

PROCESSO - A.I. Nº 299324.0901/02-7
RECORRENTE - ARIANA DE SOUZA OLIVEIRA & CIA. LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 1ª CJF nº 0043-11/03
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0642-11/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. A falta de intimação do contribuinte para ciência da Decisão de 1ª Instância e dos esclarecimentos prestados pelo autuante, constitui agressão aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da igualdade. Devolvam-se os autos ao órgão competente para determinar os procedimentos saneadores e, posteriormente, retornar à Câmara de Julgamento Fiscal para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/02, reclama ICMS no valor de R\$49.143,78, acrescido das multas de 50% e 60%, mais multa de R\$400,00 em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios (julho a novembro de 2001) – R\$41.028,16;
2. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA (dezembro de 2000) – R\$8.115,62;
3. Multa pela falta de escrituração dos livros Registro de Entrada e de Saídas a partir de julho de 2001 – R\$400,00.

O autuado impugnando o lançamento (fls. 81 a 84), através de advogado legalmente constituído e em preliminar, alegou cerceamento do seu direito de defesa, pois em 30/10/02 quando intimado para recolher o débito apurado no Auto de Infração, não lhe foi dado ciência de que teria direito de redução de multa, com seus respectivos prazos e índices percentuais e de quais valores seriam constituídos os acréscimos moratórios.

No mérito, advogou que não praticou as infrações fiscais que lhe foram imputadas, pois desde 09/01/99 é optante do SimBahia, recolhendo o imposto sobre o percentual de 2% a 4% sobre sua receita bruta.

Que embora tenha recebido comunicação da Secretaria da Fazenda, datada de 23/03/01 dando-lhe conta da sua exclusão, de ofício, no Regime Simplificado de Apuração do Imposto, recebeu, logo em seguida, uma outra, datada de 27/04/01, informando-lhe que o citado desenquadramento havia se tornado sem efeito. Anexou, aos autos, as correspondências como prova do que alegou.

Salientou que, de acordo com o regime de apuração do imposto onde se encontra enquadrado, tem tratamento diferenciado, com direitos e obrigações específicas, inclusive com pagamento do ICMS com alíquota fixa, que pontualmente recolhe, e dispensa da escrituração fiscal.

Fazendo breve comentário dos objetivos do SimBahia, afirmou que o Fisco Estadual está a disvirtuá-lo, utilizando-se da bitributação, com a sua cobrança através de dois regimes distintos sob interpretação unilateral da Legislação Estadual.

Em seguida, requereu:

1. A improcedência do débito apurado e, conseqüentemente, da imposição da multa aplicada;
2. Suspensão da exigência fiscal, até final Decisão;
3. Não Imposição de multa, seja qual for a Decisão final;
4. Juntada desta impugnação aos autos.

Por derradeiro, protestou a provar todo o alegado por todos os meios em lei admitidos (testemunhal, pericial e documental).

Em informação fiscal (fl. 94), a autuante ratificou o procedimento fiscal, tendo em vista que, conforme demonstrado (fls. 10 a 47), o autuado ultrapassou sua receita bruta ajustada em mais de 20% do limite máximo para enquadramento como empresa de pequeno porte, não podendo mais, a partir de janeiro de 2001, apurar o ICMS pelo regime do SimBahia.

Informou que, na tentativa de omitir este fato, o contribuinte declarou, na DME de dezembro de 2000, o mesmo valor de receita acumulada que havia declarado em novembro daquele ano, como comprovam a citada DME e DAE de pagamento (fls. 48 e 49). Com este fato, omitiu suas receitas do mês de dezembro de 2000.

Tinha razão a SEFAZ na sua correspondência datada de 27/04/01, quando afirmou que o contribuinte, no exercício de 2000, não ultrapassou o limite das compras, porém ultrapassou o limite da receita bruta ajustada.

VOTO DA RELATORA DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

"Indefiro o pedido de nulidade suscitado pelo impugnante, diante do fato de que não existe no Auto de Infração e em seus demonstrativos qualquer motivo que se enquadre nas hipóteses contidas no art. 18 do RPAF/99. Observo que, no corpo do Auto de Infração, bem como no seu demonstrativo de débito, os quais o autuado recebeu cópia, pois após sua assinatura, consta que o débito estava sendo apresentado em seu valor histórico, estando sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e/ou redução de multa de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito, a serem calculados pela Repartição Fiscal.

No mérito da lide, a fiscalização estadual observou que o contribuinte informou na DME de dezembro de 2000 o mesmo valor de receita acumulada que havia informado em novembro do mesmo ano (DME, fl. 48 e DAE, fl. 49), ou seja, omitiu suas receitas auferidas no mês de dezembro de 2000. Por isto, ajustou as receitas do estabelecimento autuado, conforme determinações do art. 384-A, II e § 1º, do RICMS/97, encontrando o valor da receita omitida no referido mês, que foi de R\$180.347,22, e de receita bruta ajustada para o exercício de 2000 na ordem de R\$1.485.071,33.

Nesta circunstância, determina do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.824/97

Art. 387-A. A empresa de pequeno porte pagará mensalmente o ICMS calculado mediante aplicação, sobre a receita bruta mensal, observado as deduções previstas no inciso II do §

1º do art. 384-A, dos percentuais a seguir indicados, a serem determinados em função da receita bruta ajustada acumulada desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo esta:

I -

.....

VIII - acima de R\$ 1.080.000,00 (hum milhão e oitenta mil reais): 6% (seis por cento). (Nota: O inciso VIII foi acrescentado ao art. 387-A pela Alteração nº 15 (Decreto nº 7729, de 29/12/99, DOE de 30/12/99), efeitos a partir de 01/01/00)

Pelas determinações legais acima transcritas, o contribuinte no mês de dezembro de 2000 deveria ter recolhido o imposto calculado pelo percentual de 6%, deduzida a parcela de incentivo adicional para manutenção de emprego (art. 388-A do Regulamento), conforme calculado pela fiscal autuante e apresentado a fl. 47 do PAF.

Pelo exposto é procedente a ação fiscal relativa ao item 2 do Auto de Infração no valor de R\$8.115,62 com multa de 50% (art. 42, I, "b" da Lei nº 7.014/96), vez que o autuado ainda permanecia como empresa de pequeno porte.

Em relação à infração 1, a autuante constatando que o contribuinte havia ultrapassado, em dezembro de 2000, em mais de 20% sua receita bruta ajustada para permanecer no regime simplificado de apuração do imposto, o calculou pelo regime normal, a partir de janeiro de 2001.

Para o deslinde da matéria em discussão, é necessário verificar em que período, de fato, acontece o desenquadramento do contribuinte no regime do SimBahia.

A exclusão de um contribuinte do SimBahia pode ser feita mediante comunicação do sujeito passivo ou de ofício (art. 404-A do RICMS/97). Se de ofício, se dará sempre que o contribuinte deixar de requerê-la, quando obrigado a fazer (art. 406-A, I do Regulamento). Sendo desenquadrado, em qualquer das duas situações acima especificadas, passando a apurar o imposto pelo regime normal, deverá o contribuinte, no último dia útil em que recebeu a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, objetivando a utilização dos créditos fiscais das mercadorias sujeitas a tributação (art. 408-B, II do RICMS/97). Além do mais, o § 1º do art. 408-B, já citado, determina: O dia em que for efetuado o levantamento de que cuida este artigo servira como referência na definição da data da efetiva alteração do regime de tributação determinado pela Fazenda Estadual.

Portanto, diante das normas legais vigentes e pelas próprias correspondências expedidas pela SEFAZ, até o mês de abril de 2001 (fls. 90 e 91), o contribuinte não havia perdido o direito de recolher o imposto pelo regime do SIMBAHIA. Nos autos não existe nenhum outro ato que o exclua do regime simplificado de apuração do imposto. Assim, descabe a exigência do imposto apurado pelo regime normal de tributação, bem como a cobrança da multa acessória decorrente da falta de escrituração do livro Registro de Entrada e de Saídas (infração 03).

Por fim, quanto aos requerimentos feitos pelo impugnante, tenho a dizer:

- 1. a sua defesa foi juntada ao Auto de Infração;*
- 2. quanto a Decisão da lide já não existe mais o que se falar, pois já decidida.*
- 3. a suspensão da exigência fiscal, ate final Decisão, não pode ser atendida, pois sem previsão legal no caso;*

4. também não se pode inserir-lo da multa aplicada, pois o imposto foi cobrado através de Auto de Infração. A única condição para dispensa de multa decorrente da cobrança do imposto seria por equidade, não aplicável ao presente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$8.115,62.”

RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido sucumbente em parte no julgamento que exarou o Acórdão 1ª JJF nº 0441-01/02, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em lide.

Aduzo, como informativo, que após o julgamento supracitado, a autuante atravessou um documento que a Douta PGE/PROFIS intitulou de Recurso Voluntário e forneceu Parecer de fls. 115 e 116 pelo Não Conhecimento, por falta de legitimidade da autuante, *ex vi* do art. 146, I, “b” do COTEB. Entretanto, o Conselheiro Ciro Roberto Seifert, instado pela Secretaria a se pronunciar sobre o citado documento, trouxe aos autos à fl. 118, seu entendimento de que a autuante não ingressou com Recurso Voluntário, mas tão-somente trouxe “mais alguns esclarecimentos” para substanciar a análise da matéria autuada. Deixo neste relatório registrado o meu de acordo com o posicionamento do Conselheiro Ciro Roberto Seifert, que o documento apensado ao processo, não tem a característica de Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Diante do exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente a Decisão recorrida, entendo não caber nenhuma modificação do julgado, inclusive, porque o voto da relatora da 1ª Instância, na visão deste relator, está devidamente fundamentado. Aduzo, que os documentos trazidos pelo recorrente às fls. 90 e 91, consubstanciam suas razões recursais, demonstrando cabalmente que os itens 1 e 3 do lançamento de ofício, não devem prosperar.

Ademais, considero os novos esclarecimentos trazidos pela autuante em documento atravessado aos autos após o julgamento recorrido, portanto, fora de prazo, inócuo para atingir a finalidade perseguida. Inclusive, porque, não consta à data da sua interposição e com agravante que não foi aberto vista ao recorrente sobre o conteúdo do mesmo. Estes fatos, certamente, remete para o cerceamento ao direito de defesa do recorrente, se por acaso, o documento supramencionado servir como suporte informativo para reverter a Decisão Recorrida.

Assim, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, mantendo integralmente o Acórdão 1ª JJF nº 0441-01/02.

VOTO VENCEDOR

No presente Recurso de Ofício, estão sob análise os itens 1 e 3 do Auto de Infração.

No item 1 é exigido imposto em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios (julho a novembro de 2001) – R\$41.028,16, calculado pelo regime normal de apuração.

A 1ª JJF julgou improcedente este item porque entendeu que o contribuinte não havia perdido o direito de recolher o imposto pelo regime do SimBahia.

Pela mesma razão estaria desobrigado da escrituração dos livros fiscais, o que tornou insubstancial a infração 3, que aplicava multa pela falta de escrituração dos livros Registro de Entrada e de Saídas a partir de julho de 2001.

Discordo, com a devida vena dos posicionamentos da douta 1^a JJF e do colega relator do PAF.

O fato que ensejou a apuração do imposto pelo regime normal foi a constatação de que o autuado ultrapassou sua receita bruta ajustada em mais de 20% do limite máximo para enquadramento como empresa de pequeno porte, não podendo mais, a partir de janeiro de 2001, apurar o ICMS pelo regime do SimBahia, e que, na tentativa de omitir este fato, o contribuinte declarou, na DME de dezembro de 2000, o mesmo valor de receita acumulada que havia declarado em novembro daquele ano, como comprovam a citada DME e DAE de pagamento (fls. 48 e 49). Com este fato, omitiu suas receitas do mês de dezembro de 2000.

As hipóteses para o desenquadramento de ofício do contribuinte do regime do SimBahia, estão previstas no art. 406-A, do RICMS/97, e a 1^a JJF, como já dito, entendeu que, uma vez que o contribuinte não havia perdido o direito de recolher o imposto pelo regime do SimBahia, descaberia a exigência do imposto apurado pelo regime normal de tributação.

Ocorre que os incisos do art. 408-L, do mesmo Regulamento, prevêem as hipóteses para a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), entre elas, aquela em que o contribuinte, comprovadamente, tiver prestado declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação (inciso VII), e, para estes casos, o art. 408-S determina que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento.

No caso em comento, está sobejamente comprovado nos autos que o contribuinte, deliberadamente, omitiu a sua receita do mês de dezembro de 2000, com o fito claro, porque ultrapassaria o limite legal, de permanecer indevidamente na condição de SimBahia, e, logicamente, recolher o imposto através deste benefício fiscal, o que caracteriza a ocorrência descrita no art. 408-L, VII, do RICMS/97, já mencionado, e a exigência, corretamente, foi calculada seguindo o mandamento do art. 408-S, do mesmo diploma legal.

Reputo procedente a infração 1.

Da mesma forma, ao permanecer indevidamente na condição de SimBahia deixou de escriturar os livros de registro de entradas e saídas, sendo devida a multa aplicada na infração 3.

No entanto, tendo sido apurado o imposto pelo regime normal, e sobre este foi aplicada multa por descumprimento da obrigação principal, a multa por descumprimento da obrigação acessória, consequência direta da primeira, é absorvida, como preceitua o § 5º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão Recorrida e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração, sendo absorvida a multa por descumprimento da obrigação acessória, aplicada no item 3, pela multa por descumprimento da obrigação principal contida no item 1.

Inconformado com a Decisão da 1^a CJF, que, por maioria, deu provimento ao Recurso de Ofício, modificando a Decisão para julgar procedente a autuação, ingressou o autuado com Recurso Extraordinário de fls. 138 a 140. Na mesma data ingressa também com Recurso de Reconsideração de fls. 143 e 144 onde volta a negar o cometimento das infrações apontadas,

alegando ainda que não fora intimada para tomar ciência do teor das novas alegações e dos novos documentos juntados pelo autuante, nem tampouco teve seu Recurso Voluntário apreciado pela CJF.

Conclui solicitando que seja anulado o processo ou reformada a Decisão para declarar totalmente improcedente a autuação ou ainda que seja mantida a Decisão de 1^a Instância.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 147 e 148, entende que o Recurso Extraordinário interposto é privativo do Procurador da Fazenda Estadual, e que, na verdade inexiste Recurso contra a Decisão da CJF previsto na legislação processual vigente, conforme art. 173, inciso IV, parágrafo 2º, do RPAF, cabendo ao Presidente do CONSEF o indeferimento liminar do Recurso, mediante Decisão fundamentada.

Em despacho de fl. 149, à Secretaria do CONSEF, a Procuradora observa que no Recurso de fls. 139 a 134 o autuado alega, dentre outras questões, a falta de apreciação do Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JJF nº 0441-01/02, da 1^a JJF, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração. Observa ainda, que não localizou o referido Recurso nos autos, nem tampouco a comprovação da intimação regular para tomar ciência da Decisão da 1^a JJF.

Sugere a checagem pela repartição fazendária da peça recursal supostamente interposta pelo contribuinte e até então, sem apreciação pelo órgão competente, bem como da prova da intimação regular do contribuinte acerca do teor da Decisão da Junta, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração.

Regularmente intimada o autuado não comprova a existência do Recurso Voluntário que não teria sido apreciado pela CJF nem a repartição fazendária comprova a intimação regular do contribuinte para tomar ciência da Decisão da JJF.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 158 a 160, opina pelo Conhecimento do Pedido de Reconsideração, em face de nulidade absoluta da Decisão exarada pela CJF, em virtude da falta de intimação do contribuinte acerca dos esclarecimentos prestados pelo autuante, ferindo, desta forma, os princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório e igualdade, devendo retornar à CJF para novo julgamento do Recurso de Ofício após a indispensável intimação do contribuinte acerca dos esclarecimentos prestados pelo autuante.

Na assentada de julgamento o PAF foi convertido em diligência à Coordenação Administrativa do CONSEF para anexar, caso exista, A.R., comprovando que o autuado foi regularmente intimada da Decisão da 1^a Instância (intimação de fl. 103).

Em resposta à diligência solicitada a Coordenação Administrativa do CONSEF, em despacho de fl. 166, apresenta a seguinte informação:

“Como até a presente data os CORREIOS não nos devolveu o “AR” anexamos a guia de postagem onde enviamos ao mesmo a correspondência ao AUTUADO, vide fl.165 deste PAF”

VOTO

O resultado da diligência solicitada comprova que, até este momento, não houve a regular intimação do autuado para tomar ciência da Decisão da 1^a JJF. Observe que a guia de postagem não é o documento de comprovação do recebimento da intimação pelo autuado.

Assim, acompanho o entendimento da PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 158 a 160, que, no controle da legalidade do presente processo, opina pelo conhecimento e Provimento do Recurso, para decretar a NULIDADE da Decisão da 1^a CJF, tendo em vista a ausência da intimação regular do

contribuinte para tomar ciência da Decisão da JJF e dos esclarecimentos apresentados pelo autuante (fls. 108 e 109).

Entendo que a falta de intimação para tomar ciência da Decisão de 1^a Instância, anula todos os atos dependentes ou conseqüentes desta.

Portanto, voto pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado, para declarar NULA a Decisão da 1^a CJF, devendo o presente processo retornar à Secretaria do CONSEF, para os procedimentos saneadores sugeridos, e depois, retornar à CJF para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299324.0901/02-7, lavrado contra **ARIANA DE SOUZA OLIVEIRA CRUZ & CIA. LTDA.**, devendo os autos retornar à Secretaria do CONSEF para adotar os procedimentos saneadores.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS