

**PROCESSO** - A. I. Nº 276473.0907/03-3  
**RECORRENTE** - EXTRA HIDRÁULICA E ELÉTRICA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0010-02/04  
**ORIGEM** - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 13.04.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0047-12/04

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - FUNDAMENTADA EM PROVAS INEXISTENTES NOS AUTOS. Caberia à Junta de Julgamento Fiscal ter diligenciado para que viessem aos autos as provas que respaldaram a sua Decisão. A inexistência desses elementos probatórios invalida a Decisão de 1ª Instância. Em razão disso a mesma é NULA. O processo deve retornar ao órgão julgador “a quo” para a adoção das medidas saneadoras e realização de novo julgamento do item 1 da autuação. Recurso Voluntário **Prejudicado**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado em 30/09/2003, exigindo ICMS no valor de R\$20.940,04, sob a acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$4.520,00, na condição de empresa de pequeno porte enquadra no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), em decorrência de alteração, de ofício, da condição de microempresa, no período de janeiro a dezembro de 2002, conforme demonstrativo à folha 11.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$14.146,93, no período de junho a dezembro de 2002, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária no valor de R\$1.772,89, na qualidade de sujeito passivo por substituição , referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, correspondente aos meses de junho, julho e dezembro de 2002
4. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação no valor de R\$500,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas aos Anexos 60 e 88, referente ao mês de agosto de 2002.

As Infrações 3 e 4 foram acatadas pela defesa e pagas com os benefícios da Lei nº 8.887/03, conforme documento anexo, fl. 108.

Em relação à Infração 1, a JJF entendeu pelo que consta demonstrado à fl. 11 do PAF, que o contribuinte foi desenquadrado de ofício de microempresa para empresa de pequeno porte a partir de 01/01/2002, cujos valores lançados no Demonstrativo do Débito correspondem com a

diferença entre os valores recolhidos no período como (Micromepresa) ME1 para o limite mínimo devido para EPP (empresa de pequeno porte).

A legislação tributária prevê que a empresa cujo titular ou sócio participe do capital de outra empresa, quando a receita bruta global dos estabelecimentos ultrapassar o limite fixado no inciso I do artigo 384-A, será reenquadrada de ofício para a condição de empresa de pequeno porte.

No caso, o autuado em sua defesa admitiu que a motivação para o desenquadramento foi a sua vinculação com outras empresas, e considerando que os valores declarados da receita bruta mais os valores da receita omitida no fluxo de caixa (docs. fls. 15 a 16, e 81) apenas do estabelecimento autuado excedem ao citado limite, o desenquadramento se justifica plenamente. Portanto, o preposto fiscal deu estrito cumprimento a uma disposição legal, não havendo porque prosperar a preliminar de que o desenquadramento desobedeceu ao princípio da legalidade do ato administrativo.

Dessa forma, não tendo o autuado apresentado qualquer documento probatório no sentido de demonstrar que o desenquadramento foi efetuado em desacordo com a legislação tributária vigente, a JJF considerou que foi caracterizado o cometimento da infração, não merecendo qualquer reparo no cálculo do débito, cujos valores lançados no Auto de Infração corresponderam com a diferença entre os valores escolhidos como ME, para o valor previsto no inciso VII, do artigo 386-A do RICMS/97.

Rejeitou a preliminar de nulidade deste item da autuação, e considerou subsistente a exigência fiscal.

No tocante à Infração 2, considerando que o autuado não apresentou qualquer prova que pudesse destituir o trabalho fiscal, pois o demonstrativo estava desacompanhado da demonstração e comprovação da origem dos valores apurados, assim, entendeu a JJF, que foi caracterizado o cometimento da infração, incorrendo o contribuinte, na condição de empresa de pequeno porte inscrito no SIMBAHIA, na situação prevista no inciso V do art. 408-L do RICMS/97, sendo devido o cálculo do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, inclusive com a concessão dos créditos fiscais previstos no art. 408-S, §1º, do RICMS/97, calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do art. 408-S, §1º, do RICMS/97, alterado pelo Decreto nº 8.413/02. Rejeitou a argüição de nulidade, pois em momento algum o lançamento feriu o princípio da legalidade, e no mérito considerou subsistente a infração.

Com base na fundamentação acima reproduzida, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal votou pela Procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, ao contestar a infração 1, o contribuinte, através de advogado, argüiu, preliminarmente, a nulidade do ato administrativo que desencadeou o seu re-enquadramento, visto que, segundo a defesa, fere o princípio da legalidade, sustentando tal alegação na alínea "d", inc. II, art. 399-A, e nos inc. I e II, §9º, art. 384-A, que norteia os atos administrativos e torna Nula a Decisão de primeiro grau que fundamentou a decisão em dispositivo equivocado. Argumenta a motivação do seu reenquadramento foi a participação do autuado em outras empresas e que o faturamento de todas as empresas não ultrapassou o limite para que fosse autuada e caso tivesse ultrapassado seria hipótese de desenquadramento do regime. No mérito sustenta que recolheu corretamente o ICMS, com base na tabela de Microempresa, alterando a faixa de recolhimento no mês de abril de 2002, passando de R\$25,00 para R\$100,00 e no mês de

janeiro de 2003, passou a recolher como empresa de pequeno porte. Ante essas alegações espera pela reforma da decisão de 1<sup>a</sup> Instância, para julgar improcedente a Infração 1.

Ainda em razões preliminares, no que diz respeito à Infração 2, alega a improcedência da mesma, visto que, inexiste prova que fundamente o ilícito, até porque a presunção para ter valor legal deveria advir de lei, que atendesse o Processo Legislativo.

No mérito, em relação à infração 2, o recorrente reconheceu a existência de saldo credor em seu Caixa, entretanto em valores inferiores àqueles apontados no Auto de Infração, conforme demonstrativo juntado aos autos (fls. 76), importando no valor de R\$3.644,32, a título de ICMS devido.

Remetidos os autos para a Procuradoria Fiscal, foi exarado Parecer de autoria da Procuradora, Dr<sup>a</sup>. Maria Dulce Baleiro Costa, que afirmou ser a Decisão recorrida Nula, por falta de fundamentação já que em relação ao item 1 do Auto de Infração, não existem provas nos autos que demonstrem que o contribuinte ultrapassou o limite de receita fixado por lei para o seu desenquadramento de ofício. Entendeu que caberia à JJF ter diligenciado para que viessem aos autos tais provas. Concluiu afirmando que a Decisão recorrida carece de fundamentação probatória, o que impõem a sua anulação, visando com isso o respeito aos princípios da celeridade processual e da efetividade jurisdicional.

## VOTO

Em sintonia com o Parecer da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) não vislumbrei nos autos a prova inequívoca de que o contribuinte extrapalou o limite de receita que implicasse em seu reenquadramento de ofício dentro do Regime de Apuração Simplificado do ICMS (SIMBAHIA). A acusação do item 1 está lastreada nos demonstrativos apresentados pela autuante, mas não evidenciada com provas que o limite de faturamento do recorrente e demais empresas em que participam os sócios do autuado, somado ao valor das omissões de Caixa, tenha ultrapassado o limite que transferisse o contribuinte da sistemática de microempresa para o regime das empresas de pequeno porte, ou seja, que tenha sido ultrapassada a receita bruta ajustada de R\$240.000,00/ano.

Verifico que se somando a receita bruta ajustada, constante da fl. 81 do PAF, no valor de R\$65.361,55, aos saldos credores apurados na auditoria do Caixa, no valor de R\$83.217,02 (base de cálculo da infração), totaliza-se a quantia de R\$148.578,57, inferior, portanto, ao limite legal. Não provado nos autos que o valor das receitas das empresas em que os sócios têm participação, somado a faturamento do autuado (receita bruta ajustada e apuração do Caixa) tenha extrapolado o limite fixado na legislação do SIMBAHIA, para fins de desenquadramento como microempresa, incidindo o contribuinte, dessa forma, no disposto no art. 384-A, inc. I, alínea “d” do RICMS/97.

Conforme observado pela Procuradora Fiscal, em seu Parecer, a Decisão recorrida está fundamentada em provas não existentes nos autos, uma vez que a tese da defesa é exatamente o não atingimento do limite fixado por lei que teria gerado o desenquadramento de ofício. Dessa forma, caberia à Junta de Julgamento Fiscal ter diligenciado para que viessem aos autos tais provas a fim de dar sustentação à sua Decisão. A inexistência desses elementos probatórios invalida a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância, em razão disso, voto pela anulação da mesma. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para a reapreciação do item 1 da autuação. Conseqüentemente, o Recurso Voluntário resta PREJUDICADO.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário e, de Ofício, declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 276473.0907/03-3, lavrado contra **EXTRA HIDRÁULICA E ELÉTRICA LTDA.**, devendo o processo ser remetido à Junta de Julgamento Fiscal para nova apreciação do item 1 do Auto de Infração, restando **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS