

PROCESSO - A. I. Nº 279467.0045/07-5
RECORRENTE - LATICÍNIO CINCOEMES LTDA. (LATICÍNIO PURO LEITE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0068-01/09
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 09/07/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0176-12/10

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 elidida. Decisão recorrida mantida. Não acolhidas as alegações de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, cujo objetivo é reformar a Decisão proferida em primeiro grau, a qual julgou o Auto de Infração Procedente.

O presente levantamento de ofício foi lavrado imputando ao sujeito passivo a prática das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Foi exigido imposto no valor histórico de R\$ 95.723,19, acrescido de multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” item 3 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 – recolheu a menor ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Foi exigido imposto no valor histórico de R\$ 10.511,93, acrescido de multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 3 – Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME. Foi aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no percentual de 5%, sobre o total das operações, prevista no art. 42, XII-A;

INFRAÇÃO 4 – deixou de apresentar documentos fiscais, referente à aquisição e saídas de mercadorias no exercício de 2005, quanto regularmente intimado. Foi aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor fixo de R\$ 370,00, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96;

Os julgadores da Primeira Instância administrativa, ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, mantiveram o lançamento de ofício inalterado, por entenderem que restou devidamente caracterizada a prática das referidas infrações.

Inicialmente foi afastado o pedido de diligência formulado pelo autuado, sob o fundamento de inexistirem dúvidas acerca das questões perquiridas.

No que concerne às infrações 1 e 2, por se tratar de falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS, entenderam que, após analisarem os autos, mais precisam do imposto devido, constante dos demonstrativos elaborados pelo exercício de 2006 e exercício 2004, e as cópias do livro Registro d

procedimentos adotados pelo autuante estão corretos, uma vez que foram elaborados com base nas entradas e saídas de mercadorias escrituradas, apresentadas à fiscalização, resultando em valores superiores aos apurados e recolhidos pelo autuado .

Destacou-se que o sujeito passivo ao optar pelo regime do SimBahia ficou condicionado a apurar o imposto na forma determinada e nos limites previstos em lei, inexistindo previsão legal para tratamento diferenciado na apuração do imposto devido pelo regime simplificado em função do tipo de tributação inerente à mercadoria comercializada, independentemente de comercializar mercadorias isentas. Os arts. 384-A, §1, I e II, c/c art. 399-A, ambos do RICMS, tratam dos critérios para fins de adoção do tratamento tributário de que cuida o SIMBAHIA e as restrições para o enquadramento neste regime, não preveem exclusão das saídas de mercadorias isentas no cálculo da receita bruta aplicada na apuração do imposto devido, através da receita bruta.

Concluíram aduzindo 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.*”

Diante de tais argumentos foram mantido as infrações 1 e 2 inalteradas.

Quanto à infração 3, entenderam que a mesma restou devidamente caracterizada através das diferenças obtidas com o confronto entre as notas fiscais de entradas capturadas pelo CFAMT, e aquelas que foram apresentadas pelo autuado, registradas no livro Registro de Entradas e declaradas na DME.

No que concerne à infração 4 asseveraram que, através das fls. 9 e 10, ficou devidamente comprovado que o sujeito passivo foi intimado para apresentar as notas fiscais de entradas e saídas, referentes ao exercício de 2005, porém não atendeu o quanto solicitado, tampouco apresentou justificativa para tanto.

Em relação à tese defensiva de que a correção monetária, os acréscimos moratórios e a multa aplicada, no Auto de Infração se configuram um *bis in idem* e enriquecimento ilícito por parte da Fazenda Pública, não foram acolhidos tais argumentos, vez que todos os dispositivos apontados pelo autuado encontram guarida no COTEB e na Lei nº 7.014/96. Destacaram, ainda, que as Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF não possuem atribuição para decidir acerca da legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Ao final, votou pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a referida Decisão, o autuado ingressou com Recurso Voluntário, destacando, inicialmente, que atua no comércio de leite, conforme inscrição junto ao CAD-ICMS/BA, há aproximadamente 8 anos, e que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias. Disse que a relação fisco X contribuinte deve ser de forma harmoniosa, não podendo utilizar métodos de fiscalização baseada em métodos indiciários, pois tal atitude incidiria numa renúncia à prova material em favor de uma Decisão pessoal, alicerçada em presunção.

Aduz que o lançamento de ofício não merece prosperar, vez que o mesmo encontra-se com vícios e irregularidades, além de não comportar no mérito uma análise mais profunda, conforme será demonstrado.

Asseverou que o lançamento fiscal não realizou um trabalho completo de fiscalização, tendo o autuante utilizado de métodos subjetivos e arbitrários. Ressaltou que houve um erro na apuração do suposto crédito tributário, haja vista que a legislação tributária da Bahia prevê isenção das operações com produtos agropecuários.

Diante de tais fatos, alegou que o autuado encontra-se isenta do pagamento do referido imposto, uma vez que trabalha exclusivamente com leite pasteurizado, e que dos valores pagos pelos seus clientes, são repassados 50% aos produtores rurais.

Aduziu que o valor cobrado referente ao recolhimento a menor de 1

podia prosperar, uma vez que são receitas oriundas de venda de Leite, conforme o art. 14, XII.

Quanto à acusação de omissão de entrada de mercadoria (leite), aduz que todos os seus fornecedores são produtores rurais autônomos, e que não emitem notas de saídas e que toda a entrada do leite fornecido corresponde, respectivamente, às saídas da referida empresa.

Com a finalidade de robustecer a sua tese defensiva, apresenta os seguintes questionamentos:

“1 – porque o DD Auditor fiscal não verificou sobre o tipo de mercadoria exposta nas notas fiscais de saídas?

2 – porque o DD Auditor fiscal não levou em conta o art. 14, inciso 12?”

Afirmou que a simples presunção não caracteriza o ilícito fiscal e o levantamento deve ser revestido de elementos técnicos e legais para produzir efeitos positivos, sendo anuláveis aqueles praticados sem a observância dos referidos preceitos legais.

Questiona a multa aplicada, aduzindo que a partir da Lei nº 9.298/96 a multa por inadimplemento passou para o máximo de 2%, e que as multas aplicadas pelo fisco, não encontram guarida haja vista o patente enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual. Disse que as multas aplicadas se revelam em um confisco, o que é vedado pelo nosso sistema tributário. Cita trechos de doutrina, para fundamentar as suas teses.

Insurge-se contra a atualização monetária, juros de mora sobre o ICMS atualizado e correção monetária, alegando que a Lei nº 9.298/96, estatuiu que as multas de mora não poderão ultrapassar a 2% sobre o valor da prestação. Disse que tais penalidades configuram um *bis in idem* e enriquecimento ilícito por parte do FISCO.

Por fim, pugna pela nulidade do Auto de Infração, e no mérito pela improcedência e, caso não sejam acatados os pedidos anteriores, que seja reduzido o valor da multa para o percentual de 2%.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário, aduziu que a tese sustentada pelo sujeito passivo não merece ser acatada, haja vista que a lei instituidora do SimBahia não diferencia as mercadorias quanto à forma de tributação para fins de apuração da receita bruta e, conseqüentemente, para identificação do percentual a ser recolhido a título de ICMS.

Disse que concorda com a afirmação dos julgadores da JJF, de que a adoção do regime do Simbahia foi uma opção do contribuinte, e ao fazer, ficou submetido às regras do referido sistema, ainda que, neste momento, percebesse que não foi uma opção vantajosa.

Quanto à ausência de registro das notas fiscais, disse que não cabia o argumento de inexistência dos documentos, haja vista que a infração encontra-se consubstanciada nas cópias dos documentos fiscais capturados pelo CFAMT em comparação com as DME dos períodos, onde não constam tais registros.

No que concerne às multas aplicadas, asseverou que as mesmas encontram-se previstas na Lei 7.014/96, e o mesmo acontecendo em relação à correção e aos acréscimos moratórios que são calculados na forma estabelecida pelo COTEB.

Ao final, pugnou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, com a intenção de reformar a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa, a qual julgou o Auto de Infração totalmente procedente.

Antes mesmo de adentrar ao mérito do Recurso Voluntário, venho afastar todas as alegações de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, haja vista que o Auto de Infração preencheu todos os requisitos de lei inerentes ao processo administrativo fiscal. Cor autos, o autuante realizou uma auditoria perfeita, ou seja, indicou infração, bem como calculou o montante do débito corretamente,

correções monetárias, conforme previsão contida em Lei.

Desta forma, não há que se falar em qualquer vício formal que pudesse acarretar a nulidade total ou parcial do lançamento. Rejeito.

As infrações 1 e 2, foram imputadas acusando o sujeito passivo de falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

A tese sustentada pelo sujeito passivo de que o imposto é indevido, haja vista que o autuado comercializa mercadorias isentas de tributação, conforme previsão contida no art. 14, XII, do RICMS, não merece ser acolhida.

A auditoria levada a efeito pelo autuante, foi baseada na contabilização das entradas e saídas de mercadorias escrituradas pelo autuado, nos seus livros fiscais e apresentados à fiscalização, oportunidade em que foi apurado um imposto devido superior àquele apurado e recolhido pelo sujeito passivo.

A legislação do ICMS deste Estado, ao dispor acerca do tratamento tributário em relação àqueles optantes do SimBahia, mais precisamente os arts. 384-A, §1, I e II, c/c art. 399-A, ambos do RICMS, não prevê a exclusão das saídas das mercadorias isentas no cálculo do imposto da receita bruta aplicada na apuração do imposto devido, assim, a exigência do imposto encontra-se correta.

Merece, ainda, destaque a conclusão externada pelos Julgadores de Primeira Instância administrativa ao afirmarem 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.”*

Diante dos referidos argumentos, mantenho inalteradas as infrações 1 e 2.

A infração 3 acusa o sujeito passivo de omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME. A imposição fiscal foi apurada com base na análise das notas fiscais de entradas obtidas através do CFAMT e aquelas que foram apresentadas pelo autuado, registradas no livro Registro de Entradas e declaradas na DME.

O sujeito passivo, no seu Recurso Voluntário, apenas, alegou que todos os seus fornecedores são produtores rurais autônomos, e que não emitem notas de saídas e que toda a entrada do leite fornecido corresponde, respectivamente, às saídas da referida empresa. Analisando os autos, entendo que os argumentos trazidos pelo recorrente não são suficientes para elidir a infração fiscal, haja vista que a prova necessária à elisão da acusação é de cunho material, ou seja, deveria demonstrar que escriturou as referidas notas fiscais, ou comprovar que não adquiriu as referidas mercadorias indicadas nas notas fiscais recolhidas pelos postos fiscais.

Não havendo provas materiais do não cometimento da infração, mantenho a autuação inalterada.

A quarta e última infração, acusa o recorrente de ter deixado de apresentar documentos fiscais, referentes à aquisição e saídas de mercadorias no exercício de 2005, quando regularmente intimado. Como bem destacaram os julgadores de Primeira Instância a imputação fiscal restou devidamente comprovada através das intimações constantes às fls. 9 e 10. Ou seja, ficou demonstrado que o sujeito passivo foi intimado para apresentar as notas fiscais de entradas e saídas referentes ao exercício de 2005, porém não atendeu o quanto solicitado, tampouco apresentou justificativa para tanto.

Não tendo o autuado apresentado qualquer argumento que pudesse elidir a infração fiscal, mantenho inalterada a infração 4.

No que se refere ao argumento do sujeito passivo de que a multa pelo inadimplemento do imposto deveria ser no percentual máximo de 2%, o mesmo não me a previsão contida na Lei 9.298/96 não é aplicada ao direito tributário natureza jurídica de ambas as penalidades. Assim, estando as 1

Infração em conformidade com a legislação inerente ao descumprimento de obrigações tributárias, mantenho as mesmas inalteradas.

Diante tudo exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279467.0045/07-5, lavrado contra **LATICÍNIO CINCOEMES LTDA. (LATICÍNIO PURO LEITE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.235,12**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, 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, 09 de junho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS