

PROCESSO - A. I. Nº 207095.1009/06-2
RECORRENTE - JOSÉ NAUDINHO ALVES DOS SANTOS (JN SERRARIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0130-03/07
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 27/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES COM MADEIRA SERRADA. COMERCIALIZAÇÃO EM VALORES INFERIORES AO ESTABELECIDO EM PAUTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o contribuinte comercializou utilizando valores inferiores ao mínimo fixado na Pauta Fiscal prevista na legislação, o que resultou em recolhimento a menos do ICMS mensalmente devido. Infração não elidida. Imposto apurado de acordo com os critérios do SimBahia, tendo em vista que a infração constatada não enseja o desenquadramento do sujeito passivo nem a adoção dos critérios pertinentes ao regime normal de tributação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, que visa ao lançamento de imposto e multa em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor histórico de R\$56.596,04, acrescida da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2: declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de Declaração do Movimento Econômico de Micro Empresa – DME: multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00.

Consta no campo “Descrição dos Fatos”, à fl. 02 do Auto de Infração, que o autuado escriturou, em seu livro Registro de Saídas, mercadoria tributável como não tributável, tendo sido detectado que o contribuinte operacionalizou a mercadoria Madeira Pinus Serrada, em operações internas e interestaduais, com valor unitário inferior ao estabelecido na pauta fiscal – Instrução Normativa 14/98 (cód. 07.48), anexada ao PAF às fls. 49 e 50.

A JJF, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois, em primeiro lugar, a Ordem de Serviço que deu início à ação fiscal é documento administrativo e não há determinação legal para que o fiscal autuante a anexe à Intimação feita ao contribuinte. Esclarece que consta dos autos Denúncia de Contribuintes e os documentos que a embasam, aduzindo, ainda, que o procedimento fiscal considera-se iniciado com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou com intimação ao contribuinte para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela Fiscalização, documentos que, da mesma forma, foram anexados ao PAF.

Afirma que foi cumprido, no procedimento fiscal em análise, o disposto no art. 39 do RPAF/99, tendo sido identificados com segurança o infrator, a infração, e o montante do débito apurado, sobretudo porque o contribuinte demonstra pleno entendimento das infrações que lhe são imputadas, tendo exercido o seu direito de defesa atacando os pontos controversos.

Indeferiu o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, com fulcro no art. 147, I, "a", também do RPAF/99, ao argumento de que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir a lide administrativa, não tendo o autuado trazido fato novo que demonstre erro material no levantamento realizado pelo autuante.

No mérito, a JJF aduziu que a obrigatoriedade de utilização da pauta fiscal está prevista na Instrução Normativa nº 14/98, expedida nos termos do art. 73, II e §1º do RICMS/BA, que regulamenta o art. 19 da Lei nº 7.014/96.

Afirma que tais dispositivos da legislação tributária incluem nos ditames da pauta fiscal a madeira em toras e a madeira serrada em tábua, pranchas ou pranchões, como ocorre na espécie. Assim, aduz que estava a empresa, à época da autuação, obrigada a não utilizar valor inferior ao da pauta fiscal na emissão de Nota Fiscal relativa a operações de saídas das mercadorias em análise.

Consigna que, ao comercializar, durante o período de setembro de 2002 a março de 2006, com valores abaixo do mínimo determinado na pauta fiscal, o contribuinte manteve-se com faturamento anual informado em valor inferior ao da movimentação financeira legalmente prevista para as suas operações de venda, gerando o seu enquadramento no SimBahia em faixa inferior à devida e, por conseguinte, o recolhimento a menos do ICMS mensal, uma vez que não pagou o tributo calculado sobre as operações individualmente realizadas, e sim calculado sobre um faturamento mensal resultante de operações praticadas em desobediência à legislação fiscal já mencionada.

Diz que o autuado reconhece expressamente a comercialização em valores inferiores ao mínimo determinado em pauta fiscal, além de acostar provas de sua conduta irregular nas notas fiscais relativas a operações de saídas, por ele emitidas, às fls. 1.251 a 1.295.

Ao final, afirma que o imposto foi calculado pelo regime normal de apuração, em razão de o contribuinte ter cometido infração considerada de natureza grave, nos termos do art. 408-S do RICMS/97, tendo sido concedido o crédito presumido de 8% previsto no art. 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98. Nestes termos, a infração foi julgada procedente.

Com relação à Infração 02, a JJF concluiu que esta multa pelo descumprimento da obrigação acessória foi absorvida pela multa relativa à falta de cumprimento da obrigação principal descrita na Infração 01, motivo pelo qual foi julgada improcedente.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1.313/1.318, através do qual pretende a reforma da Decisão impugnada, aduzindo, inicialmente, que, nos termos do art. 73, do RICMS, é correta a aplicação do valor da operação para fins de fixação da base de cálculo do imposto, pois possui meios efetivos de demonstrar o custo de produção das mercadorias comercializadas, sendo, pois, inaplicável a pauta fiscal mencionada pelo autuante.

Afirma que a própria instrução normativa que embasa a autuação adota parâmetros díspares em relação ao dispositivo regulamentar referido, para apuração da base de cálculo, a exemplo do subitem 2, segundo o qual, nas operações internas e interestaduais com madeira serrada – tábua, barrotes, pranchões, etc. – a base de cálculo deve ser o valor da operação que decorrer da saída do produto.

Aduz que não agiu com dolo, simulação, fraude ou má-fé, apontando a existência de confusão nos dispositivos regulamentares e acessórios no que tange à matéria e afirma que o preposto do Fisco agiu unilateralmente em sua Decisão.

Suscita, atecnicamente, nulidade do feito por cerceamento ao direito de defesa, por ter a JJF indeferido o seu pedido de diligência, através do qual pretendia que fiscal estranho ao feito verificasse, no processo industrial da empresa, seu custo de produção e a metodologia aplicada na apuração da base de cálculo, refazendo-se o demonstrativo do débito.

Afirma que o Fisco baiano não mantém o contribuinte informado de suas exigências e que a empresa enquadrada no SimBahia está dispensada da escrituração de livros fiscais, devendo, apenas, manter em arquivo suas notas fiscais e demais documentos em cinco anos. Faz uma série de questionamentos e considerações acerca do seu desenquadramento e das faixas de recolhimento do SimBahia, concluindo que a autuação trata de presunção, uma vez que o auditor fiscal não comprovou o ingresso de receita no Caixa do autuado, tendo sido feita uma estimativa de receita com base em norma unilateral que só beneficia a Secretaria da Fazenda.

Afirma que o desenquadramento do SimBahia somente poderia ter sido feito se o autuante comprovasse o ingresso de receita no Caixa do autuado que justificasse a mudança de faixa da tributação.

Diz que a matéria tratada na autuação comporta múltiplas interpretações, reiterando o pedido de revisão fiscal e pugnando, ao final, pelo provimento de sua pretensão recursal.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1.328/1.332, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois o conjunto probatório constante do *in folio* é suficiente para respaldar o lançamento engendrado e, ainda, o desconhecimento da lei, alegado pelo contribuinte, não o exime do cumprimento das obrigações tributárias previstas na legislação.

Na sessão de julgamento do dia 27/03/2008, esta Câmara deliberou por converter o julgamento do feito em diligência, para que o autuante:

- 1) elaborasse demonstrativo mensal, relacionando, como crédito fiscal, o ICMS destacado nas notas fiscais de entrada das mercadorias;
- 2) efetuasse a apuração sumária do ICMS mensal a ser recolhido, da seguinte forma:
 - a) apurando o débito do imposto mediante a utilização da base de cálculo prevista no item 2, da Instrução Normativa n° 14/98;
 - b) deduzindo do montante de débito apurado o valor mensal dos créditos, de acordo com as notas fiscais de entrada; e
 - c) apurando a diferença devida mensalmente, após os cálculos efetuados.

Em resposta à diligência, o autuante elaborou o demonstrativo de fls. 1.339/1.345, indicando a existência de um saldo de R\$271.697,26 de ICMS a recolher.

Intimado, o autuado manifestou-se sobre o resultado da diligência através da petição de fl. 1.349, aduzindo que: o produto que comercializa está fora das disposições da Instrução Normativa n° 14/98, tendo em vista norma contida na Instrução Normativa n° 251/90; ao efetuar novo levantamento, o autuante modificou a base de cálculo anteriormente apurada, viciando o lançamento de ofício; *“há uma previsão extraordinária de numerário, com a presunção de ingresso de valores no caixa da empresa, efetuada através de utilização da pauta fiscal do ICMS, fato este não comprovado pois não há análise da documentação financeira da empresa”*.

Às fl. 1.353, a PGE/PROFIS reiterou o Parecer anterior, manifestando-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Na sessão de 08/09/2009, o processo foi novamente convertido em diligência, desta vez à ASTEC, consoante Decisão a seguir reproduzida:

“Considerando que a infração 01 da presente autuação visa à cobrança do ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto, por ter o contribuinte realizado operações de saídas da mercadoria Madeira Pinus Serradas sem observar, na apuração da base de cálculo, o valor fixado na Instrução Normativa n° 14/98, item 2;

Considerando que a hipótese dos autos não é de desenquadramento definitivo do contribuinte do Regime de tributação do SIMBAHIA, já revogado, tendo em vista que não foi realizado o procedimento formal para tanto exigido; e

Considerando que a legislação da época previa que o imposto deveria ser apurado de acordo com os critérios normais de tributação apenas nas infrações elencadas no art. 915, III, IV, e alíneas “a” e “c” do inciso V, enquanto a hipótese dos autos enquadra-se no inciso II, alínea “a”, do mencionado dispositivo (erro na apuração da base de cálculo);

Esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal deliberou converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à ASTEC, para que insira os valores das saídas inicialmente apurados pelo autuante no cálculo da receita bruta ajustada mensal do contribuinte, calculando o imposto devido em cada mês de acordo com os parâmetros do SIMBAHIA, vigentes à época dos fatos geradores”.

Em cumprimento à diligência, a ASTEC elaborou o Parecer de fls. 1.358/1.359, apontando um débito de ICMS no importe de R\$16.603,78.

Sobre a diligência, se manifestou o autuante, aduzindo que detectou divergências quanto à aplicação do imposto devido levando em conta as faixas mensais da Receita Bruta Ajustada Acumulada (fl. 1.403).

O sujeito passivo, na manifestação de fl. 1.406, concordou com o Parecer da ASTEC e discordou do pronunciamento do autuante.

Por conduto da Decisão de fl. 1.411, o processo retornou à ASTEC por deliberação desta CJF, para que se manifestasse sobre a informação prestada pelo autuante à fl. 1.403, fazendo os ajustes necessários no demonstrativo de fls. 1.359/1.360. A diligência foi cumprida através do Parecer de fls. 1.414/1.415, no qual o diligente da ASTEC afirma que nada havia para ser alterado.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fl. 1.422, manifestou-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja reduzido o valor da infração 1 para R\$16.603,78, conforme Parecer ASTEC, fl. 1.360.

VOTO

A preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, atecnicamente suscitada pelo contribuinte, não merece acatamento, pois a verificação *in loco* do seu processo produtivo para aferição do custo de produção da mercadoria comercializada não tem qualquer interferência para o deslinde desta causa administrativa, em que o imposto deve ser cobrado de acordo com cada operação, no bojo do SimBahia.

Logo, a diligência encarecida pelo contribuinte é totalmente desnecessária, revelando-se correto o seu indeferimento em primeiro grau administrativo, a teor do art. 147, I, a, do RPAF, e inexistente o alegado cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, a questão não comporta maiores discussões. As operações objeto da infração 1, única tratada no Recurso Voluntário, consistem em vendas de “madeiras de pinus serradas”. Segundo depreende-se dos elementos que compõem o presente procedimento administrativo fiscal, o sujeito passivo adquiria madeira de pinus com casca e vendia a madeira serrada, que é uma operação tributável, revelando-se correta a acusação de que o enquadramento como operação não tributável, feito pelo sujeito passivo, está equivocado.

Na hipótese vertente, contudo, ao contrário do entendimento firmado pela Junta de Julgamento Fiscal, as operações de vendas de mercadorias por contribuinte enquadrado no então vigente regime do SimBahia não se submetem às regras de composição da base de cálculo previstas na Instrução Normativa nº 14/98, mas, sim, os valores das operações consignados nas notas fiscais de saída devem compor a receita bruta do sujeito passivo, para fins de cálculo do imposto de acordo com os critérios do regime simplificado.

Observe-se que, a teor do art. 125, III, alínea “f”, item 2, do RICMS, as operações de saída de tábuas, barrotes, ripas, ripões, compensados, madeirite e outras madeiras serradas, quando

efetuadas por estabelecimento classificado no código de atividade 2010-9/01, sujeitam-se ao pagamento antecipado do imposto. Não se trata de hipótese de antecipação tributária, porque o *caput* do art. 125, do RICMS, estabelece, expressamente, que o imposto deve ser recolhido pelo próprio contribuinte ou pelo seu responsável solidário, não havendo a mudança do sujeito passivo que caracteriza a substituição tributária.

Assim, não se aplica a restrição constante do art. 399-A, I, "b", do mesmo RICMS, para aplicação dos critérios de apuração do imposto pelo SimBahia, uma vez que esta norma se aplica, exclusivamente, às hipóteses de antecipação tributária, e não mera antecipação de pagamento do imposto devido.

Destarte, por absoluta inexistência de óbice normativo, é forçoso concluir que o imposto exigido nesta autuação deve seguir os critérios então vigentes para as empresas enquadradas no SimBahia.

A par disso, consoante já consignado por este Relator na Decisão sobre a conversão do feito em diligência (fl. 1.356), a regra do inciso V, do art. 408-L, do RICMS, somente afasta a aplicação do regime do SimBahia quando constatada a prática das infrações graves previstas incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V, do artigo 915, do mesmo Regulamento:

"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."

Na hipótese vertente, em que o sujeito passivo estava enquadrado no SimBahia no período fiscalizado (histórico de fl. 19), não se aplica a perda do critério simplificado de apuração do imposto, pois a conduta ilícita constatada (recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação da base de cálculo) está prevista no inciso II, "a", do art. 915, do RICMS, a seguir reproduzido:

"Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação de alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;".

Nas circunstâncias, o imposto lançado na infração 1, da presente autuação, deve ser calculado de acordo com as faixas e os percentuais de alíquotas fixados pela legislação vigente à época para as micro e pequenas empresas enquadradas no SimBahia, exatamente como fez a ASTEC no Parecer nº 150/2010 (fls. 1.358/1.360), através do qual foi apurado um débito de ICMS no importe de R\$16.603,78.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão de Primeira Instância e julgar PROCEDENTE EM PARTE a infração 1, no valor de R\$16.603,78, consoante os demonstrativos elaborados pela ASTEC às fls. 1.361/1.363.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	B.CÁLCULO	ALÍQ.%	MULTA %	ICMS DEVIDO	
31/05/2003	15/06/2003	352,94	17	60	60,00	
30/06/2003	15/07/2003	352,94	17	60	60,00	
31/07/2003	15/08/2003	823,53	17	60	140,00	
31/08/2003	15/09/2003	1.294,12	17	60	220,00	
30/09/2003	15/10/2003	1.294,12	17	60	220,00	
31/10/2003	15/11/2003	1.823,53	17	60	310,00	
30/11/2003	15/12/2003	4.698,35	17	60	798,72	
31/12/2003	09/01/2004	3.960,47	17	60	673,28	
31/01/2004	09/02/2004	3.350,06	17	60	569,51	
29/02/2004	09/03/2004	2.508,24	17	60	426,40	
31/03/2004	09/04/2004	4.302,06	17	60	731,35	

30/04/2004	09/05/2004	3.120,94	17	60	530,56
31/05/2004	09/06/2004	2.006,76	17	60	341,15
30/06/2004	09/07/2004	3.222,00	17	60	547,74
31/07/2004	09/08/2004	3.458,47	17	60	587,94
31/08/2004	09/09/2004	3.799,71	17	60	645,95
30/09/2004	09/10/2004	3.308,94	17	60	562,52
31/10/2004	09/11/2004	3.268,88	17	60	555,71
30/11/2004	09/12/2004	2.130,71	17	60	362,22
31/12/2004	09/01/2005	2.722,47	17	60	462,82
31/01/2005	09/02/2005	2.068,71	17	60	351,68
30/04/2005	09/05/2005	4.227,35	17	60	718,65
31/05/2005	09/06/2005	3.780,18	17	60	642,63
30/06/2005	09/07/2005	3.480,41	17	60	591,67
31/07/2005	09/08/2005	3.247,53	17	60	552,08
31/08/2005	09/09/2005	3.097,71	17	60	526,61
30/09/2005	09/10/2005	4.440,00	17	60	754,80
31/10/2005	09/11/2005	4.741,29	17	60	806,02
30/11/2005	09/12/2005	4.420,12	17	60	751,42
31/12/2005	09/01/2006	4.143,12	17	60	704,33
31/01/2006	09/02/2006	3.112,82	17	60	529,18
28/02/2006	09/03/2006	2.620,88	17	60	445,55
31/03/2006	09/04/2006	2.489,94	17	60	423,29
TOTAL					16.603,78

VOTO EM SEPARADO

Em que pese concordar com o voto proferido pelo eminentíssimo Relator no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, entendemos necessário fazermos algumas considerações a respeito da matéria versada no presente lançamento de ofício:

Inicialmente de logo devemos consignar que assiste razão ao Relator ao consignar que a legislação então vigente para os contribuintes optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia – somente permitia o afastamento das regras de apuração do referido regime na constatação de infrações de natureza grave, devidamente elencadas no regulamento do ICMS, dentre as quais não se encontrava a infração imputada ao recorrente – realização de operação tributável como não tributável - a teor dos artigos 15, inciso V, combinado com o art. 19 da Lei nº 7.357/98, norma ilegal instituidora do SimBahia, combinados com os arts. 408-L, inciso V e art. 915, incisos III, IV, e as alíneas "a" e "c" do inciso V do RICMS/BA, todos com a redação então vigente à época da ocorrência dos fatos.

Lei nº 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;

(...)

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

(...)

No entanto, também determina expressamente o art. 125, inciso III, alínea "f", item 2, do RICMS/BA, citado pelo digno Relator, que as operações de saída de tábuas, barrotes, ripas, ripões, compensados, madeirite e outras madeiras serradas, quando efetuadas por estabelecimento classificado no código de atividade 2010-9/01, caso do recorrente, sujeitam-se ao pagamento antecipado do imposto, aplicando-se como base de cálculo a pauta fiscal, nos termos do art. 73, II e §1º do RICMS/BA, e se fazendo acompanhar a circulação das mercadorias em referência de documento de arrecadação com o imposto pago, ou certificado de crédito emitido pela repartição fazendária,

Ora, como visto a sistemática de antecipação de pagamento do imposto em comento, embora efetivamente não se confunda com o instituto da antecipação tributária, como bem consignou o ilustre Relator, não se coaduna com a forma de apuração aplicável aos contribuintes optantes pelo regime SimBahia, cujo imposto é recolhido através da receita auferida pelo contribuinte, daí porque não poderia a Administração Fazendária da circunscrição do contribuinte permitir sua inscrição nesta condição, porquanto a sua atividade comercial é incompatível com o regime em relação ao qual optou.

Como, no entanto, a nosso ver, houve inércia por parte do Fisco ao permitir a opção exercida pelo contribuinte inobstante à atividade por ele exercida, que de fato não se coadunava com o regime SimBahia, e diante do fato de não haver disposição legal ou regulamentar que permitisse a cobrança do imposto lançado fora das regras do SimBahia, somente nos resta comungar com o voto proferido pelo Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.1009/06-2, lavrado contra **JOSÉ NAUDINHO ALVES DOS SANTOS (JN SERRARIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.603,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS