

PROCESSO	- A. I. Nº 298942.0025/01-4
RECORRENTE	- MOBILIE MÓVEIS LTDA. (DESTAK MÓVEIS) - EPP
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0041-03/03
ORIGEM	- INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET	- 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0124-11/15

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa, a teor do art. 117 do RPAF/99. Encerrado o procedimento administrativo fiscal, consoante o disposto no art. 27, inciso IV do RPAF/99, restando suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF, constante no Acórdão nº 0041-03/03, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 28/09/2001, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$15.827,50. Multa: 70%.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Caracterizado por suprimentos de Recursos de origem não comprovada, constatada pelos pagamentos efetuados, sem o devido lançamento nos documentos fiscais. Valor: R\$11.715,22. Multa: 70%.

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O contribuinte mesmo desenquadrado por ofício deixou de apurar o imposto como normal, realizando apenas o pagamento como SIMBAHIA-EPP, gerando recolhimento a menor do imposto, pela não aplicação da apuração ora determinada. Valor: R\$44.921,33. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 149/155):

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Ressalto, ainda, que as multas sugeridas na autuação não têm caráter confiscatório, estando as mesmas expressamente previstas no art. 42, incisos, II, “a” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96.

Em relação ao mérito das infrações, o autuado não contestou os números apresentados pelo autuante, o que ao meu ver implica na concordância tácita com os mesmos. Limitou-se, o sujeito passivo, a questionar a legitimidade do seu desenquadramento do regime simplificado de apuração, bem como a alíquota aplicada no cálculo do imposto devido.

Dessa forma, constatada a ocorrência das infrações apontadas, passo a examinar qual deve ser a forma de cálculo do imposto a ser exigido – se deve ser adotada a alíquota de 17% (sugerida pelo autuante) ou com base nos valores definidos através do cálculo da Receita Bruta Ajustada (pleiteada pelo autuado), durante o período que a empresa estava inscrita, na condição de empresa de pequeno porte, no regime de apuração do SimBahia.

Segundo a legislação estadual, a falta de emissão de documentos fiscais ou a emissão de documentos inidôneos ou a realização de operação ou prestação sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea são infrações de natureza grave e o contribuinte que incorrer na prática de infrações desta natureza, deverá sofrer

duas punições:

Será excluído do SimBahia, por iniciativa do Inspetor Fazendário;

Ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido, sem o tratamento tributário do Regime, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

A esse respeito, o RICMS/97 determina que:

Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subsequente:

.....

§ 3º Tratando-se de mercadoria ou serviço de transporte em situação fiscal irregular, a aplicação da alíquota interna ou da interestadual atenderá aos critérios do inciso VII do art. 632.

.....

Art. 632 –

.....

VII - para efeitos de definição do local da ocorrência do fato gerador e da alíquota aplicável na hipótese de operação ou prestação sem documentação fiscal ou em situação fiscal irregular, inclusive quando constatada no trânsito, ainda que a mercadoria ou o serviço sejam procedentes de outra unidade da Federação, presume-se a mercadoria ou o serviço, conforme o caso, posta em circulação ou prestado neste Estado, estando sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, considerando-se ocorrido o fato gerador no local onde se encontre a mercadoria ou o prestador do serviço, sendo que:

será aplicada a alíquota prevista para as operações:

I - internas, nas situações de que cuida o inciso I do art. 50, a menos que se trate de serviço de transporte aéreo ou de mercadoria ou serviço integrantes da cesta básica ou considerados supérfluos, hipótese em que a alíquota aplicável é a do inciso III do art. 50 ou do art. 51, conforme o caso.

Não resta dúvida, da leitura da legislação, de que qualquer empresa, inscrita na condição de "Normal", que realizar operações de mercadorias tributáveis (ou prestações de serviços de transporte) sem a competente documentação fiscal, está sujeita ao pagamento do ICMS, à alíquota incidente nas operações/prestações internas, isto é, 17%, exceto em relação àquelas mercadorias integrantes da chamada cesta básica ou consideradas supérfluas – cuja alíquota é diferenciada.

Especificamente em relação às empresas enquadradas no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), o RICMS/97 estabelece o seguinte, de acordo com as transcrições abaixo, que são necessárias pelo fato de ter havido diversas alterações na legislação:

Vigência até 31/12/99, dia anterior à publicação do Decreto nº 7.729/99 (Alteração 15):

Art. 404-A. A exclusão de contribuinte do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.

Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:

III - quando se comprovar que o contribuinte prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, hipótese em que será exigido o imposto que houver deixado de recolher, em cotejo com os critérios de apuração do imposto pelo regime normal, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis.

Art. 408-P. O contribuinte que optar pelo enquadramento no regime do SimBahia utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, ou que incorrer na prática de infrações definidas na legislação estadual, havendo dolo, fraude ou simulação, ficará sujeito ao pagamento do imposto devido como se não fizesse jus ao tratamento tributário ora instituído.

Vigência de 01/01/00 (Alteração 15) até 29/12/00, dia anterior à publicação do Decreto nº 7.886/00 (Alteração 21):

Art. 404-A. A exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime, será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.

Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:

III - quando se comprovar que o contribuinte prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, hipótese em que será exigido o imposto que houver deixado de recolher, em cotejo com os critérios de apuração do imposto pelo regime normal, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis.

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 que tratam o inciso IV e a alínea "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

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

.....
IV - 100% do valor do imposto:

.....
h) quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo.

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV e V do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

3. vigência atual, a partir de 30/12/00 com a edição do Decreto nº 7.886/00 - Alteração nº 21:

Art. 404-A. A exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime, será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.

Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:

.....
VII - quando o contribuinte cometer qualquer das irregularidades constantes no art. 408-L.

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 que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

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

.....
IV - 100% do valor do imposto:

h) quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo.

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

Portanto, verifica-se, da leitura da legislação, que a empresa enquadrada no regime de apuração simplificado (SimBahia), que realizar operações de mercadorias tributáveis sem a competente documentação fiscal, também está sujeita ao pagamento do ICMS, à alíquota incidente nas operações internas, isto é, 17%, exceto em relação àquelas mercadorias integrantes da chamada cesta básica ou consideradas supérfluas – cuja alíquota é diferenciada.

Esse entendimento é válido para os exercícios, ora em análise, porque, desde a instituição do SimBahia, o RICMS/97 já previa (artigo 408-P) que o contribuinte que "incorrer na prática de infrações definidas na legislação estadual, havendo dolo, fraude ou simulação, ficará sujeito ao pagamento do imposto devido como se não fizesse jus ao tratamento tributário ora instituído" - sendo que a realização de operações sem a emissão de documentação fiscal ou com a emissão de documentação fiscal inidônea é uma das infrações de maior gravidade previstas na legislação do ICMS, de acordo com o artigo 915, inciso IV, alínea "c" do RICMS/97.

Todavia, o presente PAF retornou à Infaz Teixeira de Freitas para que o autuante procedesse à revisão do trabalho fiscal, adotando os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário, para as infrações 1 e 2, em face da condição de empresa de pequeno porte do autuado.

Em função dessa solicitação o autuante informou que o contribuinte estava desenquadrado do regime simplificado de apuração do imposto desde o dia 01/01/2001, de acordo com o ofício anexado à fl. 122, e com base no disposto no art. 408-S, do RICMS/97. Dessa forma, no que se refere à infração 2, cujos fatos geradores ocorreram no exercício de 2001, não cabe a aplicação da Orientação Normativa acima citada, sendo que o autuado não tem direito ao crédito fiscal relativo as notas fiscais não escrituradas, tendo em vista que se trata, o presente caso, de exigência de ICMS pela presunção legal de ocorrências de saídas de mercadorias anteriormente efetuadas, e não oferecidas à tributação, as quais geraram receita para a aquisição das mercadorias constantes nas notas fiscais de entradas. Portanto, fica mantida integralmente a exigência contida na infração 2, bem como a exigência da infração 3, que também se refere ao exercício de 1991, onde o autuado vinha recolhendo o ICMS a menor, pois estando desenquadrado do regime simplificado, mesmo assim vinha

desobedecendo o fim do benefício.

No que diz respeito à infração 1, quando o impugnante estava enquadrado no regime simplificado, o autuante informou que o cálculo do crédito (fl. 133) foi efetuado através das quantidades de mercadorias omitidas apuradas no levantamento, multiplicadas por seu valor unitário e pela alíquota constante do documento fiscal.

Fica evidenciado, portanto, que o autuante não adotou as normas estabelecidas na Orientação Normativa nº 01/2002. Além disso, foi acrescentado o § 1º ao art. 19, da Lei nº 7.357/98, que abaixo transcrevo:

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.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

Em função dessa previsão legal, que, inclusive, beneficia o contribuinte, atribui o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição aos créditos fiscais que seriam calculados de acordo com a Orientação Normativa já referida, conforme demonstrativo abaixo:

DATA OCORRÊNCIA	DE BASE CÁLCULO	DE ALÍQUOTA	VALOR EXIGIDO	CREDÉDITO PRESUMIDO (8%)	ICMS RECOLHER	A
31/12/2002	93.102,94	17,00%	15.827,50	7.448,24	8.379,26	

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o valor da exigência reduzida para R\$ 65.015,81, de acordo com o demonstrativo de débito às fls. 2 e 3, à exceção da infração 1 que passa a ser o abaixo apresentado:

Infração 1:

DATA OCORRÊNCIA	DE BASE CÁLCULO	DE ALÍQUOTA	MULTA	VALOR DÉBITO(R\$)	DO
31/12/2002	49.289,76	17,00%	70%	8.379,26	

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 165/202, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração por perda do objeto, em razão de liminar obtida em processo judicial, que suspendeu os efeitos do recorrente do SIMBAHIA.

No mérito diz que sem justa causa e de ofício, foi excluída do SIMBAHIA, mesmo não tendo atingido o teto máximo da receita bruta.

Cita artigos constitucionais e transcreve a legislação sobre o tema, reiterando que não houve fundamento para o desenquadramento do SIMBAHIA.

Refuta as infrações isoladamente.

Trata dos requisitos do ato administrativo, bem como dos princípios constitucionais, mencionado doutrina e jurisprudência.

Ao final, pontua que a multa é confiscatória, haja vista a inocorrência de sonegação fiscal, fraude ou conluio.

Colaciona cópia das petições do Mandado de Segurança nº 21000999-9 e também a Decisão que deferiu a liminar, no sentido de conferir efeito suspensivo ao Recurso.

A PROFAZ através da procuradora Dra. Sylvia Amoêdo, fl. 216, sugere que os autos sejam remetidos ao setor de defesa judicial, para que verifique se houve Decisão definitiva nos autos, pois se não houve, o referido processo deve ficar com seu julgamento suspenso e se houve deverá ser cumprida a Decisão, a favor de quem a justiça decidir.

Incluído o feito em pauta suplementar, os autos foram convertido em diligência, para cumprimento do quanto sugerido pela PROFAZ.

À fl. 223, a PROFAZ se manifesta no sentido que não houve cumprimento da diligência, pois não restou demonstrado se a condição da empresa, como enquadrada no regime SIMBAHIA, foi restaurada pelo judiciário.

Em resposta, a procuradoria do interior regional de Itamaraju informou que o Juízo da Vara da

Fazenda Pública da Comarca de Teixeira de Freitas julgou improcedente o Mandado de Segurança, encontrando-se o feito no Tribunal de Justiça para julgamento da apelação interposta pela impetrante.

Assim, a PROFAZ, fl. 230 opina pela suspensão do julgamento do presente PAF até Decisão final do Mandado de Segurança interposto, com arrimo no art. 117 do RPAF.

À fl. 235 consta despacho da PGE/PROFIS, para encaminhamento do processo para o setor judicial, a fim de que o Procurador vinculado ao feito preste informações atualizadas sobre a vigência da Decisão judicial, com posterior remessa ao CONSEF.

Consta à fl. 239v informação que foi negado provimento à apelação cível interposta.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, fls. 242/243, opina pelo Não Conhecimento do Recurso Voluntário em razão da opção do contribuinte pela via judicial, com espeque no art. 117 do RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3^a JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, lavrado em razão do suposto cometimento de três irregularidades.

Da análise dos autos, verifico que o Sujeito Passivo ingressou com Mandado de Segurança para questionar em juízo seu desenquadramento do SIMBAHIA, de modo que o crédito tributário lançado através do presente PAF encontra-se em discussão no âmbito do Poder Judiciário.

Por essa razão, consoante determina o artigo 117, do RPAF/99 “*a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto*”.

Ato contínuo, dispõe inciso IV do art. 27 do RPAF que encerra o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com a desistência da defesa ou do Recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Em assim sendo, a análise do mérito da autuação resta prejudicada na esfera administrativa, devendo o processo ser remetido à PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Pelo exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário e declaro encerrado o Procedimento Administrativo Fiscal, a teor do inciso IV, do art. 27 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e declarar EXTINTO o Procedimento Administrativo Fiscal em relação ao Auto de Infração nº 298942.0025/01-4, lavrado contra MOBILIE MÓVEIS LTDA., no valor total de R\$65.015,81, acrescido das multas de 60% sobre R\$44.921,33 e 70% sobre R\$20.094,48, previstas no art. 42, incisos II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REP. PGE/PROFIS