

PROCESSO - A. I. Nº 117227.0302/09-2
RECORRENTE - ABC COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0291-03/10
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 07/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0340-11/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Mantidas as exigências fiscais. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF, através do Acórdão nº 0291-03/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo ICMS no valor total de R\$4.494,31, acrescido de multas, resultante das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: 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 2: 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 legalmente constituído, apresentou impugnação tempestiva (fls. 1.031 a 1.044), contestando as infrações e arguindo diversas nulidades no Auto de Infração.

Por sua vez, o autuante, às fls. 1.050/1.053, prestou a informação fiscal de praxe, rebatendo todos os argumentos defensivos e mantendo, na íntegra, a procedência da autuação.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, de plano, afastou a nulidade suscitada pelo autuado, considerando ter o Auto de Infração preenchido todas as formalidades legais, não incidindo em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Sob a alegação do autuado de que existiu erro no enquadramento legal das infrações imputadas, a JJF aduziu que, de acordo com o art. 19 do RPAF/99, provável erro de indicação de dispositivo regulamentar não implicava em nulidade da autuação, porquanto a descrição dos fatos deixava evidente a norma infringida e a questão prévia não podia prosperar.

Em seguida, a JJF rejeitou a preliminar de nulidade em razão da falta do Termo de Início de Fiscalização, com fundamento no art. 26 do RPAF, entendendo que, apesar do aludido Termo não constar do feito, o autuado tomou conhecimento do início da ação fiscal quando intimado para apresentar livros e documentos, conforme documentos de fls. 06, 07 e 08 do PAF, nesse passo, encontrando-se suprida a ausência do Termo de Início de Fiscalização, posto que inexistente cerceamento do direito de defesa.

Quanto à alegação de nulidade, por ter sido o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento, a JJF não acolheu a tese, amparada no § 1º, do art. 39 do RPAF/99, eis que inexistente qualquer irregularidade por ter sido a autuação formalizada na repartição fiscal.

Apoiado no art. 147, inciso I, do RPAF/99 foi indeferido o pedido de realização de diligência fiscal, tendo em vista que os elementos contidos nos autos se apresentavam suficientes para as conclusões acerca das questões postas em discussão.

Adentrando ao mérito, a Decisão de 1º grau se consubstanciou nos seguintes termos:

"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 científica 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 desde 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, consonte 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 lançamento, não apresentou nas razões defensivas qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal e, além de 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

rido 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."

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 1.069 a 1.082), suscitando, preliminarmente, a nulidade do julgamento de primeiro grau, por manifesto cerceamento do direito de defesa, por não ter a Junta de Julgamento Fiscal lhe dado vista da Informação Fiscal de 13/11/2009, ressaltando ser notório o cerceamento de defesa e ostensiva a quebra do contraditório pelo acórdão, restando violada a Carta Magna, precisamente o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Reiterou a argumentação de que a cobrança pretendida no Auto de Infração relativa ao recolhimento a menor do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no regime SimBahia, não é viável, porquanto não foi cientificado pela autoridade competente do desenquadramento do regime de microempresa, disso resultando ter o direito de recolher o tributo com base no regime que escolheu.

Asseverou se encontrar o Auto de Infração eivado de nulidades, apresentando-se em desconformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico, na medida em que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, com os respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, consoante preceitua o art. 142 do CTN, o qual transcreveu para concluir se encontrar eivado de nulidade o Auto de Infração em discussão.

De igual sorte, repetiu a tese de descumprimento de formalidade essencial e obrigatória, prevista no art. 196 do CTN, qual seja, a ausência, no procedimento fiscal, do Termo de Início de Fiscalização que originou o Auto de Infração, daí resultando viciado, de forma insanável, o procedimento fiscal.

Impugnou, também, o lançamento fiscal, por ter sido o Auto de Infração *"produzido (quiçá dentro da própria repartição Fiscal) e entregue na empresa recorrente/Autuada, contudo, o Sr. Auditor Fiscal não atendeu aos requisitos do RICMS do Estado da Bahia"*, entendendo que deveria ser lavrado no próprio local de funcionamento da empresa, sob pena de quebrar a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte, bem como considerar a doutrina tal procedimento ineficaz e inválido, porquanto fere o princípio do contraditório.

Por fim, ressaltou que a falta de cumprimento de formalidades obrigatórias viciava o procedimento, porque toda a atividade fiscal é estritamente vinculada e regrada, não tendo a lei palavras inúteis ou supérfluas, o que implicava na nulidade do Auto de Infração, na medida em que se encontrava o processo administrativo - fiscal contagiado por vício insanável.

Ao abordar a temática meritória, o recorrente sustentou a ilegalidade da autuação, tendo em vista ser optante pelo regime SimBahia, não tendo sido, em momento algum, notificado do desenquadramento, conforme dispõe a legislação do ICMS, logo, apresentando-se nulo, de pleno direito, o Auto de Infração.

Invocou os arts. 405-A, II e 406-A do RICMS/BA, aduzindo que tentou, por inúmeras vezes, acessar o sistema da 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 a ora recorrente efetuasse a alteração e recolhimento do imposto devido”.

Prosseguindo, questionou a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do Auto de Infração, transcrevendo o art. 151 do CTN, em face da interposição da defesa/recurso.

Sobre o enfoque da multa exigida, o recorrente argumenta ser ela descabida, porquanto, não sendo devido o principal, obviamente não seria devido o acessório e, além disso, se apresentava como abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória.

Para tanto, citou e transcreveu o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal e alegou que a multa exigida conduzia ao confisco tributário, procedimento vedado pela Lei Maior, não podendo ser desconhecido da Administração Pública, nem ofendido pela legislação ordinária, não se encontrando o servidor público obrigado a cumprir leis inconstitucionais, disso resultando que as multas, conforme disposto na Lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1996, seriam no percentual de 2%.

Teceu comentários sobre as penalidades intentadas pela multa, extremamente onerosas e contrárias aos critérios legais, aseverando que: “poder-se-ia até refurgia-se nas Leis e decretos produzidos pelo próprio interessado, esquecendo-se do conceito de que Lei para ter valia precisa e deve ser legal, moral e constitucional”.

Concluiu, ressaltando que demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, esperava e queria o acolhimento do Recurso Voluntário, para cancelar o débito fiscal reclamado, por ser juridicamente inválida a exigência contida no referido Auto de Infração e, se assim não entendido, fosse o presente processo convertido em diligência, a fim de se apurar as informações prestadas nas razões recursais, no tocante aos valores consignados pelo autuante, comprovando as alegações de erro na apuração e, no tocante à multa, procedido o recálculo do valor.

Em seu Parecer (fls. 1.889/1.891), a ilustre Representante da PGE/PROFIS, ao analisar o Recurso Voluntário, opinou pelo Não Provimento, com os seguintes argumentos:

- a) Inexistência de nulidade da Decisão de 1º grau, por cerceamento do direito de defesa, visto que nova abertura de prazo para pronunciamento pelo contribuinte somente ocorre, como disposto no artigo 127, §7º do RPAF, quando, na informação fiscal produzida, forem aduzidos fatos novos ou elaborados novos demonstrativos de débito.
- b) Inexistência de vício insanável por ausência do Termo de início de fiscalização, por ser uma das formas de dar início ao procedimento fiscal, o que, também, pode se processar com a intimação para apresentação de documentos fiscais.
- c) Não há mácula, de acordo com o RPAF, na lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento.
- d) Quanto ao desenquadramento sustentado, verifica-se, tanto na informação fiscal, quanto na Decisão, que tal fato não ocorreu, e o levantamento fiscal foi efetuado considerando o autuado como empresa de pequeno porte.
- e) No que tange às multas aplicadas às infrações apuradas, é ilegítima a alegação de caráter confiscatório, vez que previstas no artigo 42 da Lei do ICMS.

Em suma, dimensionou o opinativo não ter o contribuinte apresentado qualquer argumento ou prova capaz de alterar ou modificar a Decisão recorrida.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário em apreciação sobre as razões da irresignação do autuado com a Decisão de Primeira Instância, atinente às infrações nºs 1 e 2, descritas, minuciosamente, no relatório supra, onde se exige ICMS acrescido de multas por descumprimento de obrigação principal.

Assim é que o recorrente suscitou a nulidade do decisório de piso, por cerceamento do direito de defesa, sustentando ter a JJF deixado de conceder, ao sujeito passivo, vista e prazo, após a apresentação da informação fiscal pelo autuante.

No específico, nenhuma razão assiste ao recorrente, porquanto, de acordo com o disposto no artigo 127, § 7º, do RPAF/BA, a abertura de novo prazo para pronunciamento pelo contribuinte ocorre apenas quando na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou novos demonstrativos de débito, o que, no presente caso, comprovadamente, não ocorreu, valendo a transcrição da norma:

“Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

(...)

*§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos **fatos novos** ou se forem anexados aos autos **novos demonstrativos ou levantamentos**, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.” (grifos do relator)*

Sucede que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, ao julgar procedentes as imputações, analisou-as com detalhes, apresentando-se as razões recursais como meras repetições das teses sustentadas na Impugnação, inclusive reiterando as nulidades do Auto de Infração, bem como o requerimento para realização de diligência, objetivando comprovar as suas alegações defensivas.

De plano, lastreado no art. 147 do RPAF, indefiro a diligência postulada, porquanto suficientes se apresentam, para a formação do convencimento do Órgão Julgador, os elementos informativos residentes na proceduralidade, frisado o fato de o sujeito passivo não ter acostado, à sua peça recursal, qualquer demonstrativo ou elemento indicativo para a produção de prova pretendida, capazes de ensejar a necessidade de esclarecimentos adicionais, necessários à definição da lide.

Outrossim, não podem prosperar as preliminares de nulidade arguidas, na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades legais, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações imputadas, não pairando dúvida quanto à independência das infrações descritas no presente lançamento tributário, estando discriminadas todas as notas fiscais de vendas nos demonstrativos do movimento de Caixa (fls. 10/34), frisando-se o aspecto de que todas as nulidades suscitadas já foram bem apreciadas e rechaçadas na Decisão de piso, ora hostilizadas sem qualquer nova argumentação.

De igual sorte, nenhuma razão assiste ao recorrente, quando suscitou a nulidade pela ausência do Termo de Início de Fiscalização e pela ocorrência da lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento, conforme se verifica das razões da Decisão hostilizada, as quais comungo e subscrevo.

A uma, porquanto, apesar de não constar da proceduralidade o Termo de Início de Fiscalização, o autuado foi devidamente intimado para apresentar livros e documentos, conforme se verifica através dos documentos de fls. 06, 07 e 08 do PAF, encontrando-se, nesse quadro circunstancial, suprida a ausência do Termo, de acordo com o disposto no artigo 26 do RPAF/BA, posto que o deficiente tomou conhecimento do início da ação fiscal, mediante a “Intimação Fiscal” para apresentação de livros e documentos, não havendo sequer indício de cerceamento do direito de defesa.

A duas, porque a legislação observa de maneira cristalina, no seu art. 39, § 1º, do RPAF/BA, que “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”, portanto, inexistindo qualquer irregularidade ou vício no ato de lavratura do presente Auto de Infração.

A par disso, já incursionando na seara meritória, o decisório desmerece qualquer reforma, na medida em que o recorrente não trouxe nenhum fundamento novo e/ou documento hábil, no

desiderato de modificar a Decisão farpeada e/ou afastar as imputações impostas, apresentando-se a petição do Recurso como mera transcrição literal da Impugnação.

Com efeito, em relação às alegações de ilegalidade da autuação por não ter sido, o contribuinte notificado do seu desenquadramento do regime do SimBahia, na mesma linha de intelecção da dnota PGE/PROFIS, posiciono-me no sentido de nenhuma razão assistir ao sujeito passivo, pois, conforme se verifica nos autos, durante o período fiscalizado não ocorreu modificação alguma na condição do regime cadastral da empresa, e sim o que se constata no histórico de condição/situação do contribuinte junto a SEFAZ, é que o autuado encontra-se cadastrado como empresa de pequeno porte desde 07/10/2005, que corresponde à data do início do período que abrange a ação fiscal, sendo todo o desenvolvimento do levantamento fiscal realizado com observância dessa condição de contribuinte EPP.

No que tange à reiterada tese de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, não se sustenta, posto que se encontram elas expressamente previsionadas na legislação tributária do Estado da Bahia, ou seja, na Lei nº 7.014/96, art. 42 e seus incisos, que rege a aplicação do ICMS no âmbito desta unidade federativa, apresentando-se destacada, de forma adequada, em cada imputação.

Por fim, quanto às repetidas questões suscitadas pertinentes à inconstitucionalidade, é cediço que, consoante estatuído no art. 167, II, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, se apresenta a Câmara de Julgamento Fiscal incompetente para apreciar tal matéria, portanto, somente no âmbito do Judiciário poderá o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até Decisão final daquele Poder, é presumida.

Concludentemente, entendendo se tratar o Recurso Voluntário de peça meramente procrastinatória, com todos os argumentos já devidamente analisados e apreciados na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cuja Decisão se afigura incensurável, porquanto proferida em consonância com os ditames legais, restam, efetivamente, comprovadas as infrações.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau, no sentido da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 117227.0302/09-2, lavrado contra ABC COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto, no valor total de R\$4.494,31, acrescido das multas de 50% sobre R\$405,40 e 70% sobre R\$4.088,91, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS