

A. I. N° - 279862.3001/08-6
AUTUADO - GILBERTTO ALEXANDRINO DE SOUZA DE CAMPO FORMOSO
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFAS SR. DO BONFIM
INTERNET 14.09.09

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0272-05/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. Contribuinte desobrigado de escrituração de livro Registro de Entradas conforme art. 408-C do RICMS-BA. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “d” do RPAF/99, tendo em vista que o método de apuração aplicado se mostrou prejudicial ao sujeito ativo, não podendo ser objeto de correção por meio de diligência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2008, reclama o valor de R\$13.247,01, em face de omissão de saídas de mercadoria tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, caracterizada pela falta de escrituração das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 10 a 16, capturadas no CFAMT e juntadas aos autos às fls. 83 a 297.

O sujeito passivo, em sua defesa às fls. 301 a 303, argui preliminar de nulidade do feito tendo em vista divergências quanto aos períodos fiscalizados constantes do Auto de Infração e Termo de Fiscalização dizendo que o autuante reporta-se a exercício vencido resilido o que entende significar cerceamento de defesa já que não sabe, pelos autos, quais as notas fiscais vencida/resilidas nos períodos de apuração do imposto fiscalizado e, portanto, fica impossibilitado de apresentar suas justas alegações de defesa com documentação para mostrar que não existem as pretensas irregularidades e que se por ventura existe notas fiscais em poder do fisco não tem autorização de compras para comercialização. Diz que todas as sextas-feiras e aos sábados não funciona a partir das 16:30hs.

No mérito, diz tratar-se de empresa optante pelo Regime Simplificado de Tributação através de Lucro Presumido, acrescentando que os contribuintes incluídos nesse regime devem promover operações até a data base pré-fixada nos manuais que assim prevêem à medida em que procedem ao somatório das receitas havidas nos períodos básicos de apuração.

Aduz que o autuante utilizando-se de critério unilateral apenas observou alguns fatos apresentados nos livros da empresa, como livro Caixa, Inventário, DME/outros e apontou o excesso de valor a descoberto para aí imputar a cobrança do ICMS.

Afirma em que pese esta comprovação procedida pela fiscalização, o fato concreto a ser examinado refere-se à dita unilateralidade da fiscalização conquanto desconsiderou a condição a qual está autorizada o autuado em não escriturar através de livros contábeis, pois tratando-se de empresa incluída no Regime de Lucro Presumido, está desobrigada a proceder a escrituração contábil através de documentação relativa aos atos negociais, inclusive de documentos fiscais, livros contábeis e documentos pertinentes.

Fala que além dos recursos provenientes das suas transações comerciais de vendas de mercadorias, é absolutamente normal a aplicação de capital de giro em atividades que não as desenvolvidas pela empresa, como, por exemplo, receita de aplicações financeiras, receitas de serviços de ganho de capital proveniente da venda de ativos, empréstimos, etc.

Acrescenta não se poder imaginar, sob o ponto de vista estritamente contábil, como pode o autuante fazer levantamento dos saldos da conta “Caixa” da empresa se a mesma já está desobrigada por Lei Federal, o inadimplemento da não escrituração.

Concluindo, diz que o autuante fala que houve prejuízo na conta das mercadorias de R\$13.247,01, o qual já apresentou o DME condizente e que se o Auditor tem relação das notas fiscais de compras que lhe apresente Xerox para ver o que autorizou nas compras e o que não foi autorizado pela empresa, até porque não funciona às sextas e sábados a partir das 16:30hs (sic).

Diante do que expôs, requer a improcedência da autuação.

O autuante, na Informação Fiscal à fl. 309, diz que, pelo que conseguiu entender, que a defesa se baseia no enquadramento do autuado na condição de microempresa, não admitindo a obrigatoriedade da escrituração do livro Caixa, mesmo que o tenha apresentado em cópia

Quanto à alegação de que o autuado não recebeu cópia das notas fiscais constantes do auto, afirma que o seu representante recebeu as tais cópias no dia 01/10/2008 conforme a fl. 16 e novas cópias foram entregues ao contador do autuado no dia 06/02/2008, conforme fl. 315. Ratifica, por fim, as razões que basearam a ação fiscal.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito da autuação devo apreciar a questão preliminar suscitada pelo Impugnante.

O autuado argui preliminar de nulidade dizendo como motivo divergências quanto aos períodos fiscalizados constantes do Auto de Infração e Termo de Fiscalização. Diz também que a Autoridade Fiscal reportou-se a exercício vencido resiliido (*sic*) e que isso significa, no mínimo, cerceamento de defesa já que não sabe, pelos autos, quais as notas fiscais vencidas/resiliidas (*sic*) nos períodos de apuração do imposto efetivamente fiscalizado e que, por isso, ficou impossibilitado de apresentar suas justas alegações de defesa com documentação para provar a inexistência das pretensas irregularidades.

Embora bastante truncada, a postulação em si não tem pertinência porque não vislumbro nos autos qualquer divergência entre Auto de Infração e Termo de Fiscalização até porque esses dois documentos estão imbricados, conjugados em apenas um que é o Auto de Infração. Também não tem sentido a referência a exercício vencido resiliido, já que a Fazenda Pública se reserva no direito de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de elementos que possam configurar obrigações tributárias independentemente de fiscalizações já efetuadas. Por outro lado, há nos autos declaração indicando que o contribuinte recebeu cópia das notas fiscais colhidas no CFAMT e objeto da exigência fiscal (fl.16), o que torna inverídica a afirmação de que não sabia quais as notas fiscais fundamentadoras das irregularidades.

Portanto, a preliminar de nulidade na forma suscitada pelo contribuinte deve ser afastada. Entretanto, dada à condição de empresa sujeita ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, há que se analisar a acusação sob o aspecto legal e procedural.

Verifico que a infração de que a autuada está sendo acusada é a de não ter feito o registro das notas fiscais de fls. 83 a 297 e relacionadas nas fls. 10 a 16, na escrita fiscal, especialmente no livro Registro de Entradas, tendo em vista que o autuante tipifica como um dos dispositivos legais infringidos o art. 322 do RICMS-BA, que trata de tal livro, juntando, inclusive, cópia do livro do contribuinte, fls. 35 a 82.

Ocorre que de acordo o art. 408-C do RICMS-BA, vigente no período abrangido pela ação fiscal, o contribuinte inscrito no cadastro estadual como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como a partir de 01/07/2007, como contribuinte do Simples Nacional, não estão obrigados à escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias, devendo apenas manter arquivadas e em ordem as notas fiscais e todos os documentos que lhe dizem respeito pelo prazo decadencial de cinco anos. A propósito, entendo, com fundamento no princípio da estrita legalidade, que mesmo se o contribuinte inscrito no SimBahia ou Simples Nacional, a despeito de não ser obrigado, por motivo próprio manter escrita fiscal, como é o caso deste contribuinte, o fato de eventualmente não registrar documentos fiscais em livro próprio não o sujeita a penalidade fiscal por tal fato em face da carência de previsão legal.

Assim, avaliando o procedimento fiscal, entendo que o Auto de Infração está eivado de vício insanável de nulidade, uma vez que as empresas optantes pelo regime SimBahia, estavam dispensadas da escrituração do livro fiscal Registro de Entradas, assim como as do Simples Nacional estão, não cabendo, nestes casos, a cobrança do imposto e as multas pela falta de registro de mercadorias no referido livro.

Por outro lado, verifico que o autuante utilizou um procedimento incorreto para caso de empresa SimBahia que cometeu irregularidade fiscal, uma vez que, nestes casos, se deve cobrar o imposto que o contribuinte deveria ter recolhido se estivesse na condição de empresa normal, ou, a partir de 01/01/2003 a multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando tais entradas não estiverem informadas na DME, conforme art. 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96, ou, ainda, se optante pelo regime simplificado de apuração, cobrar imposto por omissão de pagamento de tais mercadorias em registro do livro Caixa, livro que ainda está obrigado a manter, ressalvando-se, ainda, que em caso de contribuinte enquadrado no Simples Nacional, não se pode cobrar imposto por falta de previsão procedural.

Posto isso, é imperiosa a nulidade do auto de infração, tendo em vista que o procedimento fiscal não se aplica aos contribuintes enquadrados no Regime Simplificado de Apuração do ICMS do SimBahia, devendo os presentes autos ensejar nova ação fiscal livre das incorreções e enganos havidos.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e represento à autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 279862.3001/08-6, lavrado contra **GILBERTTO ALEXANDRINO DE SOUZA DE CAMPO FORMOSO**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA