

A. I. Nº - 117227.0302/09-2
AUTUADO - ABC COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10/11/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0291-03/10

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldo credor de caixa. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2009, refere-se à exigência de R\$4.494,31 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, nos meses de março, abril, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2006. Valor do débito: R\$405,40. Multa de 50%.

Infração 02: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de novembro de 2005 e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$4.088,91. Multa de 70%.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 1030, apresentou impugnação (fls. 1031 a 1044), alegando que independente das razões de mérito, preliminarmente, argüi a nulidade do Auto de Infração, dizendo que há discrepância entre o histórico da autuação e os seus anexos e ainda entre estes e artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Diz que o cerne da questão reside na constatação acerca da exigência do tributo devido como empresa de pequeno porte, após o desenquadramento do regime de microempresa, uma vez que a mudança de condição para empresa de pequeno porte, não foi cientificada ao autuado. Apresenta o entendimento de que, enquanto não for desenquadrado do regime pela autoridade competente o contribuinte tem o direito de recolher tributo com base no regime que escolheu. O defendente alega que o Auto de Infração está eivado de nulidades, estando em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico. Diz que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, e que tal requisito é indispensável para configurar a infração cometida. Portanto, o defendente afirma que em razão da falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do autuante, e tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao art. 142 do CTN, que transcreveu.

No mérito, o defendente alega que não encontrou o Termo de Início de Fiscalização que originou o Auto de Infração. Diz que a lavratura do mencionado Termo também é obrigatória a sua omissão vicia de maneira insanável o procedimento que o Auto de Infração foi produzido, provavelmente dentro d

entregue na empresa autuada, contudo, o autuante não atendeu aos requisitos do RICMS do Estado da Bahia. O defendente impugna o lançamento fiscal, vez que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado, apresentando o entendimento de que deveria ser lavrado o Auto de Infração no próprio local onde funciona a empresa. Diz que a doutrina específica é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração no local do estabelecimento fiscalizado, considerando-se ineficaz e inválida a peça básica do processo administrativo-fiscal, quando lavrado na própria repartição fiscal, pois a lavratura fora do estabelecimento fiscal, sem motivo relevante, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte. Assegura que a doutrina considera ineficaz e inválido o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento, e que tal procedimento fere o princípio do contraditório, pelo que requer a nulidade do Auto de Infração. O não cumprimento de formalidades obrigatórias vicia o procedimento fiscal, seja porque toda a atividade fiscal é estritamente vinculada e esse vício insanável contagia todo o processo administrativo - fiscal, tornando-o nulo. Assim, o defendente espera que sejam conhecidas e providas as preliminares para decretar-se nulo o Auto de Infração. Em seguida, o defendente reafirma que fora desenquadrado de ofício e em momento algum foi notificado do desenquadramento conforme prevê a legislação do ICMS, logo o auto de infração é nulo de pleno direito. Cita os arts. 404-A e 405-A do RICMS/BA, e o autuante tentou por inúmeras vezes, acessar o sistema desta Secretaria da Fazenda, solicitando a liberação do regime de microempresa para Empresa de Pequeno Porte, contudo não obteve sucesso, uma vez que o sistema SEFAZ não abriu para que o defendente efetuasse a alteração e recolhimento do imposto devido. O defendente comenta sobre a possibilidade da suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do Auto de Infração, transcrevendo o art. 151 do CTN. Alega que a multa exigida é descabida, uma vez que, não sendo devido o principal, obviamente, não é devido o acessório e, além de absolutamente indevida, assume o caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória. Cita o art. 150, inciso IV da Constituição Federal e diz que no presente caso, o montante da multa exigido, conduz ao confisco tributário, que o citado dispositivo da CF/88 veda; e tal vedação sendo norma maior, não pode ser desconhecida pela Administração Pública, nem ofendido pela legislação ordinária invocada pelo autuado, porque o servidor público não é obrigado a cumprir normas ilegais ou lei inconstitucionais. Assim, em relação às multas, alega que deve ser atendido o fato que a mesma apenas poderá incidir no percentual de 2%, conforme disposto na Lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1996. Por fim, o autuado reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal e, se assim não entendido, seja o presente processo convertido em diligência a fim de apurar as informações prestadas nas alegações defensivas, no tocante aos valores apurados pelo autuante. Requer, seja reconhecido insubsistente o Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1050 a 1053 dos autos. Após fazer uma síntese das alegações defensivas, diz que não há o que se discutir quanto aos direitos de petição do contribuinte, pois, o setor de controle do PAF sempre agiu com base na aplicação nas normas legais. Não há o que se falar em nulidade, pois, os demonstrativos anexos ao PAF e os enquadramentos das infrações apuradas estão de acordo com legislação tributária. Que não é verdadeira a afirmativa do contribuinte quanto à modificação da sua condição de microempresa para empresa de pequeno porte, pois desde a sua inclusão no cadastro da SEFAZ em nov/05 e o período auditado até dez/06 era do regime SIMBAHIA na condição de EPP. O contribuinte não é claro nas suas afirmativas quanto a qual demonstrativo se refere, entretanto, tudo indica que se refere aos demonstrativos da Infração 02 – Saldo Credor de Caixa. Informa que os referidos demonstrativos não poderiam ser mais claros, uma vez que, descreve e relaciona os documentos fiscais com muita precisão não deixando nenhuma dúvida quanto à sua natureza, valor e condições. Não havendo o que se falar quanto à nulidade e/ou cerceamento de defesa. Em relação ao Termo de Início de Fiscalização, esclarece que o mencionado termo é um dos instrumentos que dão início à fiscalização, e que o contribuinte intimado (art. 23, III do RPAF) que deu início aos trabalhos no estabelecimento, encontra-se apensado ao PAF (fl. 06) via do refe

preposto da empresa. Assegura que em nenhum momento houve desenquadramento da sua condição de SIMBAHIA e as infrações foram aplicadas e constituídas de acordo com a legislação tributária, inclusive concedendo ao contribuinte todos os benefícios ali previstos. Em relação à multa, diz que se trata de uma questão legal e não cabe ao autuante aqui discutir se é confiscatória ou não. Finaliza, pedindo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que há discrepância entre o histórico da autuação e os seus anexos e ainda entre estes e artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Diz que o cerne da questão reside na constatação acerca da exigência do tributo devido como empresa de pequeno porte, após o desenquadramento do regime de microempresa, uma vez que a mudança de condição para empresa de pequeno porte, não foi cientificada ao autuado. Apresenta o entendimento de que, enquanto não for desengadado do regime pela autoridade competente o contribuinte tem o direito de recolher tributo com base no regime que escolheu. O defendente afirma que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, e que tal requisito é indispensável para configurar a infração cometida. Como esta alegação está relacionada à possibilidade de erro no levantamento fiscal, trata-se de avaliação do mérito da autuação e como tal será analisada neste voto.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal das infrações imputadas, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Outra preliminar de nulidade apresentada pelo defendente diz respeito à falta do Termo de Início de Fiscalização. Quanto a esta alegação, observo que, de acordo com o art. 26 do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exibir documentos solicitados pela fiscalização. No caso em exame, apesar de não constar o Termo de Início de Fiscalização, o autuado foi intimado para apresentar livros e documentos, conforme intimações de fls. 06, 07 e 08 do PAF. Por isso, está suprida a ausência do Termo de Início de Fiscalização, haja vista que não houve qualquer cerceamento do direito de defesa e o defendente tomou conhecimento do início da ação fiscal, mediante a “Intimação Fiscal” para apresentação de livros e documentos.

Quanto à alegação de que o presente Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento, observo que de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Por isso, inexistente qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defendente apresentou o entendimento de que há necessidade da realização de diligência fiscal. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões.

O defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência fiscal, sendo o processo vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que es

prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a primeira infração Recolhimento do ICMS recolhido a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, nos meses de março, abril, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2006.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA foi instituído pela Lei 7.357, de 04/11/98, regime que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, sendo exigido que os interessados em adotar este tratamento tributário, se enquadrem nas condições e limites fixados na lei, implicando renúncia expressa à utilização de quaisquer créditos fiscais.

De acordo com a mencionada legislação, vigente à época dos fatos, a apuração da receita bruta, é efetuada mediante o somatório dos valores das operações e dos serviços de transportes e comunicações de todos os estabelecimentos da empresa no período considerado, o que foi feito pelo autuante, conforme planilha de cálculo para recolhimento do ICMS à fl. 09 do PAF, constando a informação de que o autuado recebeu cópia.

O autuado alegou que o cerne da questão reside na constatação acerca da exigência do tributo devido como empresa de pequeno porte, após o desenquadramento do regime de microempresa, uma vez que a mudança de condição para Empresa de Pequeno Porte, não foi cientificada ao autuado. Apresenta o entendimento de que, enquanto não for desenquadrado do regime pela autoridade competente o contribuinte tem o direito de recolher tributo com base no regime que escolheu. Entretanto, não houve qualquer desenquadramento, haja vista que de acordo com o histórico de condição/situação do contribuinte nesta SEFAZ, o autuado encontra-se cadastrado como empresa de pequeno porte deste 07/10/2005, e o levantamento fiscal foi efetuado considerando este enquadramento no exercício de 2006.

Quanto ao argumento do autuado de que o levantamento fiscal efetuado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, e que tal requisito é indispensável para configurar a infração cometida, observo que nos demonstrativos do movimento de caixa estão discriminadas todas as notas fiscais de vendas, constando a observação de que a receita considerada está conforme as vendas diárias apuradas nos documentos fiscais emitidos.

Em relação ao levantamento fiscal, o defendente não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante; não houve contestação aos cálculos, e a exigência fiscal está amparada na legislação em vigor. Assim, entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 9, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como empresa de pequeno porte e o imposto recolhido no período fiscalizado. Mantida a exigência fiscal.

A infração 02 é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta caixa, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 10 a 13 dos autos.

Saliento que a legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, consoante o previsto no art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, considerando que foi constatado saldo credor de caixa, no período fiscalizado.

Observo que apesar de o autuado ter impugnado o presente lan
razões defensivas qualquer contestação aos dados numéricos do l

não ter juntado aos autos documentos para elidir a exigência fiscal, não comprovou a origem dos recursos relativos ao saldo credor de caixa apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito na condição de empresa de pequeno porte, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido decorrente de saldo credor de caixa, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo deve ser efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito ser aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98. Portanto, concluo pela subsistência parcial desta infração.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou no presente lançamento, tendo sido indicados corretamente os percentuais, vigentes à época da autuação, de 50% (infração 01) e 70% (infração 02), de acordo com o art. 42, inciso I, “b”, item 3 e inciso III, da Lei 7.014/96.

Saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Também não acato a solicitação do autuado para que seja aplicada a Lei Federal 9.298/96, que estabeleceu o limite máximo de 2% para multas, haja vista que a referida lei cuida da relação entre consumidores e fornecedores de bens e serviços, sendo inaplicável no âmbito da administração tributária, que cuida das relações fisco-contribuinte

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 117227.0302/09-2, lavrado contra **ABC COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.494,31**, acrescido das multas de 50% sobre R\$405,40 e 60% sobre R\$4.088,91, previstas no art. 42, inciso I, “b”, item 3; e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA