de 2006 a junho de 2007, remanesce o valor de R\$955.433,66, conforme demonstrado abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencº	B.de Cálculo	Vl.do Débito	Crédito 8%	Vl.a recolher
31/01/2006	09/02/2006	227.949,24	38.751,37	18.235,94	20.515,43
28/02/2006	09/03/2006	198.241,18	33.701,00	15.859,29	17.841,71
31/03/2006	09/04/2006	262.203,29	44.574,56	20.976,26	23.598,30
30/04/2006	09/05/2006	251.279,12	42.717,45	20.102,33	22.615,12
31/05/2006	09/06/2006	270.487,82	45.982,93	21.639,03	24.343,90
30/06/2006	09/07/2006	174.288,59	29.629,06	13.943,09	15.685,97
31/07/2006	09/08/2006	206.103,35	35.037,57	16.488,27	18.549,30
31/08/2006	09/09/2006	112.416,29	19.110,77	8.993,30	10.117,47
30/09/2006	09/10/2006	77.979,24	13.256,47	6.238,34	7.018,13
31/10/2006	09/11/2006	76.358,94	12.981,02	6.108,72	6.872,30
30/11/2006	09/12/2006	165.438,65	28.124,57	13.235,09	14.889,48
31/12/2006	09/01/2007	122.632,76	20.847,57	9.810,62	11.036,95
31/01/2007	09/02/2007	181.355,06	30.830,36	14.508,40	16.321,96
28/02/2007	09/03/2007	171.615,59	29.174,65	13.729,25	15.445,40
31/03/2007	09/04/2007	186.754,53	31.748,27	14.940,36	16.807,91
30/04/2007	09/05/2007	151.669,71	25.783,85	12.133,58	13.650,27
31/05/2007	09/06/2007	294.356,53	50.040,61	23.548,52	26.492,09
30/06/2007	09/07/2007	342.105,47	58.157,93	27.368,44	30.789,49
31/07/2007	09/08/2007	441.873,00	75.118,41	-	75.118,41
31/08/2007	09/09/2007	517.969,65	88.054,84	-	88.054,84
30/09/2007	09/10/2007	625.325,41	106.305,32	-	106.305,32
31/10/2007	09/11/2007	747.552,59	127.083,94	-	127.083,94
30/11/2007	09/12/2007	810.917,12	137.855,91	-	137.855,91

31/12/2007	09/01/2008	637.788,59	108.424,06	-	108.424,06
TOTAIS			1.233.292,49	277.858,83	955.433,66

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 nº **206952.0329/08-0**, lavrado contra **BRAZPALLET INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$955.433,66**, acrescido da multa de 150%, prevista no artigo 42, V, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR