

PROCESSO	- A.I. Nº 207155.0099/00-0
RECORRENTE	- BOTÃO DE ROSA CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 2873/00
ORIGEM	- INFAZ BONOCÔ ( INFAZ BROTAS)
INTERNET	- 11.07.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0256-12/02

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 22/09/2000, cobra ICMS referente à infração assim descrita pela autuante:

- “Recolheu a menor ICMS em decorrência desencontro entre o(s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS”.

Em 22/12/2000, através Acórdão nº 2873/00, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração por entender que a infração restou caracterizada tendo em vista que o contribuinte, por não se enquadrar nas condições impostas na legislação, teve seu pedido de enquadramento, no SIMBAHIA, indeferido pela SEFAZ e, por isso, deveria ter recolhido os impostos pelo regime normal de apuração e não pelo sistema previsto para as microempresas enquadradas naquele regime.

Inconformado com tal decisão, o autuado entra com Recurso Voluntário onde diz que:

1 – “A douta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, *data venia*, não agiu com a sensibilidade social aplicável ao caso, afastando-se ainda da equidade e da própria norma, tendo em vista que o contribuinte recorrente, mais que infrator, foi uma vítima da desídia de alguns operadores do grupo fisco da Secretaria da Fazenda Estadual”.

2 – Protocolou, como já dito na defesa, seu enquadramento no SIMBAHIA, passando, desde então, a efetuar seus recolhimentos fiscais com base nas normas previstas por esse programa.

3 – A INFAZ BONOCÔ não se manifestou sobre o referido pedido, silenciando quanto ao deferimento ou não do mesmo, ocorrendo, por isso, suposição “*jure et jure*” de que o enquadramento seria efetivado, gerando o direito de recolher o imposto pelo sistema SIMBAHIA. A INFAZ BONOCÔ jamais informou da existência de qualquer pendência que a impedisse de se enquadrar no referido sistema.

4 – A INFAZ deveria acatar os recolhimentos como se estivesse efetivamente enquadrado no SIMBAHIA ou suspender o curso do Auto de Infração até o final do processo de enquadramento, mas nunca exigir o ICMS pois, se houve irregularidade, esta foi causada pela SEFAZ, não podendo pagar por erro da mesma.

5 – É necessária diligência na INFAZ BONOCÔ para que se apure se aquela repartição a informou, como determina a Lei, e quando, sobre seu pedido de enquadramento no SIMBAHIA.

Ao final, o autuado pede seja o Auto de Infração julgado Improcedente ou, se assim não ocorrer, que lhe seja dispensada a multa aplicada, pois agiu sem culpa, devendo ser intimados, da decisão, os seus patronos, através Carta Registrada.

Em 23/04/2001, por solicitação da PROFAZ, esta Câmara, acatando-a, remeteu o processo à INFAZ de origem, para que informasse se havia deferido, e quando, a opção do autuado pelo SIMBAHIA e em caso negativo, qual a razão do indeferimento.

Em resposta, a INFAZ BONOCÔ faz anexar ao processo documentos de fls. 49/50 onde se constata que a opção da Empresa foi indeferida em 13/03/2001, tendo ciência do despacho em 21/03/2001, como consta do documento de fl. 49, através do Sr. Roberto da Mata, que, naquele dia, recebeu cópia do Parecer. O motivo que gerou o indeferimento teria sido a apresentação da DMA de Dezembro de 1998, não consolidada.

A PROFAZ, diante dos documentos anexados pela INFAZ, após análise, opina pelo Improvimento do Recurso.

## **VOTO VENCIDO**

A princípio, o assunto contido neste Auto de Infração parecia ser de simples conclusão. A Empresa entrou com pedido de enquadramento no SIMBAHIA, protocolado em 03/02/1999, como informado pela INFAZ de seu domicílio, à fl. 50 do processo, e teria sido informada, em 21/03/2001, que o mesmo fora indeferido pois havia apresentado DMA, não consolidado, referente ao mês de Dezembro de 1998. Por isso a Empresa não poderia recolher seus impostos pelo regime SIMBAHIA. No entanto, aí aparece o complicador. O Auto de Infração foi lavrado em 22/09/2000, tendo a Empresa sido intimada do mesmo em 28/09/2000, como consta do doc. de fl. 20 do processo. Ora, se a ciência do contribuinte, de que seu pedido de enquadramento fora indeferido, só ocorreu em 21/03/2001, significa que o Auto de Infração foi lavrado antes do contribuinte ter ciência de que sua opção pelo SIMBAHIA não foi aceita, ou seja, o contribuinte só tomou conhecimento dos fatos, pelo que consta do processo, dois anos após ter protocolado sua opção. Nesse meio tempo, um ano e meio após seu pedido, sofreu a ação fiscal. Entendo que esses acontecimentos provam, de forma clara, que a INFAZ do domicílio do contribuinte não intimou o mesmo a tomar conhecimento do indeferimento do seu pedido em tempo que poderia ser entendido como razoável e sim somente após transcorridos dois anos do mesmo. Pergunto: como o contribuinte deveria agir? Deveria continuar a operar em regime que não lhe interessava ou deveria, como fez, diante do silêncio da SEFAZ, utilizar o sistema que considerou como melhor para suas atividades ? Sem dúvidas, entendo que o contribuinte agiu corretamente, pois se a SEFAZ não se pronunciou deu a entender ao mesmo que sua opção havia sido feita de forma correta. A lavratura de Auto de Infração não poderia ocorrer, pois, o autuado agiu de forma clara e não foi informado de indeferimento de opção, o que impossibilitaria o uso do sistema referido.

Por outro lado, após analisar todo o contido na Seção I – A; Seção II – A; Seção III; Seção IV; Seção V; Seção VI; Seção VII e Seção VIII, do Capítulo IV, do RICMS/97, conclui que o enquadramento no SIMBAHIA é opção do contribuinte, que expressa sua vontade de utilizar tal regime. Isso quer dizer, a meu ver, que o enquadramento ao mesmo é feito após a manifestação da vontade, feita através da chamada opção. O contribuinte estará desenquadrado desse regime,

se o fisco verificar irregularidades de tal ordem que possibilitem o desenquadramento, quando aí sim, deverá ser punido com a cobrança do imposto porventura devido, acrescido das multas regulamentares etc... Antes do desenquadramento isso não é possível. Não encontrei um só artigo nas Seções mencionadas, do RICMS/97, que fizessem menção a indeferimento de opção. Todos os artigos que abordam o tema fazem referência a desenquadramento e não a indeferimento da opção por motivo de qualquer ordem. Isso me leva a concluir que a opção é vontade do contribuinte que não pode ser contrariada. Se o contribuinte utilizou de algum expediente equivocado é desenquadrado e só após essa providência, como consta dos artigos 406 – A, III, IV; 408 – P e 408 Q, todos do RICMS/97, sofre qualquer tipo de sanção, dentre elas o desenquadramento do regime pelo qual optou.

Entendo, por todo o exposto e por tudo quanto consta do processo, que o Auto de Infração ora discutido, não poderia, com base nos motivos alegados pela autuante, ter sido lavrado. Por isso, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para que seja reformada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

#### **VOTO VENCEDOR**

Com a devida *venia*, discordo do Relator do PAF, pois no meu entendimento o mesmo partiu de premissas equivocadas de interpretação do texto legal para chegar a sua conclusão.

No presente caso, o que ocorreu foi que o contribuinte protocolou requerimento para que fosse enquadrado no regime simplificado de apuração (SIMBAHIA), e, imediatamente, alterou a sua sistemática de apuração do imposto, que era de débito e crédito, pois a sua condição cadastral era de contribuinte normal, para a sistemática prevista no regime SIMBAHIA.

Porém, ao contrário da interpretação dada pelo Relator do processo de que a opção é vontade do contribuinte que não pode ser contrariada, com o fundamento de não ter localizado qualquer dispositivo que previsse o indeferimento da opção, o que a legislação disciplina é a possibilidade do enquadramento (ou inscrição) no regime simplificado de apuração (SIMBAHIA), desde que cumpridas certas condições, entre elas, o valor total do faturamento anual deve se localizar dentro de determinadas faixas, para que se determine o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 384-A, do RICMS/97), avaliação das possíveis restrições para adoção do regime de apuração do SIMBAHIA (art. 399-A), e outras.

Na situação em tela, conforme informou a repartição fazendária do domicílio do contribuinte, o enquadramento jamais foi efetuado porque não foi apresentado o DMA Consolidado do exercício anterior (1998), justamente o dado imprescindível para a definição da faixa de receita bruta, o que impossibilita a avaliação das condições mencionadas.

Concluo, então, que o recorrente continuou cadastrado na condição de contribuinte normal, e como tal deveria proceder a apuração do imposto devido. Como não o fez, a exigência contida neste Auto de Infração é procedente.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM ao membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 207155.0099/00-0**, lavrado contra **BOTÃO DE ROSA CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.509,49**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ