

A. I. Nº - 233000.0013/08-2
AUTUADO - VILMA COSTA GOMES
AUTUANTE - FLÁVIO JOSÉ DANTAS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 23/02/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0007-03/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL À LEGISLAÇÃO MATERIAL QUE REGULA O TRIBUTO. Vícios formais e materiais do procedimento. Fato descrito de forma imprecisa. No período em que o contribuinte era inscrito no SimBahia, não estava obrigado a escriturar na escrita fiscal as entradas de mercadorias. E no período em que o ele passou a ser optante pelo chamado Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – não havia à época do fato definição legal quanto ao ente jurídico competente – Estados, Municípios, União – para fiscalizar e lançar de ofício os valores devidos. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/08, acusa “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 27.272,63, com multa de 70%.

O autuado defendeu-se dizendo que é uma microempresa comercial varejista, tendo como atividade principal o comércio varejista de confecções. Comenta o teor da imputação e o sentido dos dispositivos legais apontados na autuação. Alega que o lançamento não deve prosseguir porque, sendo uma microempresa, está desobrigada de algumas obrigações acessórias, mas, para evitar constrangimentos, apesar de ter a proteção legal, anexou à defesa as Notas Fiscais que foram apontadas pelo autuante como sonegadas, dizendo que assim procede com o intuito de demonstrar que sua intenção foi de boa-fé, não tendo interesse em estorvar a lei fiscal. Em face disso, considera que o Auto de Infração se encontra eivado de incorreções, que obstem a produção de quaisquer efeitos, não admitindo a dívida que lhe foi atribuída por se considerar isento do seu cumprimento, pelas razões expostas. Transcreve trecho da lavra de Samuel Monteiro. Apega-se ao preceito do art. 37 da Constituição. Assinala que sua defesa se baseia no art. 408-C, II, do RICMS, segundo o qual as microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto o arquivamento da documentação em ordem cronológica. Diz que até 30 de junho de 2007 era optante pelo sistema do SimBahia na condição de microempresa, que lhe dava certas regalias perante os dispositivos apontados na autuação, não tendo a obrigação de escriturar o livro de entradas. Juntou cópia do Registro de Entradas dos meses de julho a dezembro de 2007. Alega ainda que sua empresa está protegida pelo art. 408-S do RICMS. Conclui dizendo que não lesou quaisquer dos dispositivos citados. Pede que seja retificado o valor do lançamento.

O fiscal autuante prestou informação externando o entendimento de que a defesa são fracas e sem nenhuma substância. Observa que o Auto de Infração base em relatórios do sistema Sintegra, ficando caracterizada a ef

pelo contribuinte. Chama a atenção para os documentos que lhe foram entregues pelo contribuinte. Destaca que o autuado não negou as compras indicadas pelo Sintegra, tendo apenas pedido que seja retificado o valor do Auto em função da apresentação das Notas indicadas na defesa. Seguem-se considerações em que indaga se o contribuinte estaria pretendendo atrapalhar o trabalho do fisco, ou se estaria o contribuinte não cumprindo o determinado no “artigo 408-C, inciso II do Decreto 6.284 de 16/03/1997” [sic]. Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração em sua totalidade, ou que, caso este órgão julgador considere plausíveis os reclames do contribuinte, que seja mantida parte do valor lançado, conforme está demonstrado em relatório anexo à informação, relativamente às Notas Fiscais não anexadas pela defesa.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou contestando a opinião do fiscal autuante de que os argumentos da defesa seriam fracos e sem nenhuma substância, bem como a insinuação de que a empresa estaria dificultando o trabalho do fisco. O autuado rebate que sua defesa foi fundada na legislação fiscal e na Constituição. Indaga de que forma o fato de ter anexado novos documentos à defesa poderia significar que estivesse pretendendo prejudicar a lei fiscal. Reitera o pedido formulado na defesa.

VOTO

Este Auto de Infração cuida do lançamento de ICMS decorrente de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”. Há um adendo na descrição do fato explicando que se trata de Notas Fiscais de entradas em relação às quais não foram comprovadas a “escrituração e apuração do ICMS”.

Até 30 de junho de 2007, o autuado era optante pelo sistema do SimBahia na condição de microempresa. A partir de 1º de julho de 2007, passou a integrar o chamado Simples Nacional. Em face disso, a apreciação do mérito desta lide há de ser feito separando os fatos em dois blocos: *a)* até 30 de junho de 2007 (fl. 238); *b)* a partir de 1º de julho de 2007 (fl. 237).

O autuado alega que, enquanto microempresa, a legislação lhe dava certas regalias no tocante ao cumprimento de obrigações acessórias. Cita o art. 408-C, II, do RICMS. Aduz que não tinha obrigação de escriturar o livro de Notas Fiscais de entradas [Registro de Entradas].

O fato objetivamente imputado pela fiscalização foi este: entradas de mercadorias não registradas. Diante desse fato o fiscal aplicou a presunção prevista no § 3º, IV, do art. 2º do RICMS. Isso é o que se constata no campo “Enquadramento”, no Auto de Infração.

Demonstrarei que, em se tratando de microempresa inscrita no sistema SimBahia, não havia previsão legal para aplicação daquela presunção.

Se, de fato, o contribuinte omitiu em seus controles os dados das Notas Fiscais em questão, a conclusão é de que realmente houve uma infração, porém o fiscal não soube o que fazer diante da infração constatada: simplesmente diante da constatação de entradas de mercadorias não “escrituradas”, foi aplicada, inadvertidamente, a presunção prevista no § 3º, IV, do art. 2º do RICMS.

A descrição do fato neste caso é deficiente porque não foi dito *onde* foi que as entradas não foram escrituradas.

Supondo que o fiscal quisesse dizer que as entradas não foram escrituradas no Registro de Entradas, cumpre observar que isto não importa, pois o contribuinte era inscrito como microempresa, e a legislação dispensava os contribuintes inscritos no SimBahia da manutenção de escrita fiscal (RICMS, art. 408-C, “caput”). Seria um absurdo admitir-se que a lei dispensasse o contribuinte de escriturar o Registro de Entradas, porém o punisse porque não escriturou entradas de mercadorias no referido livro...

Ainda no campo das suposições, já que não foi dito onde é escrituradas, suponha-se que o fiscal quisesse dizer que as entr

contabilidade. Se essa foi a intenção, há que se advertir que a legislação dispensava os contribuintes inscritos no SimBahia da manutenção de escrituração regular, caso fosse atendida a faculdade prevista no art. 408-C, VI, “a”, do RICMS.

Por fim, e ainda no terreno das suposições, imagine-se que o fiscal pretendesse dizer que as entradas não foram escrituradas no livro Caixa. Ocorre que, nos termos do art. 408-C, VI, “a”, do RICMS, em vigor à época dos fatos em exame, a legislação, ao prever a faculdade de adoção do livro Caixa em substituição à exigência da escrita mercantil completa, diz uma coisa óbvia, ao se referir ao conteúdo do livro Caixa: sua finalidade era o registro da movimentação financeira, inclusive bancária. Ora, a presunção autorizada pelo § 3º, inciso IV, do art. 2º do RICMS é para o caso de falta de registro de “entradas de mercadorias” na contabilidade do contribuinte, e não para o caso de falta de registro da “movimentação financeira”. Com efeito, o RICMS, no art. 408-C, VI, “a”, previa que os contribuintes inscritos no SimBahia com receita bruta superior a R\$ 30.000,00, em *substituição à apresentação da escrita mercantil*, “podem” escriturar o livro Caixa, “com o registro de sua *movimentação financeira, inclusive bancária*” (os grifos são meus). Pode-se afirmar é que a movimentação financeira objeto de registros no livro Caixa se refere, muitas vezes, a negócios dos quais resultam entradas de mercadorias. O livro Caixa destina-se ao registro de ingressos e saídas de dinheiro (dinheiro em sentido amplo, compreendendo a movimentação bancária efetuada mediante cheques, transferências, débitos, créditos, etc.). Por conseguinte, o livro Caixa não se destina ao registro de “entradas de mercadorias”. O que no referido livro devem constar são entradas (e saídas) “de dinheiro”, e não “de mercadorias”.

Com isso não se há de concluir que os contribuintes do SimBahia não tivessem a obrigação de efetuar qualquer registro das entradas de mercadorias em seus estabelecimentos. Tinham. Mas não sob a forma de “escrituração”, como acusa o nobre autuante. Os contribuintes do SimBahia estavam obrigados a registrar as entradas de mercadorias não em livros, mas sim em outro instrumento, a DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte).

Convém lembrar que normas que cuidam de infrações e penalidades devem ser interpretadas nos estritos termos da lei. Não se admite interpretação analógica ou extensiva em matéria penal (tributária penal, neste caso).

O legislador, notando a lacuna existente na lei estadual, supriu essa lacuna, ao acrescentar ao art. 42 da Lei nº 7.014/96 o inciso XII-A. Esse inciso prevê a multa de 5% do valor comercial 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 (DME), nestes termos:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XII-A – 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.”

Em suma, no caso de contribuinte *dispensado de escrituração regular* – e este é o caso dos contribuintes inscritos no SimBahia –, não é possível a aplicação da presunção de que cuida o § 3º do art. 2º do RICMS, que cuida da *omissão, na escrita do contribuinte, de “entradas de mercadorias”*.

Passo agora ao exame dos lançamentos atinentes ao período em que o contribuinte passou a ser optante pelo chamado Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas

À época do fato, não havia sido decidido ainda como haveria de ser a escrituração das microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poder

Created with

Distrito Federal e dos Municípios. Enquanto se aguardava essa definição, não se sabia de quem seria a competência para fiscalizar e lançar de ofício os valores devidos.

O art. 386 do RICMS especifica os fatos que, embora sujeitos ao recolhimento do chamado Simples Nacional, também se sujeitam à incidência do ICMS, quais sejam: *a)* operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; *b)* ICMS devido por terceiro, ao qual o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual; *c)* entrada, no território do Estado, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização; *d)* desembaraço aduaneiro de mercadoria procedente do exterior; *e)* aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal; *f)* operação ou prestação desacoberta de documento fiscal; *g)* operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal, inclusive quanto à “antecipação parcial”; *h)* diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de bens ou mercadorias não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, observada a dispensa prevista no art. 7º, V.

Por conseguinte, o Auto de Infração é nulo por inadequação do procedimento fiscal à legislação material que regula o tributo em questão.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento fiscal. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **233000.0013/08-2**, lavrado contra **VILMA COSTA GOMES**.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de fevereiro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA