

A. I. Nº - 210319.3009/09-0
AUTUADO - PAULO SÉRGIO DE MOURA CORDEIRO DE FEIRA
AUTUANTES - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-04/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Demonstrativos refeitos na revisão fiscal para desconsiderar operações de entrada cujos comprovantes não foram juntados ao processo. Re-enquadramento da multa para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Infrações 01 e 02 parcialmente descaracterizadas. **2. SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. a) MICROEMPRESA. b) EMPRESA DE PEQUENO PORTE.** Ilícitos tributários comprovados nos autos. Após a revisão fiscal, as infrações 03 e 04 restaram parcialmente descaracterizadas. **3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA.** Comprovado que o sujeito passivo informou compras, relativas a 2004 e 2005, em valores inferiores aos constatados nos documentos fiscais, no livro Registro de Entradas e no livro de Apuração do ICMS. Infração 05 caracterizada. **4. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE ENTREGA DE LIVROS AO FISCO, NÃO OBSTANTE INTIMAÇÃO NESSE SENTIDO. MULTA: R\$ 460,00.** O contribuinte justificou afirmando que foi vítima de atos ilícitos dolosos de terceiros, que teriam extraviado livros e documentos, mas não apresentou qualquer boletim de ocorrência policial ou comunicação à repartição fiscal competente, desobedecendo, portanto, o art. 146 do RICMS/BA. Infração 06 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Rejeitada a arguição de decadência. Atendido o pleito de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2009 e exige ICMS, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$ 54.757,06, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo especificadas.

Infração 01 - Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (março de 2004 a dezembro de 2005). Valor exigido de R\$ 37.759,16 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (agosto de 2005). Valor exigido de R\$ 713,30 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - Recolhimento a menor, na condição de microempresa, do tributo apurado de acordo com o Regime SIMBAHIA (julho a setembro de 2004). Valor exigido de R\$ 415,00 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - Recolhimento a menor, na condição de empresa de pequeno porte, do tributo apurado de acordo com o Regime SIMBAHIA (outubro de 2004 a dezembro de 2005). Valor exigido de R\$ 15.269,60 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - Informações incorretas na DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa, dezembro de 2005). Multa de R\$ 140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - Falta de apresentação dos Livros Razão, Caixa e Diário, embora regularmente intimado em 01/09/2009. A data de ocorrência registrada no corpo da peça inicial é de 31/12/2005 (fl. 02). Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 595 a 616, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 621.

Aduz que, em 22 de outubro de 2009, viu-se surpreendido ao encontrar um envelope aberto e com alguns documentos extraviados, entregue pelos Correios. Após minuciosa análise, descobriu que se tratava da intimação deste Auto de Infração, que havia sido entregue no dia 08 do referido mês.

No dia 05/11/2009, quando se dirigiu ao que denominou “*Unidade Autuante*” para ter vista do processo, constatou que os documentos recebidos se referiam apenas à folha de intimação e seu demonstrativo de infrações, o que inquinou o procedimento administrativo fiscal de vício de nulidade, por não observar a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Nos dias 07 e 08 de outubro de 2009, o estabelecimento estava de portas fechadas, portanto, na sua linha de raciocínio, seria impossível que fosse entregue no endereço qualquer correspondência com “AR” (aviso de recebimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos).

Alega que o escasso tempo e o extravio de documentos afrontaram a garantia à ampla defesa e ao contraditório, prejudicaram o prazo e a produção das provas necessárias. Deste modo, vem ao PAF (processo administrativo fiscal) com o fim de cumprir sua responsabilidade processual, esperando o restabelecimento do seu direito de defesa.

Com fundamento em doutrina e no art. 173 do CTN c/c 23 da LC 87/96, aponta a decadência do direito de lançar o imposto concernente ao exercício de 2004.

Em seguida, defende que é nulo o Auto de Infração, em face da sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, vez que não houve qualquer ilicitude, muito menos as registradas na peça acusatória.

Uma vez que o art. 46 do RPAF/99 veda uma mesma notificação para infrações diversas, entende que o ato administrativo sob julgamento é nulo, também por cerceamento do direito de defesa, pois o autuante não demonstra como foi determinado o valor da base de cálculo do imposto.

No mérito, pondera que o Fisco, para chegar ao valor do lançamento através do Auto de Infração, valeu-se unicamente de cópias de notas fiscais originadas de outros Estados da Federação, sendo que tais notas não trazem a prova indubitável das aquisições. Em muitas notas não há o comprovante do recebimento das respectivas mercadorias. Constata que alguns dos citados documentos são imperfeitos e imprestáveis para provar qualquer transação comercial, eivados de divergências quando submetidos a perícias e diligências, razão pela qual impugna todas as cópias de notas fiscais acostadas.

Por outro lado, alega que sequer teve a oportunidade de levantar os seus arquivos, com o intuito de contrapor com as escriturações, livros e estoques.

Pondera que sem a materialidade, que dá fulcro à autuação, ficam prejudicados tanto a constatação da alíquota de incidência quanto o próprio regime de tributação. Anota, nas suas

palavras, “*que não dá para identificar com clareza o sujeito obrigado a recolher tal imposto, se não há materialidade irrefutável do nexa e do fato gerador*”.

Não é possível ao agente fiscal afirmar a incidência de ICMS sobre esta ou aquela compra, se não consegue comprovar em definitivo sequer a existência de fato gerador, muito menos se a transação possui caráter mercantil.

Impingir ao estabelecimento o quanto descrito como “INFRAÇÃO 5” consiste em conclusão equivocada. Se o impugnante desconhece as supostas compras atribuídas na infração, evidente que não poderiam constar as mesmas nas movimentações da DME, razão pela qual fica impugnada a acusação.

Insurgindo-se especialmente contra uma suposta incidência de ICMS em operações com bens destinados ao uso ou consumo ou ao ativo permanente, assevera as mesmas que não possuem um caráter mercantil/comercial. Em outras palavras, nas aquisições nas quais o adquirente funcionar como destinatário final, não há direito a crédito, salvo quando tais operações se referirem a mercadorias vinculadas à atividade comercial desempenhada. Portanto, se apenas as entradas de mercadorias vinculadas à atividade do contribuinte geram crédito de ICMS e se somente as saídas de mercadorias que constituam atividade habitual do contribuinte sujeitam-se à incidência do imposto, é razoável entender que a “*proporção de incidência de alíquotas*” (sic) deve se restringir ao âmbito de atuação do ICMS, ou seja, “*apenas levando em consideração, para o cálculo do valor total das operações de saídas e entradas, aquelas operações tributadas, de aquisição, isentas ou não tributadas que se vinculem à atividade comercial habitual do contribuinte, não devendo ser computadas, para este fim, aquelas que não guardem relação com a atividade comercial da empresa, por estarem fora do campo de incidência*”.

A argumentação acima expendida, segundo informa, diz respeito, de maneira geral, às duas primeiras infrações.

As infrações 03 e 04 são conseqüências das anteriores, portanto, igualmente insubsistentes. No regime de enquadramento para apuração do impugnante – SIMBAHIA – não haveria motivos para recolher impostos além daqueles relacionados às devidas atividades de comércio.

O atributo da infração 05 – declarações incorretas através da DME – é apenas o efeito material da balança comercial do estabelecimento, portanto, imanente à realidade das aquisições e vendas. Impugna expressamente a mesma.

Com relação à infração 06, esclarece que foi vítima de falcaturas por parte de alguns funcionários e pessoas terceiras que transitaram pelo estabelecimento, de modo que os livros e documentos fiscais foram extraviados. Não se negou a apresentar os livros, simplesmente não os tinha, mas disponibilizou informações. Não havendo intenção de ocultar, em face de motivo de força maior, alheio à vontade, não há razão para persistir a incidência de autuação referente ao item. Caracterizada a “*excludente de ilicitude*”, este órgão deve afastar a aplicação da infração e suas respectivas multas.

Prossegue afirmando que o preposto fiscal atuou com excesso de exação, mencionando dispositivos do Código Penal, da CF/1988 e doutrina.

Por fim, requer: (i) juntada de provas, (ii) que seja intimado no endereço do seu patrono e (iii) acolhimento das preliminares suscitadas, com a nulidade, ou, assim não entendendo o órgão julgador, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 651 a 661.

Com fundamento no art. 173 do CTN, bem como em decisões administrativas e judiciais, pontua que compete ao contribuinte lançar o imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeitando-se à posterior homologação da autoridade administrativa, após 5 (cinco) anos, contados a partir do 1º dia do exercício seguinte ao da efetivação do lançamento.

Citando o art. 195 do CTN, discorda do pedido de nulidade, pois ao direito tributário não é dado definir o justo ou o injusto. A administração tributária pode e deve estabelecer critérios de fiscalização baseados tanto em indícios de irregularidades fiscais quanto em amostragens.

Pondera que o contribuinte já foi autuado três vezes pelo trânsito de mercadorias por falta de pagamento do ICMS por antecipação parcial, e foi efetuado lançamento pela fiscalização de estabelecimentos, em outra oportunidade, em virtude da falta de recolhimento do ICMS devido pela microempresa.

Quanto ao pedido de nulidade por cerceamento de direito de defesa e em função do prazo escasso, entende que não merece deferimento, pois consta dos autos recibo de aviso de recebimento (AR) com a chancela da Empresa Brasileira de Correios, indicando a data em que a impugnante recebeu os documentos enviados pela SEFAZ, bem como a assinatura de seu preposto.

A intimação, segundo indica, foi regular, tendo inclusive observado o comando do art. 108 do RPAF/99.

Verifica que a mesma pessoa que assinou o “AR”, constante destes autos à fl. 593, recebeu o Auto de Infração, o Demonstrativo de Antecipação Parcial 2004/2005, as Planilhas de Cálculo do ICMS de Empresas SIMBAHIA 2004/2005 e o Demonstrativo de Compras 2004/2005, entregues pelos Correios. Foi também a mesma pessoa que recebeu em 19/05/2009 a 2ª intimação, de fl. 13. Salienta que tais documentos não tinham sido apresentados à Fiscalização em razão da primeira intimação (fl. 13). Na verdade, só vieram a ser apresentados, pelo menos em parte, após o recebimento da segunda intimação, a qual foi entregue à mesma pessoa que recebeu o Auto de Infração. Pergunta: “*ora, se essa pessoa era considerada estranha ao contribuinte, por que então a solicitação da SEFAZ foi atendida após o recebimento da segunda intimação?*”

A citada pessoa se chama Kátia de Moura Cordeiro, que possui o mesmo sobrenome de Paulo Sérgio de Moura Cordeiro, titular do estabelecimento. No mínimo, uma coincidência que vem reforçar a suspeita de que a alegação não tem o menor fundamento.

Ademais, todos os pontos argüidos como infração no Auto foram rebatidos na peça de defesa, o que prova que o autuado teve e tem acesso pleno aos documentos que teriam sido extraviados. Uma leitura da “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração demonstra que o preposto fiscal teve o cuidado de inserir no corpo do lançamento, bem como solicitar do setor responsável pelo envio do Auto, o registro do AR relativo à informação do que estava dentro do envelope, com o detalhamento das acusações, o Auto em si e os demonstrativos. Portanto, não há que se argüir afronta ao direito de defesa.

Em momento algum a impugnação relata que recebeu o envelope enviado pela SEFAZ aberto, e sim relata que encontrou um “*envelope aberto*”. Fica evidente que a suposta abertura do envelope ocorreu após a entrega do mesmo.

Assinala que o advogado confunde Notificação Fiscal (art. 48) com Auto de Infração (art. 38), todos do RPAF/99. O Auto de Infração não substitui a Notificação fiscal, com ela não se confunde e vice-versa.

Entende que em momento algum existiu, e nem poderia existir, negativa por parte do contribuinte de ter adquirido as mercadorias constantes das notas fiscais, pois os remetentes desses produtos são seus fornecedores habituais.

Nessa linha, diz que não há que se falar em bem adquirido para o ativo permanente. Aduz que através da verificação dos documentos acostados ao processo chega-se à conclusão de que as operações designadas nas notas fiscais se referem a mercadorias, e não a bens destinados ao ativo imobilizado, sobre as quais foi efetuado o lançamento do ICMS para cobrança da antecipação parcial.

Quanto à alegação de falcaturas de funcionários e terceiros, cita o art. 146 do RICMS/BA. O contribuinte não comunicou à repartição o extravio dos livros fiscais e documentos. Portanto,

deveria realizar este procedimento e apresentar nos autos a comprovação do extravio, ou, alternativamente, anexar à defesa cópia de ocorrência policial descrevendo tal fato.

Observa que o defendente apresentou os seguintes livros fiscais: Livro de Apuração do ICMS, Livro de Entrada, Livro de Saída, conforme cópias de fls. 484 a 591, bem como a Declaração Anual Simplificada do Imposto de Renda 2004/2005 (fls. 22 e 23), além de documentos fiscais (notas fiscais de entrada e DAES), atendendo parcialmente à segunda intimação (fl. 13), assinada pela “*pessoa estranha à empresa*”, de nome Kátia de Moura Cordeiro. Porém, não entregou os Livros de Inventário, Razão e Caixa. Este último era necessário, como também os outros mencionados, pois, conforme podemos verificar na Ordem de Serviço Nº 512735, em consulta ao sistema PGF, havia indicação do roteiro AUDIS-601, Auditoria da Conta Caixa. Obstruiu-se desta forma os trabalhos de fiscalização.

Refuta a acusação de excesso de exação e informa que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória (falta de apresentação de livros fiscais) foi aplicada em função de o contribuinte não ter atendido às três intimações (fls. 09 a 14), destacando que foram concedidos prazos para atendê-las.

Encerra pleiteando a procedência do lançamento.

Uma vez que foram constatados lançamentos com base em cópias de notas fiscais, que não comprovam de forma inequívoca a entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, considerando que tal constatação repercute em várias infrações, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o PAF em diligência à repartição de origem e ao autuante, com o fim de que este último elaborasse novos levantamentos, tomando como base apenas as entradas efetivamente comprovadas. Solicitou-se a apresentação dos documentos que fundamentaram a infração 05, com o cômputo apenas das entradas legitimamente documentadas (fl. 666).

À fl. 668 o autuante ingressa com requerimento junto ao gabinete da inspetora da INFAZ Feira de Santana, solicitando a concessão de prazo de 30 dias para cumprir a diligência, o que não foi expressamente negado à fl. 668-A.

Às fls. 669 a 690 constam correspondências para os emitentes das notas fiscais, onde foi pleiteado o envio de comprovantes das operações respectivas (pagamentos, conhecimentos de transporte, pedidos de compra, canhotos etc.).

Uma vez enviados alguns documentos pelos emitentes dos documentos fiscais (fls. 691 a 745), o autuante colaciona demonstrativos (fls. 746 a 777), intimação para apresentação de conhecimentos de transporte (fls. 778 e 779) e Parecer (fls. 779 a 782).

No Parecer, assevera que não corresponde à realidade a alegação de defesa de que as notas fiscais não fazem prova das aquisições. Em função do fato de o trânsito das mercadorias oriundas do Sul e Sudeste do Brasil através do Posto Fiscal Benito Gama ser intenso, é impraticável e impossível carimbar todas as notas fiscais que ali transitam. Os carimbos, na maioria das vezes, são apostos nos manifestos de cargas emitidos pelas transportadoras.

Outra situação que destaca é que parte representativa das notas computadas nos levantamentos não são documentos capturados pelo sistema CFAMT, mas primeiras vias fornecidas pelo fiscalizado (fls. 56 a 476), cujos lançamentos no livro Registro de Entradas estão comprovados às fls. 510 a 553, o que afastaria a necessidade de carimbos para comprovar as aquisições.

Foi juntado aos autos Demonstrativo de Compras com Ajustes (fls. 760 a 777), onde resta inserida a coluna COMPROVAÇÃO DE RECEBIMENTO E / OU DAS TRANSAÇÕES COMERCIAIS, inclusive com indicação de canhotos e de conhecimentos de transporte.

Em atendimento à diligência de fl. 666, foram elaborados novos levantamentos para as cinco primeiras infrações, às fls. 746 a 777: Demonstrativo da Antecipação Parcial com Ajustes 2004/2005, Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA com Ajustes no Exercício 2004, Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA com Ajustes no Exercício 2005 e Demonstrativos de Compras Com Ajustes 2004/2005.

Na confecção do Demonstrativo de Compras com Ajustes (fls. 760 a 777), há indicação das provas, presentes nos autos, de que as mercadorias foram de fato adquiridas. Os documentos solicitados às fls. 669 a 690 que não chegaram até a redação do Parecer foram excluídos dos relatórios originais, de fls. 24 a 55, alterando os valores das infrações 01 a 04 para aqueles designados às fls. 780 e 781.

A infração 05 tem relação com o fato de o sujeito passivo ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais concernentes à DME (Declaração de Movimento Econômico de Micro-Empresa). O fundamento documental é aquele registrado à fl. 02, no campo “*Descrição dos Fatos*”. Ou seja, no Demonstrativo de Compras 2004/2005 (fls. 38 a 55) está comprovado que as aquisições nestes exercícios totalizaram, respectivamente, R\$ 425.141,27 e R\$ 487.919,22, de acordo com os documentos fiscais de fls. 56 a 476, sendo que foram declaradas nas DME (fls. 15 a 18) as quantias de R\$ 133.583,01 e R\$ 179.742,00. Indicando prova documental subsidiária, informa que o contribuinte apresentou o livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 484 a 509) e o livro Registro de Entradas (fls. 510 a 553) com valores de compras nesses exercícios, respectivamente, de R\$ 432.258,70 e de R\$ 393.404,40, o que diverge das DME de fls. 15 a 18.

Devidamente cientificado (fls. 784 a 787), o contribuinte não se manifestou.

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Os levantamentos iniciais (fls. 24 a 55), assim como aqueles elaborados após a solicitação de diligência (fls. 746 a 777 e 780/781), contêm as informações necessárias para a compreensão de como se alcançou a base de cálculo, a (s) alíquota (s) aplicada (s) e o tributo lançado.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas, nos aspectos abordados na peça de defesa, na conversão do processo em diligência, na sua conseqüente informação fiscal e intimação para manifestação.

Quanto à alegação de não ter sido intimado, o autuado compareceu aos autos e se defendeu. O AR de fl. 593 comprova a cientificação do autuado.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

Com relação à preliminar de decadência do direito de constituir crédito tributário relativo ao exercício de 2004, em razão de ter sido extrapolado o prazo de cinco anos para que o sujeito ativo o constituísse, tal como previsto no artigo 150, §4º do CTN, observo que o artigo 173, inciso I, também do CTN, prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, enquanto o artigo 150, § 4º prevê como marco a data do fato gerador. Nos dois casos, o prazo é de cinco anos.

Nos lançamentos por homologação em que haja antecipação de pagamento do tributo, aplica-se o disposto no art. 150, §4º, e o prazo para a decadência será de cinco anos a contar do fato gerador, exceto quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto (de ofício), previsto no artigo 149, inciso V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, inciso I, do CTN (RESP 445.137/MG, agosto de 2006).

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB - incorporou o artigo 150 do CTN em seu parágrafo 5º, que dispõe:

COTEB. Art. 107-B. § 5º. Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo para a homologação do lançamento, não podendo ser acatado o pedido de aplicação da norma do artigo 150, §4º, CTN, que deve ser observada quando a lei do ente tributante não fixa interstício temporal para a homologação. No lançamento de ofício não pode ser acatada a tese de que apenas parte do tributo deixou de ser lançada, mas sim de que o início do quinquênio decadencial começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do art. 173, inciso I do CTN.

Portanto, aplicando-se a regra contida no artigo 107-B, §5º do COTEB, os fatos geradores ocorridos em 2004 só seriam atingidos pela decadência caso o lançamento tivesse sido efetuado a partir de 2010. Tendo sido o Auto de Infração lavrado em 2009, com a ciência ao autuado no mesmo ano, não ocorreu a decadência alegada, do que resta rejeitada a preliminar relativa.

Ainda quanto à decadência, é importante registrar que, muito embora o STJ já tenha decidido reiteradas vezes em sentido contrário ao acima exposto, este Conselho, até a presente data, mantém o entendimento de que o prazo começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte até pronunciamento em contrário da Procuradoria do Estado.

Após a diligência, os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou dúvidas eventualmente remanescentes que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram a autoria e a materialidade dos fatos.

Indefiro o pleito de exclusão ou redução das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias (infrações 05 e 06), posto que não existe a figura da “*excludente de ilicitude*” no processo administrativo fiscal, instituto pertencente ao direito penal. Igualmente, não está evidenciada a presença dos requisitos para que se defira tal requerimento, explicitados no art. 158 do RPAF/99.

No mérito, o defendente fundamentou a impugnação das infrações 01 e 02 na negativa de aquisição das mercadorias e na alegação de que as notas fiscais presentes no processo dizem respeito a operações de aquisição de ativo fixo ou material destinado ao uso e consumo.

Não é o que observo ao compulsar os documentos dos autos, pois, como informou a autoridade fiscal, a quase totalidade das notas tomadas nos levantamentos não se refere a documentos capturados pelo sistema CFAMT, mas sim às primeiras vias fornecidas pelo próprio sujeito passivo (fls. 56 a 476), várias com carimbos de lançamento contábil, de transportadoras e / ou de postos fiscais do trajeto (fls. 439, 461, 402, 422, 346, 375, 378, 353, 356 etc.).

Entre tais documentos, de fls. 56 a 476, constatei a presença de inúmeros conhecimentos de transporte, alguns nas suas primeiras vias, a exemplo daqueles de fls. 56, 60, 64 e 72, e outros nas quintas vias, como os de fls. 108, 115, 131, 210 e 248.

Também não procede a alegação de que as aquisições foram de bens destinados ao ativo fixo ou de materiais de uso e consumo. Primeiramente, o impugnante não indicou as notas fiscais que especificam essas operações, o que faz incidir o comando do art. 143, RPAF/99: “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Em segundo lugar, verifico que os produtos registrados nos documentos são de típica destinação à revenda na atividade empresarial do autuado, como piscina 500 litros, mini bote, banheira 300 litros (fl. 59), mesas, cadeiras (fl. 71), barrilha leve (fl. 101), bombas e filtros (fl. 132).

Na revisão fiscal, foi juntado ao PAF Demonstrativo de Compras com Ajustes (fls. 760 a 777), onde resta inserida a coluna COMPROVAÇÃO DE RECEBIMENTO E / OU DAS TRANSAÇÕES

COMERCIAIS, inclusive com indicação de canhotos, lançamentos no livro Registro de Entradas e conhecimentos de transporte. A título de exemplo, cito as notas fiscais 89.104 (fls. 537 e 770), 190.410 (fls. 541 e 771) e 1.843 (fls. 543 e 772).

De acordo com o que já foi exposto no relatório acima, em atendimento à diligência de fl. 666, foram elaborados novos levantamentos para as cinco primeiras infrações, às fls. 746 a 777: Demonstrativo da Antecipação Parcial com Ajustes 2004/2005, Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA com Ajustes Exercício 2004, Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA com Ajustes Exercício 2005 e Demonstrativos de Compras Com Ajustes 2004/2005.

As planilhas sintéticas de fls. 780 e 781 indicam apenas parcialmente os montantes cobrados em cada infração, pois são relativas tão somente aos meses nos quais houve mudança no ICMS lançado após a revisão fiscal. A totalidade dos valores por cada ilícito tributário imputado encontra-se nos levantamentos de fls. 746 a 777.

Foram retiradas do lançamento as operações sem comprovantes, de modo que a infração 01 ficou reduzida de R\$ 37.759,16 para R\$ 36.169,30, e a 02 de R\$ 713,30 para R\$ 554,88 (fls. 780 e 781).

Acato os demonstrativos de fls. 746 a 757, elaborados pelo autuante, de forma que a infração 01 reste diminuída de R\$ 37.759,16 para R\$ 36.169,30, e a 02 de R\$ 713,30 para R\$ 554,88.

No caso concreto, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período anterior a novembro de 2007, deve-se aplicar a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

Infrações 01 e 02 parcialmente elididas, com o re-enquadramento das multas para a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado afirmou que as infrações 03 e 04 são conseqüências das anteriores, e que, portanto, são igualmente insubsistentes. No regime de apuração SIMBAHIA, no seu entendimento, não haveria motivos para recolher impostos além daqueles relacionados às devidas atividades de comércio.

As naturezas dos ilícitos são distintas. O contribuinte apurou o ICMS – SIMBAHIA com base na DME. O autuante refez a apuração considerando os documentos fiscais juntados ao PAF. Com relação às infrações 01/02 e 03/04, aquelas dizem respeito ao imposto devido por antecipação parcial, enquanto estas se relacionam com o ICMS exigido das entidades enquadradas no Regime SIMBAHIA. Importante frisar que este Regime de apuração foi observado pelo autuante nos levantamentos e é bastante simplificado, encontrando-se à margem de considerações pertinentes ao direito privado, como “*atividades de comércio*”, mesmo porque, data máxima vênua, tal expressão não mais se aplica na seara da ciência jurídica contemporânea, em razão da Teoria da Empresa ora preponderante.

O autuante, observando o que foi solicitado na diligência de fl. 666, revisou os cálculos, cujos demonstrativos analíticos encontram-se às fls. 758 e 759, de maneira que a infração 03 foi modificada de R\$ 415,00 para R\$ 270,00 (julho, agosto e setembro de 2004), e a 04 de R\$ 15.269,60 para R\$ 13.518,50 (outubro de 2004 a dezembro de 2005).

Acato os levantamentos de fls. 758 e 759, elaborados pelo autuante, restando diminuídos os valores das infrações 03 e 04: a 03 de R\$ 415,00 para R\$ 270,00 (julho, agosto e setembro de 2004), e a 04 de R\$ 15.269,60 para R\$ 13.518,50 (outubro de 2004 a dezembro de 2005).

Infrações 03 e 04 parcialmente descaracterizadas.

Conforme muito bem expôs o autuante na conclusão da diligência, a infração 05 reporta-se ao fato de o sujeito passivo ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais relativas à DME (Declaração de Movimento Econômico de Micro-Empresa). No Demonstrativo de Compras 2004/2005 (fls. 38 a 55) está comprovado que as aquisições nestes exercícios

totalizaram, respectivamente, R\$ 425.141,27 e R\$ 487.919,22, de acordo com os documentos fiscais de fls. 56 a 476, sendo que foram declaradas nas DME (fls. 15 a 18) as quantias de R\$ 133.583,01 e R\$ 179.742,00. O contribuinte apresentou o livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 484 a 509) e o livro Registro de Entradas (fls. 510 a 553) com valores de compras nesses exercícios, respectivamente, de R\$ 432.258,70 e de R\$ 393.404,40, informações que divergem das constantes das DME de fls. 15 a 18.

A revisão fiscal em nada descaracteriza o descumprimento da obrigação acessória relativa a esta infração, motivo pelo qual reputo a mesma caracterizada.

Por fim, com referência à sexta e última infração, concluo que ficou demonstrada a falta de apresentação de livros fiscais. O impugnante tentou justificar afirmando que foi vítima de atos ilícitos dolosos de terceiros, que teriam extraviado livros e documentos, mas não apresentou qualquer boletim de ocorrência policial ou comunicação à repartição fiscal competente.

O art. 146 do RICMS/BA determina que nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a comunicar o fato à Inspeção Fazendária, dentro de 08 dias, e a comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

Uma vez que o contribuinte tomou ciência da terceira intimação no dia 1º de setembro de 2009, para efeito de corrigir os juros que incidirão sobre o valor lançado, é preciso que se corrija o campo “Data Ocorr.” da infração 06 para o dia 30/09/2009.

Caracterizada a infração 06.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 51.512,68.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210319.3009/09-0**, lavrado contra **PAULO SÉRGIO DE MOURA CORDEIRO DE FEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 50.512,68**, com as multas de 60% sobre R\$ 36.724,18, e 50% sobre R\$ 13.788,50, previstas no art. II, “f” 42, I, “b”, item 3 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 600,00**, previstas no art. 42, XVIII, “c” e XX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR