

PROCESSO	- A. I. Nº 120018.0030/08-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- 2M INDÚSTRIA DE PALLET LTDA. (2M PALLET)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJJ nº 0304-05/09
ORIGEM	- INFAS INDÚSTRIA
INTERNET	- 25/08/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0239-12/10

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. DOCUMENTOS FISCAIS. NÃO LANÇAMENTO NOS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração nula tendo em vista que foi exigido ICMS por presunção legal, quando na verdade os documentos fiscais de saídas encontram-se nos autos e a empresa está inscrita no Simbahia. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Excluídas as notas fiscais relativas a bens de uso e consumo e do ativo imobilizado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Nula a exigência fiscal contida no item 1 e Procedente em Parte o item 2 do Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado imputando ao recorrido a prática de duas infrações que reclamam:

1. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Vendas mensais não informadas nos DAE de pagamento e na DME. Tudo com fundamento no art. 2º, § 3º, c/c com arts. 50, 60, I; 124, I; 323 e §§; c/c art.331 do RICMS aprovado pela Decreto nº 6.284/97 e multa com enquadramento no art.42, III da Lei 7.014/96 - ICMS no valor de R\$52.817,24 e multa de 70%.
2. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME. Infração com fundamento art. 408, IV e art. 335 do Decreto nº 6.281/97 e multa com enquadramento no art. 42, XII-A da Lei 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02 - Multa no valor de R\$13.704,72, percentual de 5%.

O contribuinte comparece nos autos e, através da sua peça defensiva, às folhas 134 a 136, aduz que da análise dos dados constantes na DME em confronto com o arquivo eletrônico do SINTEGRA, lhe foram imputadas às infrações descritas acima. Afirma, entretanto, que o autuante desconsiderou a existência registro de ocorrência policial junto à Delegacia da 14ª Circunscrição Policial tombada sob nº da Guia 0142008004465, em que o contribuinte informa ter sido vítima de furto do seu automóvel que guardava, além de objetos pessoais, diversos documentos, inclusive notas fiscais que porventura não foram informados na DME. Aduz, ainda, que as notas fiscais de material de uso e consumo e do Ativo Imobilizado foram objeto da infração, redundando num suposto crédito tributário de R\$ 66.521,96.

Por fim, pede a improcedência da autuação fiscal, retirando da base de cálculo os valores referentes à compra de material de uso e consumo e do ativo imc pelo autuante.

O autuante presta informação fiscal, fls. 166 e 167, combatendo os argumentos defensivos dizendo que o fato de ter havido extravio das notas fiscais não desonera o contribuinte do pagamento do imposto e das comprovações necessárias, consoante art. 146 do RICMS/97.

Que o autuado tacitamente concorda com o item “1” relativo às omissões de saídas.

Consigna que, quanto à multa aplicada pela falta de informação de entradas de mercadorias em documentos econômico-fiscais, não há que se falar em exclusão dos itens apontados, haja vista que as mercadorias são sujeitas à tributação. Ademais, as empresas de pequeno porte estão desobrigadas ao pagamento da diferença de alíquota, o que não significa que tais bens são isentos ou não tributados.

Conclui afirmando que o autuado não apresentou provas ou argumentos que pudessem elidir a ação fiscal, pedindo a Procedência do Auto de Infração.

A 5^a junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF decide pela procedência parcial do Auto de Infração, excluindo da exigência fiscal, os bens destinados a uso e consumo do estabelecimento do autuado, tais como slides, botas, Kit lubrificação, assim como, os bens do ativo imobilizado, consoante as cópias de notas fiscais trazidas pela defesa, fls. 149 a 161, indicando que do montante da infração deve ser abatido da base de cálculo o valor de R\$ 34.971,53, em que o percentual de 5%, corresponde ao valor de R\$ 1.748,57.

Ainda da análise do presente PAF, a dota 5^a JJF revela que diante do fato de ser o contribuinte inscrito no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – Simbahia, como empresa de pequeno porte, laboraram os autuantes no equívoco desconsiderando tal fato e lavrando o Auto por presunção de omissão de saídas de mercadorias, como indicado no dispositivo infringido, art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Verificou a 5^a JJF que o autuante encontrou a base de cálculo como se fosse de presunção legal, concedendo o crédito presumido de 8%, contudo, não se pode cobrar o ICMS com base em presunção legal, pois a empresa estava inscrita no Simbahia e as notas fiscais de saídas foram emitidas. Assim sendo, trata a infração de imposto não recolhido, que teria que ser apurado com base no enquadramento do contribuinte inscrito no Simbahia, o que requer a aplicação das alíquotas pertinentes à empresa de pequeno porte.

Entende então a 5^a JJF que a infração 1 é nula, devendo ser renovada a ação fiscal, a salvo de equívocos, pelo que fica representada à autoridade fazendária.

A infração 2, demonstrada nas planilhas de fls. 06 a 07, é aplicada ao contribuinte a multa de 5% prevista no art. 42, XII-A, percentual incidente sobre o valor das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Entende a 5^a JJF, inclusive à luz do art.110 do CTN, que a lei trata mercadorias e bens de formas distintas, sendo mercadoria um bem móvel sujeito à mercancia, e fundamento nesse entendimento a procedência das alegações de defesa quanto à aplicação de multa sobre bens que ingressaram para uso e consumo, ou ativo fixo do estabelecimento. Desse modo, decide pela exclusão da exigência fiscal, incidente sobre os bens destinados a uso e consumo do estabelecimento, tais como slides, botas, Kit lubrificação, assim como, os bens do ativo imobilizado, consoante as cópias de notas fiscais trazidas pela defesa, fls. 149 a 161 do PAF, indicando que do montante da infração deve ser abatido da base de cálculo o valor de R\$ 34.971,53, em que o percentual de 5%, corresponde ao valor de R\$ 1.748,57.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 5^a JJF
reapreciar do Acórdão de nº 0304-5/09 que impõe sucumbência da

ralação às infrações de nºs 1 e 2, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

Da análise dos autos verifico que:

Na infração 1 que exige imposto em razão da omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Vendas mensais não informadas no DAE de pagamento e na DME, foi cobrado o ICMS de acordo com o disposto no art. 408-S do RICMS/BA, foi concedido o crédito presumido de 8% e apurado o imposto devido, com fundamento no levantamento à fls 8 e 9.

Observo que o contribuinte encontra-se regularmente inscrito no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – Simbahia, como empresa de pequeno porte e, assim sendo, não poderia o autuante fazer levantamentos de débitos com base na presunção de omissão de saídas de mercadorias, como indicado no dispositivo infringido, art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Como o fez, o autuante encontrou a base de cálculo como se fosse de presunção legal, concedendo o crédito presumido de 8%.

Ocorre que, em relação ao contribuinte em questão, não é possível cobrar o ICMS com base em presunção legal, pois a empresa estava inscrita no SimBahia e as notas fiscais de saídas foram emitidas. Nesse caso, diante das constatações, estamos diante do não recolhimento de imposto que deveria ter sido apurado à luz do Simbahia, aplicando-se as alíquotas pertinentes à empresa de pequeno porte.

Deste modo, entendo e concordo com o entendimento da 5ª JJF, quando afirma que a infração nº 1 tem a sua fundamentação legal equivocada na medida em que desconsiderou o determinante fato de que a empresa estava inscrita no SimBahia, e como tal, gozava de regime Simplificado de Apuração o ICMS. Tal fato torna nula a infração de nº 1 e, a rigor do art. 21 do RPAF/99, deve ser renovada a ação fiscal, a salvo de equívocos, pelo que fica representada à autoridade fazendária.

Quanto à infração 2, o contribuinte é acusado de ter omitido entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, o que lhe rendeu a aplicação de multa de 5%, demonstrada às fls. 06 e 07, com previsão legal no art. 42, XII-A, percentual incidente sobre o valor das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Com respeito às alegações do autuado de que ocorreu extravio das notas fiscais em razão de furto, inclusive notas fiscais que porventura não foram informadas na DME, concordo com o entendimento do fiscal autuante quando diz que o extravio, furto, etc. de documentos fiscais, não exime o contribuinte de tomar as providências cabíveis no sentido de proceder aos registros fiscais e contábeis das notas fiscais. Ademais, resta provado que as ditas mercadorias ingressaram no estabelecimento, contudo, sem a devida escrituração.

Quanto à alegação de defesa no que tange à aplicação de multa aplicada sobre bens que ingressaram para uso e consumo, ou ativo fixo do estabelecimento, entendo ser absolutamente procedente e cito trecho do voto do eminente Relator da 5ª JJF, *in verbis*.

“Entendo que este último argumento do autuado tem procedencia, pois a lei diferencia mercadorias e bens. Para o direito, mercadoria é o bem móvel sujeito à mercancia. Para a doutrina “Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.”. É preciso que tenha por finalidade a venda ou revenda.” (O ICMS na Constituição, Roque Antonio Carazza, fls. 39, 7ª ed. Malheiros).

Ademais, nos termos do art. 110 do CTN, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado.”

Assim, entendo devam ser excluídas da exigência fiscal as notas fiscais de entrada de mercadorias nºs 4610, 108332, 108378, 7540, 112678, 397, 9989, 113372, 157346, 113796, 114356, 416 e 115346 acostadas às fls. 149 a 161 por serem mercadorias destinadas ao estabelecimento, tais como slides, botas, Kit lubrificação, assi

imobilizado, conforme demonstrativo constante da Decisão recorrida.

Isto posto, com fundamento no art. 18 do RPAF/99 considero nula a exigibilidade do lançamento constante da infração nº 1 e mantendo a exclusão das notas fiscais de entrada de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento e ao ativo imobilizado – infração 2 (fl. 2).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida. A rigor do art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a renovação da ação fiscal no que se refere ao item 1, a salvo da falha acima apontada, para, caso se verifique a infração, seja lavrado novo auto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 120018.0030/08-4, lavrado contra **2M INDÚSTRIA DE PALLET LTDA. (2M PALLET)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.956,15**, prevista no art. 42, XII-A da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS