

A. I. Nº - 207090.0006/01-5
AUTUADO - J L FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 26. 12. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0474-04/02

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A competência para promover o desenquadramento do regime simplificado de apuração – *Simbahia* é da autoridade administrativa e não do preposto fiscal – o que nulifica a exigência do imposto sobre as operações ou prestações realizadas e declaradas pelo estabelecimento, apurado retroativamente, pelo regime “normal”. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração comprovada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2001, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$104.460,81, e de multas no valor total de R\$328,00, relativamente às seguintes infrações:

1. Exigência do imposto pelo regime normal de apuração relativamente aos meses de janeiro, fevereiro, março e novembro de 2000, após desenquadrar o contribuinte do Regime Simplificado de Apuração – *Simbahia*, acrescentando à movimentação declarada pelo autuado os documentos detectados no CFAMT – R\$19.199,45;
2. Idem, idem, referente aos meses de abril a outubro de 2000 e de dezembro de 2000 a junho de 2001, após abater os valores recolhidos pelo autuado – R\$85.261,36;
3. Declaração incorreta de dados na DME referente ao ano de 2000 – multa de R\$120,00 e,
4. Falta de apresentação de 52 notas fiscais de sua emissão – multa de R\$208,00.

O autuado impugnou tempestivamente o lançamento (fl. 156) dizendo que o mesmo versa sobre desenquadramento de ofício da sua empresa, da condição de Empresa de Pequeno Porte, o que ensejou a apuração das diferenças a recolher, já que foi feita a apuração através do conta corrente fiscal. Suscita a nulidade das infrações 1 e 2, por insegurança na sua determinação e por ausência de previsão e enquadramento legal, por ter sido o desenquadramento feito por autoridade incompetente. Alega que não existe relação entre as ocorrências apontadas na “descrição dos fatos” e dispositivo de lei que permita o enquadramento das infrações e a conseqüente aplicação da multa. Alega também que as ocorrências apontadas serviriam somente para que fosse proposto o desenquadramento do regime simplificado ao Inspetor Fiscal da circunscrição do contribuinte, e, somente após acatada a proposta, e se efetuado o desenquadramento, poderia sofrer autuações ou penalizações. Assevera que a autuante frisou que “foi proposto o desenquadramento de ofício, nos

termos do artigo 406, A, III e V, do RICMS”, sem que houvesse a decisão da autoridade competente. Diz que as infrações não foram descritas e que a autuante apenas disse que o contribuinte reuniria as condições para desenquadramento do regime simplificado de apuração. Alega que lhe foram subtraídos os direitos previstos no artigo 407-A, do RICMS/97, e que os incisos II e III apontados no Auto de Infração foram revogados pela alteração 21, do mesmo RICMS, com efeito a partir de 31.12.2000 e que, por isso, não pode servir de suporte para ações adotadas no exercício de 2001. Argumenta que, se verdadeira a alegação de que prestou declarações inexatas, não há prova de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação e, “se aceitos os valores apontados no auto, mesmo assim não seria ultrapassado o limite de R\$1.200.000,00”.

Com relação aos DAEs/2001, alega que o fato de ter errado o código da receita não é suficiente para caracterizar fraude e que, não obstante o erro, o imposto foi recolhido e as informações foram prestadas.

Reconhece consistentes as infrações 3 e 4, e conclui ratificando o pedido de nulidade da autuação.

A autuante presta informação fiscal (fl. 180), rebatendo o pleito de nulidade, analisando o lançamento à luz do artigo 18 do RPAF/99, e externando o seu entendimento de que o mesmo se torna impróprio, a partir do momento em que o autuado reconhece os itens 3 e 4. Com relação aos itens 1 e 2, diz que o Inspetor Fazendário, com base nas irregularidades que lhe foram comunicadas, autorizou a emissão da Ordem de Serviço nº 510.382/01, para que efetuasse o desenquadramento do autuado do *Simbahia*, desde janeiro de 2000 até junho de 2001, esclarecendo que foi uma decisão administrativa, fora de sua alçada de discussão, ficando provado o aval da autoridade competente para o desenquadramento de ofício. Diz que o autuado cometeu várias irregularidades e que somente algumas requereriam o aval da autoridade e outras até isso dispensaria. Explica os erros cometidos pelo autuado, que não lhe cabe discutir os critérios da administração fazendária para instituir os códigos de receita, que além das multas por infrações o autuado está sujeito a perda do benefício e externa o seu entendimento de que o autuado apenas insurge-se, de maneira genérica, contra a autuação, não apresentando prova das alegações. A seguir, justifica os enquadramentos legais utilizados para as infrações 1 e 2 e roga o julgamento pela procedência.

Intimado a ter vista do processo, face a juntada de documentos pela autuante quando da informação fiscal, o autuado se manifesta (fl. 203) repetindo os argumentos de defesa e classificando a autuação de viciada, por infringir o disposto no artigo 8º, § 2º, do RPAF/99, que entende deva ser aplicado ao fisco: vedação à reunião, numa só peça, de procedimentos de natureza diversa, ou seja, desenquadramento e cobrança de imposto.

O autuado, em 27.12.01, protocola a mesma contestação que fez à Informação Fiscal.

A autuante se manifesta, atendendo pedido do CONSEF para que adeque o lançamento à Orientação Normativa 01/2002, justificando porque a mesma não é aplicável ao presente lançamento.

O autuado se manifesta através de documento protocolado em 10/10/2002 (fl. 229) reiterando todos os termos da defesa e das manifestações que já havia protocolado anteriormente. Em 18/11/2002 se manifesta novamente, em face da ciência de despacho exarado em petição que protocolou, reiterando todos os termos das manifestações anteriores.

VOTO

A exigência do imposto contida no presente lançamento tem motivação no desenquadramento, de ofício, do contribuinte, do regime simplificado de apuração *Simbahia*, com efeito retroativo, sendo os valores devidos apurados mediante o refazimento do cálculo do imposto, agora pelo regime normal de apuração.

Sobre tal ato o autuado se insurge, alegando a nulidade do lançamento por entender que a autuante não é a autoridade competente para efetuar o desenquadramento de ofício, de qualquer contribuinte, do regime simplificado de apuração - *Simbahia*. Vou dispensar todas as demais alegações contidas na defesa apresentada pelo autuado e nas suas manifestações seguintes, assim como as justificativas apresentadas pela autuante quando da informação fiscal, para ater-me tão somente ao fulcro da discussão de nulidade, ou seja, se o desenquadramento foi feito em obediência às determinações legais, ou não.

A Lei 7357/98 e suas alterações posteriores, em seu artigo 22, IV, diz que a exclusão dar-se-á, “de ofício”, nas situações mencionadas nos incisos II a V do seu artigo 15. Este artigo, por sua vez, diz que perderá o direito à adoção do tratamento simplificado aquele que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. O artigo 17 da mesma Lei diz que os contribuintes ficarão sujeitos ao pagamento do imposto sem o tratamento tributário simplificado, a partir dos fatos que deram causa ao desenquadramento.

O Regulamento do ICMS, complementando o que a Lei lhe delegou, dispõe em seu artigo 406-A, VII, que deve ser desenquadrado do regime aquele que cometer irregularidades descritas no seu artigo 408-L.

As infrações descritas pela autuante como cometidas foram: a) falta de recolhimento do imposto por três meses consecutivos; b) apresentação de declarações inexatas ou falsas na DME e em DAEs; c) declaração de saídas a menos; d) falta de oferecimento de receita à tributação; e) utilização de notas fiscais de entradas nas vias que não as primeiras, para apuração da receita bruta ajustada e, f) constatação de que notas fiscais relacionadas no CFAMT não foram declaradas nem como entradas nem como saídas do estabelecimento.

O contribuinte, então, estaria sujeito ao desenquadramento do regime e ao pagamento do imposto pelo regime normal de apuração, inclusive retroativamente, já que as situações estão previstas no artigo 408-L supra citado. Todavia, o ato de desenquadramento é administrativo e deve ser realizado pela autoridade competente para tal, com comunicação ao contribuinte. A expedição de Ordem de Serviço para que seja fiscalizado um determinado contribuinte não representa delegação de autoridade para que o agente fiscal promova o desenquadramento de ofício do regime *Simbahia*, conforme entende a autuante.

Dessa forma, entendo que não se faz necessário ampliar a discussão a respeito da manifesta nulidade contida no presente Auto de Infração, em relação aos seus itens 1 e 2. O devido processo legal não foi obedecido e, portanto, não poderia o imposto ter sido exigido do autuado da forma como foi. Por tal vício de forma, as exigências não podem prosperar. Ressalto que se examinadas as informações contidas no CAD. ICMS da SEFAZ/BA, até a presente data o autuado figura como optante pelo *Simbahia*, recolhendo imposto como tal.

Portanto não houve o seu desenquadramento, nulificando a exigência.

Todavia, represento ao Inspetor Fiscal da Infaz Simões Filho, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para que analise a oportunidade de determinar a realização de nova ação fiscal, visando apurar se o contribuinte realmente cometeu as infrações apontadas pela autuante e conclua sobre a necessidade de desenquadramento do mesmo do Regime *Simbahia*. Ressalto que, da verificação do demonstrativo à folha 57, constatei que a receita acumulada do contribuinte foi irregularmente apurada pela autuante quando considerou a receita total acumulada do exercício como a receita do mês de dezembro/2000, o que resultou na constatação de excesso do limite de receita para permanência no citado regime.

As exigências de multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, também contida no presente lançamento, têm como motivação a declaração incorreta de dados na DME, infração que ficou comprovada porque com a mesma o autuado concordou e a falta de apresentação de documentos fiscais. Sobre essa segunda multa indicada, embora não descrita, foi feita pela falta de apresentação, por extravio, dos documentos solicitados. Como não foi contestada pelo autuado, entendo caracterizada a infração.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, para exigir o pagamento das multas nele previstas, no valor total de R\$328,00.

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. 207090.0006/01-5, lavrado contra **J L FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$328,00**, previstas nos incisos XVIII “c” e XIX “b”, do artigo 42, da Lei 7014/96, com a redação dada pela Lei nº 7753/00.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR