

PROCESSO - A.I. Nº 207090.0006/01-5
RECORRENTE - J. L. FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª CJF nº 0379-11/03
ORIGEM - INFAP SIMÕES FILHO
INTERNET - 16.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0675-11/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão da 4ª JJF, tendo em vista haver proferido o julgamento de mérito, antes de apreciar o Pedido de Reconsideração interposto pelo autuado. Devolvam-se os autos ao órgão competente para adotar as medidas saneadoras. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª CJF, que deu provimento ao Recurso de Ofício afastando a nulidade decretada pela JJF referente aos itens 1 e 2 do Auto de Infração, lavrado em razão das seguintes irregularidades:

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;
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;

A nulidade destes itens foi decretada, conforme voto do relator da Decisão recorrida, sob o seguinte fundamento:

“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.”

O patrono do recorrido ingressou com petição anexando o DAE do recolhimento do valor em que fora condenado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Como relator do Recurso de Ofício, solicitei e foi deferida a realização de diligência por preposto da ASTEC, nos seguintes termos:

“Os primeiro e segundo itens do presente Auto de Infração, objetos do Recurso de Ofício, tratam da exigência do imposto pelo regime normal de apuração, após desenquadrar o contribuinte do Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, acrescentando à movimentação declarada pelo autuado os documentos detectados no CFAMT.

O recorrente, no período da ocorrência dos fatos geradores, se encontrava inscrito no Regime Simplificado de Apuração do Imposto (SimBahia) na condição de empresa de pequeno porte.

Ocorre que, quando o contribuinte é inscrito neste regime, a sistemática de apuração do imposto, obviamente, é diferenciada, pois não é apurado mediante os lançamentos dos débitos e créditos correspondentes às suas operações, mas através da aplicação de valores fixos ou alíquotas específicas em função da sua receita bruta.

Sendo assim, a forma em que foi calculado o imposto devido – lançamento do débito à alíquota de 17%, com a concessão do respectivo crédito fiscal – para todo o período fiscalizado, não é admitida.

Lembro, também, que a possibilidade do imposto ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando o contribuinte incorrer na prática de infrações de que tratam os incisos III (que é o caso presente), IV e a alínea "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário, prevista na combinação dos artigos 408-S e 408-L, V, do RICMS/97, somente passou a existir após a alteração ao RICMS de n.º 20, através do Decreto n.º 7867 de 01/11/00.

Assim, esta 1ª CJF deliberou que o PAF fosse encaminhado à ASTEC para que fiscal estranho ao feito promova a correção nos cálculos do imposto devido neste item, acrescentando ao valor das saídas tributadas lançado pelo contribuinte, o valor das omissões de saída, ali

apuradas, adequando a saída real ao imposto que seria devido nesta condição, até o período de 31/10/00, e a partir de 01/11/00, proceda a apuração com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, seguindo a regra contida nos §§ 1º e 2º, do art. 408-S, do RICMS/97.”

O preposto da ASTEC atendeu o quanto lhe fora solicitado e apontou o valor de R\$46.379,89 de imposto a ser exigido, conforme Parecer nº 0086/2003 (fls. 265 a 268)

O patrono do recorrido, devidamente cientificado do resultado da diligência realizada por preposto da ASTEC, apresentou petição em que reitera todos os termos da sua defesa, impugnando os valores apontados no Parecer, pedindo a nulidade da ação fiscal, porque o Auto de Infração não poderia ter sido lavrado sem o precedente “desenquadramento” da sua condição de SimBahia.

VOTO DO RELATOR DA DECISÃO RECORRIDA

“Com a devida venia, devo discordar do relator da 1ª Instância, pois não vem sendo o posicionamento adotado por este CONSEF.

Os itens sob Recurso de Ofício tratam da exigência do imposto pelo regime normal de apuração, após desenquadrar o contribuinte do Regime Simplificado de Apuração – SimBahia.

Antes de adentrarmos ao mérito do presente caso, é necessário lembrar o objetivo do Estado da Bahia ao instituir o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, através da Lei n.º 7.357/98, que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado a ser dispensado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, com a conseqüente redução individual da carga tributária e, em contrapartida, aumento da base tributária, o que permite ao Estado manter, ou até incrementar a arrecadação, com um recolhimento menor de tributo por contribuinte.

É assim que o seu art. 17 (SEÇÃO V – DAS IRREGULARIDADES NA ADOÇÃO DO REGIME), vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabelecia que os contribuintes de que tratam os incisos II, III, IV e V, do art. 15, ficarão sujeitos ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário previsto nesta Lei, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

O citado art. 15, no seu inciso II, prevê que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa que optar pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas.

A combinação dos art. 408-L, II acrescentado a este artigo pela Alteração nº 15 (Decreto nº 7729, de 29/12/99, DOE de 30/12/99) e 408-S, do Regulamento do ICMS de 1997, preconiza que, quando se constatar que o imposto não foi recolhido tempestivamente, porque a empresa optou pelo enquadramento no Regime Simplificado, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, este será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

Os fatos sob análise se deram em 2000 e 2001, portanto, após a mencionada Alteração de n.º 15, ao RICMS/97, e sob a égide da redação por ela dada, e então, claro está que o benefício fiscal da redução da carga tributária somente se aplica àqueles contribuintes que agem com correção, sendo que, no presente caso, o cálculo do imposto devido será efetuado nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Destarte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para modificar a Decisão recorrida, afastar a nulidade decretada e determinar o retorno dos autos à 1ª Instância para apreciação do mérito dos itens 1 e 2 do Auto de Infração.”

O autuado apresentou Pedido de Reconsideração contra a Decisão desta 1ª CJF, que deu provimento ao Recurso de Ofício afastando a nulidade decretada pela JJF referente aos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Alega a impossibilidade legal do desenquadramento através de Auto de Infração, inclusive porque retira do contribuinte a possibilidade de usufruir do art. 407-A do RICMS/97, que prevê o direito à tentativa de permanecer no regime. Questiona ainda o “desenquadramento retroativo”.

Alega que o procedimento infringiu o princípio disposto no art. 8º, § 2º do RPAF/99, aplicável também ao fisco, que veda reunir, numa só peça, procedimentos de natureza diversa – autuar e desenquadrar.

Equivocadamente os autos foram encaminhados para a 4ª JJF para apreciação do mérito dos itens 1 e 2, sem a devida apreciação do Pedido de Reconsideração por esta Câmara, tendo o mesmo sido julgado procedente em parte.

O recorrente apresenta nova peça recursal suscitando a nulidade da Decisão da 4ª JJF e reitera as razões de defesa já apresentadas.

A PGE/PROFIS em Parecer de fl. 321 opina pelo pela decretação da nulidade do julgamento da JJF, realizado antes da apreciação do pedido de reconsideração apresentado, recomendando que o Processo seja remetido à Câmara de Julgamento Fiscal para apreciação do referido Recurso Voluntário interposto em fl. 298.

VOTO

Concordo com o opinativo da PGE/PROFIS. Efetivamente deve ser decretada a nulidade da Decisão da 4ª JJF – acórdão JJF 0314-04/03. Não poderia haver o julgamento do mérito referente aos itens 1 e 2 antes da apreciação do Pedido de Reconsideração interposto pelo autuado contra a Decisão desta 1ª CJF, que deu provimento ao Recurso de Ofício afastando a nulidade decretada pela JJF referente aos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Os autos devem retornar à Secretaria do CONSEF para que seja pautado o julgamento do Pedido de Reconsideração não apreciado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 207090.0006/01-5, lavrado contra **J. L. FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser notificado o recorrente da presente Decisão, e determinar o retorno dos autos à Secretaria do CONSEF para pautar o julgamento do Pedido de Reconsideração interposto.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS