

A. I. Nº - 206925.0008/08-2  
**AUTUADO** - RP MATERIAIS DE ELÉTRICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**INTERNET** - 21.10.2010

## 2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0283-02/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS DE DADOS ENTRE AS VIAS DOS DOCUMENTOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE AS DIFERENÇAS. Fato demonstrado nos autos, através da diferença apurada no cotejo entre o valor constante na 1<sup>a</sup> via e 2<sup>a</sup> via da Nota Fiscal. Revisão fiscal atribuiu o crédito fiscal presumido no percentual de 8% por se tratar de contribuinte enquadrado no regime SimBahia Reduzido o valor originalmente autuado. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as argüições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2008, exige ICMS, no valor histórico de R\$56.570,56, acrescido da multa de 150%, decorrente de recolher a menor o ICMS em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas Notas Fiscais.

O autuado apresentou defesa, fls.179 a 192, argumentando preliminarmente que ao examinar os demonstrativos elaborados pela fiscalização, percebeu que a base de cálculo do crédito tributário exigido é a suposta diferença entre a 1<sup>a</sup>. via emitida e as vias fixas dos talões, entretanto, o roteiro de auditoria adotado seria devido se o autuante apresentasse ao autuado no momento da intimação do auto de infração as 1<sup>as</sup>. vias emitidas, contudo não o fez, o que fulmina de nulidade o lançamento elaborado por cerceamento de direito de defesa.

Ainda em preliminar, destaca que a Fazenda Estadual desconsiderou que a empresa autuada, durante o período apurado, estava enquadrada 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. Mesmo que fosse considerada a previsão do Regulamento do ICMS na época dos respectivos fatos gerados, convém destacar que não estaria correto a forma de apuração adotada pela nobre autuante, pois não foi concedido o crédito fiscal presumido de 8% (oito por cento) sobre a base de cálculo previsto no §1<sup>a</sup> do Art. 408-S do RICMS.

Discorre sobre a doutrina jurídica sobre direito de defesa e princípio do contraditório, que leva ao seu entendimento que o auto de infração é nulo ao teor do artigo 18, inciso II, do RPAF, que transcreve, por representar ato administrativo praticado com preterição do direito de defesa, conforme estabelece o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

No mérito, requer que seja aplicado o devido regime de apuração do imposto. Isto porque, o Autuado aderiu ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, em conformidade com o disposto na Lei 7.357/98, sendo enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, recolhendo o ICMS correspondente à sua receita bruta ajustada, conforme impõe o art. 7º, inciso II, da Lei 7.357/98. Contudo, o autuante aplicou durante todo o período fiscalizado a alíquota de 17%, o que termina por infringir os princípios constitucionais da estrita legal

confisco e moralidade, posto que a empresa autuada, quando aderiu ao SIMBAHIA, deixou de apropriar-se de quaisquer créditos, utilizando-se em contrapartida de alíquota reduzida.

Argumenta que a manutenção da presente exigência fiscal, implicará, em uma ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que a mesma alíquota aplicada a autuada é aplicada aos contribuintes normais, por força do art. 50 do RICMS vigente, aos quais são assegurados o direito de crédito garantido por nossa Carta Magna e pelo art. 91 e seguintes do RICMS.

Argumenta a respeito da vigência da Lei Tributária no tempo, vez que o Regulamento do ICMS, vigente na época dos fatos geradores, previa que quando o contribuinte incorresse na prática de infrações de natureza grave o imposto seria exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais (art. 408-S c/c 408-I, inciso V).

Diz que 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 n.º 10.646). Observa que atualmente não há qualquer previsão legislativa em apurar o 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.

Observa que a hipótese de incidência tributária é, “quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-l, 408-m, 408-p e 408-r”, cujo verbo núcleo é “constatar”, justamente a partir da constatação da infração que se deve apurar o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. É a partir da constatação de 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.

Destaca que o valor exigido não deve persistir integralmente, vez que o autuante desconsiderou o crédito fiscal presumido o qual o autuado faria jus em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, decorrente da perda da adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS por prática de infração de natureza grave, previsto no § 1º. do art. 408-L do RICMS na época dos fatos geradores apurados, tecendo comentários sobre o princípio da não-cumulatividade está previsto no seu art. 155, II, §2º, I e II da Constituição da República.

Requer que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando 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, ou seja, R\$ 29.949,11.

Ao finalizar, requer seja julgado nula a ação fiscal, ou seja julgada procedência parcial.

O auditor autuante, fls. 204 a 209, ao prestar a informação fiscal, diz que as 1as. vias das notas fiscais objeto da autuação, que integram o Auto de Infração em lide, foram entregues ao representante legal do contribuinte, Sr. DAMIÃO PINHEIRO DA MOTA (Procuração às fls. 175), conforme declaração de recebimento, constante das fl. 9 do presente processo. Deste modo, o pedido de nulidade não tem fundamento algum, pois, como está provado no processo, não houve preterição do direito de defesa.

No mérito, observa que pela legislação da época dos fatos geradores, o contribuinte, mesmo inscrito nas condições do SIMBAHIA, tendo praticado atos fraudulentos, com o escopo de omitir receitas tributáveis, ou manter-se no gozo de um benefício que não faz jus, o imposto deverá ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, no momento da ocorrência dos fatos geradores. Apesar da defesa transcrever diversos dispositivos regulamentares acerca das irregularidades fiscais praticadas pç

SimBahia, alguns dispositivos foram propositadamente omitidos, com o intuito de conduzir os leitores à conclusões equivocadas.

Aduz que pela legislação vigente à época da ocorrência das infrações, aplicar-se-ia o seguinte dispositivo regulamentar: "*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).*"

Diz que tendo o autuado praticado calçamento de documentos fiscais, configura-se a infração capitulada no art. 408-L, inc. V combinado com o VII que transcreve para fundamentar seu entendimento e declara que o imposto deve ser cobrado com base nos critérios normais de apuração, no momento da ocorrência dos fatos geradores. Para elucidar ainda mais a questão, a multa por essa infração está capitulada no art. 915, inc. V, do mesmo diploma legal. O legislador ao estabelecer a multa aplicável à infração, não deixou dúvida quanto ao momento da aplicação da norma. Acrescenta que a empresa infratora deverá, também, ser penalizada administrativamente com a medida prevista no artigo 408-L.

Quanto ao crédito fiscal que o autuado alega ter direito, ressalta que o dispositivo regulamentar citado determina que o crédito de 8% deva ser utilizado em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, o que não é o caso deste tipo de infração, configurada como crime de sonegação fiscal e punível conforme dispositivos da Lei nº 8137/90. Não pode haver aproveitamento de crédito fiscal em operações em que houve adulteração de documentos fiscais, com a finalidade de reduzir o imposto devido.

Esclarece que se tratando de uma apuração de imposto, mediante utilização do mesmo tratamento fiscal aplicado às empresas normais, conforme estatuído legalmente, a base de cálculo sonegada ao fisco, representada pela diferença demonstrada, aponta para um recolhimento a menor do ICMS, portanto, sem nenhuma espécie de crédito a ser concedido ao contribuinte. Inexiste aproveitamento de crédito fiscal por se tratar de uma apuração de imposto recolhido em valor inferior ao realmente devido.

Ao finalizar, opina pela procedência da autuação.

À folha 213 consta que o sujeito passivo solicitou e obteve cópia da informação fiscal.

Às folhas 215 a 245 cópia acostada cópia da Denúncia Fiscal.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 5ª JJF decidido por sua conversão em diligência, fl. 264, para o autuante ou outro auditor a fosse designado, refizesse o Demonstrativo acostado às folhas 07 a 09, deduzindo 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, apenas no período em que, efetivamente, o autuado estava enquadrado no SimBahia.

Em atendimento a diligência o fiscal autuante, fls. 266 a 271, diz não concordar com argüição de nulidade tem em vista que não houve apreensão ou retenção de livros e documentos fiscais no decorrente da ação fiscal, a qual foi realizada no escritório da contabilidade do contribuinte, frisando que o impugnante não acostou cópia de qualquer termo para comprovar sua alegação.

Informa que realizou a revisão do lançamento fiscal considerando o crédito de 8% no período em que o contribuinte encontrava-se enquadrado no SimBahia, acostando novas planilhas às folhas 268 a 271, reduzindo o valor autuado para R\$45.358,64.

Em nova manifestação defensiva, fls. 278 a 285, o contribuinte reitera suas alegações anteriores, entretanto, com a edição da Lei 11.908, de 04/05/2010, o contribuinte acatou o valor revisado, reconhecendo expressamente o valor R\$ 45.358,64, fls. 292 e 293.

Em nova informação fiscal, fls. 304 a 308, o autuado ressalta que o contribuinte reconheceu o valor constante da diligência realizada e utilizou do benefício de débito remanescente.

Às folhas 311 a 313, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor revisado quando da diligência fiscal.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de divergências de informações entre as vias das mesmas Notas Fiscais (Calçamento de notas fiscais).

Não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Devo ressaltar que as vias das notas fiscais que lastream a autuação encontram-se nos autos às folhas 011 a 174, assim como os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 007 a 009, especificando, para cada nota fiscal, a data de emissão, o número, no valor da 1<sup>a</sup> via, o valor da 2<sup>a</sup> via, a diferença que corresponde a Base de Cálculo e o ICMS devido. Por sua vez, o sujeito passivo recebeu, mediante recibo acostado à folha 009, cópia do demonstrativo acima citado e cópia de todas as notas fiscais objeto da autuação.

No mérito, observo que o autuado não negou o cometimento da infração, haja vista que alegou nas razões de defesa, apenas, que teria direito ao crédito de 8% previsto para os contribuinte do SimBahia, reconhecendo parcialmente o valor autuado.

Trata-se de contribuinte que fez opção pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), e a infração apurada está tipificada na multa prevista no art. 915, inciso V, alínea “c”, do RICMS/97.

Quanto a essa irregularidade, praticada por contribuinte enquadrado no SIMBAHIA, a legislação dispõe:

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:

“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, e que a irregularidade constatada enseja a perda de benefícios em decorrência do cometimento de infração considerada pela legislação de natureza grave, deve ser exigido o tributo com base na alíquota de 17%, como entendeu o autuado.

Neste caso, a exigibilidade do imposto deve ser efetuada considerando a alíquota normal, conforme apurado pela autuante à fl. 007 a 009. Entretanto, deve ser deduzido o 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. Por essa razão, o PAF foi convertido em diligência para que fosse refeito o Demonstrativo acostado às folhas 07 a 09, deduzindo a título de crédito fiscal respectivo.

A diligência foi realizada tendo sido revisado o lançamento fiscal, considerando o crédito de 8% no período em que o contribuinte encontrava-se enquadrado no SimBahia, acostando novas planilhas às folhas 268 a 271, reduzindo o valor autuado para R\$45.358,65.

Acato integralmente o resultado da revisão fiscal, uma vez que atendeu a determinação deste órgão julgador, tendo o sujeito passivo, inclusive, acatado o novo valor apurada pela diligência e recolhido o referido valor, conforme relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF, folhas 311 a 313 dos autos.

Assim, entendo que subsiste parcialmente a exigência fiscal.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$45.358,65, conforme planilhas às folhas 268 a 271 dos autos, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

#### **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 206925.0008/08-2, lavrado contra **RP MATERIAIS DE ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.358,65**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR