

PROCESSO - A. I. N° 206969.0013/01-7
RECORRENTE - BRASIL PRODUTOS DE TOUCADOR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 2053-04/01
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 01/03/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0079-11/02

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. ENQUADRAMENTO IRREGULAR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **a)** ERRO NA APURAÇÃO. **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. A legislação tributária estadual prevê, nos casos de enquadramento irregular do contribuinte, que o imposto deva ser apurado pelo regime normal de apuração. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/06/2001, exige ICMS no valor de R\$56.086,81, em razão das seguintes irregularidades:

1. recolheu a menos o imposto em decorrência de erro na sua apuração;
2. recolheu a menos o imposto devido, em decorrência de enquadramento irregular no Regime Simplificado do ICMS, na condição de EPP.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 215 a 217 dos autos impugnou o lançamento fiscal aduzindo, inicialmente, que em momento algum agiu de má fé, quer quanto aos valores escriturados, quer quanto ao código de enquadramento. Frisa que quando da protocolização do DIC, a empresa recebeu autorização da Secretaria da Fazenda por meio de seus prepostos, que atestaram a veracidade das informações neles contidas, concedendo-lhe a inscrição. Diz que o fato da codificação indicada no DIC da sua atividade econômica, em nada altera a sua condição de contribuinte, já que este não é o mérito da autuação, além do que a autuante não aplicou qualquer penalidade.

Prosseguindo em sua defesa, diz que o sócio Jubal Silva Filho realmente participava de outras empresas, entretanto, a legislação do ICMS, à época, não fazia restrição à participação, situação que foi alterada a partir de 01/10/2000 e que não se aplica ao caso presente, oportunidade em que transcreveu o teor do art. 144, do CTN, além de citar entendimento do tributarista Aliomar Baleeiro, em sua obra Direito Tributário – pg. 803, em apoio ao alegado.

Quanto ao mérito, diz que os valores de saídas, mesmo absurdamente ajustadas pela autuante, não extrapolam os limites fixados pela legislação da época para a adoção do SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, já que o total das saídas nos exercícios de 1999 e 2000, foram, respectivamente, de R\$424.986,21 e R\$660.785,04, inferior ao limite máximo fixado no valor de R\$600.000,00.

Acerca dos demonstrativos juntados pela autuante, no que diz respeito ao que indica pretensas notas fiscais escrituradas incorretamente, frisa que são as mesmas, inclusive seus valores, o que

demonstra a sua escrituração regular conforme cópia do Livro Registro de Entradas em anexo. Salienta que se a escrituração estivesse incorreta, como manda a boa lógica, não podiam sequer ser consideradas. Assevera que tal fato tem repercussão em todos os demais demonstrativos, pelo que entende devam ser desconsiderados todos os seus efeitos.

Ao finalizar, pede, em preliminar, considerar o Auto de Infração nulo, deferindo o seu pedido de baixa e, no mérito, declará-lo, improcedente.

A autuante ao prestar a informação fiscal de fls. 243 a 249 dos autos assim se manifestou:

1. sobre o argumento defensivo de que não agiu de má fé, “quer quanto aos valores escriturados, quer quanto ao seu código de enquadramento”, esclarece que o autuado não se insurgiu quanto aos valores apurados pela fiscalização. Diz que o contribuinte encontra-se em processo de baixa, cuja atividade econômica exercida era de “Comércio varejista de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal” e não “Comércio varejista de prod. Farmacêuticos alopáticos – farmácias e drogarias” como estava cadastrado, cujo fato foi apenas consignado no Termo de Fiscalização/Auto de Infração, não sendo este o motivo da autuação. Sustenta que, também, não foi cogitada a intenção do contribuinte ao enquadrar-se irregularmente no SIMBAHIA, como Empresa de Pequeno Porte – EPP, cuja situação irregular foi constatada, sendo os valores da base de cálculo e do imposto sido apurados em ação fiscal regular, que resultou na lavratura do presente Auto de Infração;

2. que o autuado em sua defesa confirma que o sócio Jubal Silva Filho, participa de outras empresas, embora alegue que a legislação do ICMS não fazia restrição à participação, fato que só veio ocorrer a partir de 01/01/2000, circunstância não respeitada pelo preposto fiscal, além de dizer que não agiu de má fé e está amparada legalmente, não podendo a Fazenda Pública exigir retroativamente um tributo sabidamente indevido. Sobre tais alegações, esclarece que conforme consignado à fl. 2 do PAF, foi informado o motivo pelo qual o enquadramento do contribuinte foi irregular, ou seja, de que um dos sócios, o Sr. Jubal Silva Filho – CPF nº 691.207.495-20, é sócio (e o era ao tempo do enquadramento) de outras empresas cuja receita bruta anual ajustada global excedeu os limites para enquadramento como EPP no SIMBAHIA, porque as entradas de mercadorias foram superiores em mais de 100% os limites respectivos, oportunidade em que indicou os dispositivos legais vigentes à época do enquadramento irregular, cujo fato constituía impedimento para o enquadramento no referido regime, situação que foi mantida até o momento da autuação. Às fls. 244 a 247, transcreveu artigos e incisos da Lei nº 7357/98, bem como de artigos, seus incisos e parágrafos do RICMS/BA, segundo a qual embasaram a ação fiscal.

3. que como pode ser visto no “Demonstrativo da Receita Bruta Global Ajustada das empresas em que o Sócio Tem Participação - Para efeito de Enquadramento no Cad. SIMBAHIA – EPP”(fl. 49) foi demonstrado a seguinte situação”em 1997, o total da RBA foi de R\$1.949.299,20, enquanto o total das entradas importou em R\$3.941.294,00; em 1998, o total da RBA foi de R\$3.327.454,74, enquanto o total das entradas importou em R\$5.178.523,96; em 1999, o total da RBA foi de R\$191.625,34, enquanto o total das entradas importou em R\$7.392.616,57; em 2000, o total da RBA foi de R\$898.723,58, enquanto as entradas totalizaram a importância de R\$9.372.024,41. Salienta que de acordo com os números apurados, a legislação vigente em 1988, época do enquadramento irregular feito pelo contribuinte, tanto o valor da receita bruta ajustada global, bem como os valores das entradas constituíam em impedimento para o seu enquadramento no SIMBAHIA como empresa de pequeno porte, enquanto para os exercícios de 1999 e 2000, apesar do valor da RBA global estar abaixo do limite previsto, o valor das entradas de R\$7.392.616,57 e R\$9.372.024,21, respectivamente, superam em mais de 100% o valor fixado pela legislação vigente à época para enquadramento como EPP;

4. quanto ao enquadramento do contribuinte na condição de empresa de pequeno porte ou microempresa, diz que decorre de opção formulada pelo próprio autuado e com base em informações prestadas em formulário específico, cujo enquadramento automático foi deferido pela Fazenda Estadual, não significando tal deferimento, na homologação dos dados informados, o qual fica sujeito à apuração posterior em ação fiscal regular, o que motivou a lavratura do presente Auto de Infração;

5. sobre o mérito da autuação, transcreve às fls. 247 a 248 os argumentos defensivos, segundo o qual os demonstrativos elaborados pela autuante devam ser desconsiderados, esclarece que a defesa não apresenta ou indica qualquer erro cometido pela ação fiscal, bem como não junta documento ou prova em apoio ao alegado. Diz que o contribuinte apesar do seu enquadramento irregular com vigência a partir de 01/01/99 continuou escriturando os livros fiscais, os quais foram utilizados para o levantamento fiscal. Frisa que muitas das notas fiscais de entradas de mercadorias estavam escrituradas em meses em que não correspondiam à sua efetiva entrada no estabelecimento, razão pela qual efetuou o seu levantamento excluindo tais documentos nos meses onde estavam incorretamente escriturados e incluindo nos meses corretos, para que fosse concedido ao contribuinte o correspondente direito ao crédito do ICMS do período correto de apuração, não procedendo, portanto, a alegação defensiva, de que as notas fiscais incluídas e excluídas são rigorosamente as mesmas, inclusive seus valores;

6. que além das divergências acima, constatou através da Auditoria de ECF (fl. 30/33) em alguns meses diferenças entre as saídas efetivas apuradas e os valores utilizados pelo autuado para o cálculo do ICMS devido como EPP;

7. que após os procedimentos acima, com base nos valores apurados nas entradas (fls. 21/28) e as saídas efetivas (fls. 30/33), efetuou a Auditoria da Conta Corrente do ICMS (fls. 09/20), onde foram concedidos ao contribuinte todos os créditos a que teria direito na apuração mensal do imposto, mais o saldo credor do período anterior, bem como do imposto recolhido, chegando-se ao valor objeto do presente Auto de Infração na importância de R\$56.086,81.

Acerca da nulidade suscitada pela defesa, diz que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo todas as formalidades legais.

No tocante ao mérito, alega que o autuado não apresentou qualquer fato, prova ou documento que pudesse alterar os fatos descritos na autuação, além de não contestar nenhum valor ou dado constante nos demonstrativos, tendo apenas questionado a aplicação da legislação quanto à situação do sócio.

Sobre o pedido de baixa, esclarece que o deferimento ou indeferimento do mesmo depende do julgamento do PAF pelo CONSEF.

Ao finalizar, mantém integralmente a autuação e espera que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO DO RELATOR DA 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Inicialmente, não acato a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado ao final de sua defesa, por entender que a presente autuação não se enquadra em nenhum dos incisos do art. 18, do RPAF/99, que trata da nulidade.

Quanto ao deferimento do pedido de baixa formulado pelo autuado, ressalto que o CONSEF não é o Órgão competente para apreciar tal pleito.

Com referência ao mérito, após a análise das peças que compõem o PAF e para melhor compreensão da autuação, transcrevo, a seguir, parte da legislação vigente à época do enquadramento do autuado no regime SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, o qual foi instituído pela Lei nº 7357/98.

Art. 2º - Para fins de adoção do tratamento tributário previsto nesta Lei, considera-se:

I -

II - empresa de pequeno porte – o contribuinte cuja receita bruta ajustada no ano anterior seja igual ou inferior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais);

§ 4º - na mensuração da receita bruta anual ajustada, para fins de cotejo com os limites de que cuida este artigo, se a empresa mantiver mais de um estabelecimento, levar-se-á em conta a receita bruta global ajustada de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.

Art. 3º - O contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário ora instituído deverá formalizar opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, ou em qualquer outro momento, desde que se enquadre nas condições e limites fixados no artigo anterior.

Art. 6º - não poderá optar pelo enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte:

I -

IV – a empresa cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa, se a receita bruta global dos estabelecimentos ultrapassar o limite de que trata o art. 2º desta Lei.

Da leitura dos dispositivos acima citados, constata-se que o contribuinte não poderia ser enquadrado no SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, pelos seguintes motivos:

a) um dos sócios, o Sr. Jubal Silva Filho, participava, também, como sócio, a época do seu enquadramento, da empresa Brasil Distribuidora de Perfumaria e Cosméticos Ltda., que possuía três estabelecimentos conforme comprova o documento de fl. 50 dos autos:

b) com base nas entradas e saídas de todos os estabelecimentos em que o sócio Jubal Silva Filho, tinha participação societária, a autuante através do Demonstrativo de fls. 49 dos autos, calculou a RBA – Receita Bruta Ajustada, dos exercícios de 1997 a 1998, cujos valores apurados nas importâncias de R\$1.949.299,20 e R\$3.327.454,74, respectivamente, excederam o limite fixado no inciso IV, do art. 6º, da Lei nº 7357/98. Quanto aos exercícios de 1999 e 2000, os valores da RBA foram de R\$4.791.625,34 e R\$6.398.723,58, respectivamente, ao invés dos valores consignados pela autuante à fl 49, os quais são também superiores ao limite previsto na legislação, ou seja, de R\$720.000,00 no exercício de 1999 e R\$1.200.000,00 no exercício de 2000. .

Prestadas as informações acima, onde restou comprovado o enquadramento irregular do contribuinte no SIMBAHIA, na condição de EPP, a autuante procedeu ao levantamento fiscal do

seu movimento comercial relativos aos exercícios de 1998 e 2000, para fins de apuração do imposto devido com base no regime normal de apuração, conforme dispõe o art 19, da Lei nº 7357/98, onde apurou um imposto recolhido a menos no valor de R\$56.086,81.

Acerca do argumento defensivo, segundo a qual nos demonstrativos juntados pela autuante indica pretensas notas escrituradas incorretamente, entendo que tal fato não acarretou qualquer prejuízo ao autuado. É que a autuante quando prestou a sua informação fiscal, esclareceu que muitas notas fiscais de entradas foram escrituradas em meses que não correspondiam à efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, motivo pelo qual efetuou o levantamento fiscal excluído tais documentos nos meses onde estavam incorretamente escriturados e incluídos nos meses corretos, para que fosse concedido o crédito fiscal correspondente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento que exarou o Acórdão recorrido, a empresa retornou ao processo interpondo Recurso Voluntário argüindo:

Que o Relator do processo, em seu voto, não apreciou o pedido de nulidade, considerando que não se enquadra em qualquer dos casos previstos no art. 18 do RPAF.

Também discorda frontalmente da posição do Sr. Relator, visto que ficou provado que não existe segurança para se impor a penalidade descrita na peça inicial, enquadrando-se perfeitamente no disposto no art. 18, inc. IV, “a”.

O Relator, em que pese o meritório esforço intelectual para afastar a argumentação de não aplicabilidade retroativa da lei, apontada às páginas 02/03 da defesa impugnativa, acabou por cometer insanável equívoco, pois cita a Lei nº 7357/98, Cujos efeitos só foram aplicados a partir de 01/01/99, conforme Decreto nº 7466/98 que incorporou ao Regulamento do ICMS as modificações introduzidas.

Acrescenta que o Relator não apreciou o teor da afirmação da defesa quando fez referência a não aplicabilidade e esqueceu o fato de que a autuação alcançou indevidamente os meses de Novembro e Dezembro/98, conforme Infração 1 – 03.02.04 do Auto de Infração. Tal “esquecimento” leva o recorrente a reiterar a apreciação de nulidade de todo o processo, eis que eivado de vício.

Ainda que pudesse considerar-se como improcedente o pedido de nulidade, os valores consignados pela diligente autuante não refletem a realidade do que demonstram os documentos e livros fiscais, conforme demonstrado abaixo, apenas com o intuito de argumentação.

No Anexo I do Auto de Infração, que a Autuante erroneamente (pois não era utilizado equipamento ECF nem tampouco MR) denomina de DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇA APURADA EM ECF-MR NOS EXERCÍCIOS 1998-2000, são apontadas diferenças entre o escriturado e o somatório das notas fiscais, não comprovadas em todos os meses.

Afirma que somou todos os documentos fiscais, e conferiu com os registros de saídas e constatou que refletem integralmente os valores lançados no RS, (Doc. 6) exceto quanto aos meses de Janeiro e Fevereiro/99 em que, por um lapso do funcionário houve lançamento a menos nos

valores apontados pela autuante. Nos demais meses, não concorda o recorrente com as diferenças apontadas, daí ter elaborado Demonstrativo de Diferenças nas Saídas (Docs. 1 e 2), com os valores devidamente retificados.

A correção dos registros poderá ser confirmada por Auditor estranho ao feito, o que desde já, pede que seja determinado por este egrégio tribunal.

Em consequência, seguindo a mesma metodologia de cálculo nos anexos produzidos pela inclita autuante, elaborou o recorrente, Demonstrativo de Apuração, para os exercícios 1998, 1999, 2000. Docs. 3, 4, 5 anexo aos autos) resultando nos valores de diferenças ali elencados, a saber:

ANO	DIFERENÇA
1998	2.992,271
1999	28.380,07
2000	17.211,44

Considerando que o exercício de 1998, não pode ser autuado pois que se enquadrava nas disposições legais vigentes à época, ainda que se admitisse a autuação para os períodos subsequentes, o que, repete, neste Recurso apenas para demonstrar a argumentação, a autuação seria com base nos valores abaixo, e não com base nos valores apurados pela Autuante.

ANO	DIFERENÇA
2000	380,07
2001	17.211,44

Ao contrário do que DD Sr. Relator proferiu em seu voto, no que foi seguido pelos demais membros da e. JF, a indicação de escrituração incorreta, acarretou sim, prejuízo ao contribuinte vez que os créditos foram, em alguns casos, considerados em data posterior, sendo que o recorrente não tomou conhecimento de como a autuante chegou à conclusão que tais notas fiscais entraram naquelas das que ela aponta, e não nas datas em que efetivamente foram escrituradas. O Sr. Relator limitou-se simplesmente a aceitar passivamente a argumentação da autuante, sem oferecer possibilidade de manifestação o recorrente.

Ante o exposto, pede que seja provido o presente Recurso, julgando pela NULIDADE do feito fiscal e, no mérito, acatando os argumentos defensivos para alterar os valores ali consignados.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 315, no seguinte teor:

“Analisando as razões recursais apresentadas , apenas aduz o autuado que o ilustre julgador não acolheu a preliminar de nulidade aduzida e que no mérito não considerou os erros apontados na defesa em relação ao procedimento do autuante.

Efetivamente, a autuação ocorreu por ter havido errado enquadramento em empresa do SIMBAHIA, e conseqüentemente recolhimento a menos do ICMS devido, por erro na apuração.

Como se vê, trata-se de matéria de fato já sobejamente analisada e discutida em julgamento da 1ª Instância, resultante de operação de fiscalização que teve por base a documentação do próprio autuado, logo, dificilmente modificada em Recurso, até porque a fundamentação e a documentação trazida é a mesma já aduzida e apresentada quando da defesa interposta.

Ante o exposto, entende a procuradoria serem insuficientes os argumentos recursais apresentados, para que se promova a alteração do julgamento já efetuado, pelo não provimento do presente Recurso.”

VOTO

Da análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que a empresa trouxe em nível recursal os mesmos argumentos e documentos já apresentados quando da sua defesa impugnativa, arguindo inclusive a nulidade do feito, sustentando a aplicabilidade da norma contida na alínea “a”, do inciso IV, art. 18 do RPAF/99.

Verifiquei que quando do julgamento realizado pelos julgadores de 1ª Instância – 4ª Junta de Julgamento Fiscal, foi analisado e exaustivamente examinados todos os pontos levantados pela empresa que se confundem na total similitude com os apresentados no presente Recurso Voluntário.

Assim, entendo que mesmo retornando toda a matéria via Recurso Voluntário, não logra êxito a pretensão do recorrente, pois a infração constante do lançamento de ofício teve como base a própria documentação da empresa e contra fatos fundamentados no Auto de Infração, não existe argumentos.

Do exposto, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter integralmente a Decisão Recorrida.

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 206969.0013/01-7, lavrado contra **BRASIL PRODUTOS DE TOUCADOR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.086,81**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “c”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ