

PROCESSO - A. I. Nº 207090.0006/01-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J. L. FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDOS - J. L. FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0375-04/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 17/12/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0433-11/04

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Exigência parcialmente subsistente, após adequação às normas pertinentes ao regime SimBahia. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Decisão não unânime. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida no Acórdão nº 0375-04/04, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, relativo aos exercícios de 2000 e 2001 das infrações 1 e 2, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, inerente aos citados itens, apresentou, tempestivamente, a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do mesmo Diploma Legal.

O Auto de Infração exige o imposto do autuado no montante de R\$ 104.460,81, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$ 328,00, relativamente as seguintes infrações:

1. Exigência do imposto pelo regime normal de apuração, no valor de R\$ 19.199,45, 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 os documentos detectados no CFAMT;
2. Exigência do imposto pelo regime normal de apuração, no valor de R\$ 85.261,36, relativamente aos meses de abril a outubro de 2000 e de dezembro de 2000 a junho de 2001, após desenquadrar o contribuinte do regime SimBahia, acrescentando à movimentação declarada os documentos detectados no CFAMT;
3. Exigência de multa, no valor de R\$ 120,00, pela declaração incorreta de dados na DME referente ao ano de 2000;
4. Exigência de multa, no valor de R\$ 208,00, pela falta de apresentação de 52 notas fiscais quando regularmente intimado.

Em 17/12/2002, através do Acórdão nº 0474-04/02, a 4ª JJF decidiu que não houve o desenquadramento do contribuinte do regime SimBahia, julgando nulas as duas primeiras

infrações e pela procedência das multas, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Em pauta suplementar, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal remeteu o PAF a ASTEC no sentido de promover a correção nos cálculos do imposto devido, relativo às duas primeiras infrações, de forma a acrescentar ao valor das saídas tributadas lançadas pelo contribuinte, o valor das omissões de saídas apuradas, adequando a saída real ao imposto que seria devido na condição inerente ao regime SimBahia, até 31/10/2000, e a partir de 01/11/2000, proceder a apuração do imposto 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. Tal solicitação foi atendida, às fls. 265 a 268 do PAF, apurando o imposto no montante de R\$ 46.379,89, do que foi intimado o contribuinte a se manifestar, oportunidade que reitera todos os termos de sua defesa, no sentido de que o desenquadramento se deu “via autuação”, o que não encontra guarida na legislação.

Em Decisão da 1ª Câmara, através do Acórdão n.º 0379-11/03, foi dado provimento ao Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida, afastando 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.

Neste ínterim, o contribuinte ingressa com Pedido de Reconsideração no sentido de que seja restaurada a Decisão da JJF, sob alegação da impossibilidade legal do desenquadramento via Auto de Infração, do que reitera todos os termos de sua defesa.

Em seguida o PAF foi a novo julgamento pela 4ª JJF que através do Acórdão de n.º 0314-04/03 decidiu pela Procedência Parcial dos itens 1 e 2 do Auto de Infração, conforme Parecer da ASTEC, no montante de R\$ 46.379,89, mantendo procedentes as multas por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Intimado da Decisão da JJF, o autuado apresenta Recurso Voluntário, no qual preliminarmente suscita a nulidade da Decisão da 1ª Instância, por entender que foi levada a efeito antes do julgamento do Pedido de Reconsideração apresentado, ressaltando que o Recurso Voluntário deveria ser julgado antes da Decisão de mérito. Em seguida reitera todos os termos de sua defesa.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, à fl. 321 dos autos, opina pelo provimento do Recurso Voluntário, por entender que deve ser decretada a nulidade do julgamento da 1ª Instância e redistribuído o processo para julgamento do Recurso Voluntário.

Submetido à nova pauta de julgamento, o Recurso Voluntário foi provido, decretando a nulidade da Decisão da 4ª JJF – Acórdão 0314-04/03, por entender que 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 da 1ª CJF, que deu provimento ao Recurso de Ofício afastando a nulidade decretada pela JJF referentes aos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Após Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 334 e 335, no sentido de que o Pedido de Reconsideração não deve ser conhecido, em razão da ausência dos pressupostos de admissibilidade previstos no art. 173, V, do RPAF/99, a 1ª CJF decidiu, através do Acórdão n.º 0121-11/04, pela inadmissibilidade do Pedido de Reconsideração, por não existir matéria de fato ou fundamento de direito que não tenham sido apreciados no julgamento reconsiderado.

Em requerimento, às fls. 352 e 353, o recorrente requer que o Auto de Infração seja redistribuído para outra JJF, considerando que a matéria se encontra “pré-julgada” pela 4ª JJF, na medida em que a mesma proferiu Decisão de mérito antes da deliberação acerca do Pedido de Reconsideração.

À fl. 356 dos autos, o relator da 3ª JJF, Luís Roberto de Sousa Gouvêa, solicita a INFAZ Simões Filho que informe se o contribuinte foi efetivamente desenquadrado de ofício. Em resposta ao solicitado foi informado que não ocorreu o desenquadramento de ofício do contribuinte da condição de empresa de pequeno porte do regime SimBahia.

Intimado do resultado da diligência o contribuinte apresenta nova manifestação, onde aduz que não se pode exigir o imposto pelo regime normal, como levado a efeito através do Auto de Infração, não existindo ainda previsão regulamentar para o desenquadramento via Auto de Infração. Assim conclui que a exigência pelo regime normal não pode prevalecer, devendo ser considerado regular o pagamento do imposto feito pelo autuado no período.

Posteriormente, foi o PAF submetido a julgamento da 4ª JJF, em razão da sua nova composição constar o relator que solicitou a diligência anterior, no qual foi decidido pela Procedência Parcial do imposto, no montante de R\$ 46.379,89, com base no Parecer da ASTEC à fl. 266, além das multas no valor total de R\$ 328,00, pelas seguintes razões:

1. Por entender que o procedimento da autuante está em conformidade com a legislação vigente, quanto as duas primeiras infrações, pois ficou comprovado que no período fiscalizado diversas notas fiscais não foram computadas nas DMEs, o que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu. Contudo, por ficar comprovada a condição do contribuinte de empresa de pequeno porte do Regime SimBahia, uma vez que não foi desenquadrada do mencionado regime, conforme informado pelo Inspetor Fazendário às fls. 359/360, como também que tal infração só foi considerada pela legislação como de natureza grave a partir de 01/11/2000, consoante alteração n.º 20 do RICMS, efetuada através do Decreto n.º 7.867/00, o entendimento do CONSEF é de que até outubro de 2000 deve ser analisada a repercussão no pagamento do ICMS devido como contribuinte do SimBahia, e que somente a partir de novembro de 2000 fica o contribuinte sujeito ao pagamento do imposto com base nos critérios do regime normal de apuração do imposto, porém com direito a dedução do percentual de 8% a título de crédito fiscais, em face ao disposto no art. 408-P do RICMS/97 e no § 1º do art. 19 da Lei n.º 7.357/98, com alteração introduzida pela Lei n.º 8.534/02.
2. Quanto às infrações restantes, as quais exigem multas por descumprimento de obrigação acessória, a JJF entende que já foram objeto de julgamento em 17/12/2002, através do Acórdão n.º 0474-04/02, que julgou ambas procedentes, uma vez que o autuado não se insurgiu a respeito.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o autuado apresentou Recurso Voluntário, às fls. 390 a 391 dos autos, requerendo a reforma do Acórdão, onde preliminarmente suscita a nulidade da Decisão, uma vez que foi levada a efeito pela mesma respeitável JJF que atropelando o mérito da lide antes do julgamento do Pedido de Reconsideração, o que induz, forçosamente, ao pré-julgamento da ação. Ressalta que o recorrente, em 05/05/2004, conforme protocolo n.º 080416/2004-0, solicitou a redistribuição do PAF para outra Junta de Julgamento Fiscal, visando evitar, no futuro, a nulidade de todo o processo administrativo fiscal. Assim, pede a nulidade da Decisão recorrida e que o Auto de Infração seja redistribuído para nova assentada de julgamento.

No mérito, reitera todos os termos de sua defesa, aduzindo que a nova Decisão da 4ª JJF chega a ser contraditória, na medida em que a referida Junta já havia se posicionado pela nulidade dos itens 1 e 2, por não existir comprovação do regular desenquadramento, inclusive empreendendo tempo e esforço na efetivação de diligência, obtendo informação de que não houve nenhum desenquadramento de ofício do contribuinte da condição de empresa de pequeno porte do regime SimBahia. Assim, conclui que não se pode exigir o imposto pelo regime normal, seja em relação ao período anterior ou posterior a 01/11/2000, uma vez que a apuração pelas normas do Decreto n.º 7.867/00 somente é aplicável para as operações normais, situação que não alcança o contribuinte, já que não existiu ato anterior de desenquadramento, o que não se aplica o disposto no art. 408-P do RICMS, o qual só pode vigorar de acordo com a expressa determinação do art. 408-L do RICMS,

ou seja, quando o contribuinte perder o direito ao tratamento pelo SimBahia, impondo-se para tanto o ato do desenquadramento, o que não ocorreu.

Em Parecer, às fls. 394 e 395 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, uma vez que os argumentos trazidos pelo recorrente são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão de 1ª Instância.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada, ressalta que o pedido do recorrente foi atendido, uma vez que o processo foi redistribuído para a 3ª JJF, para o julgador Luís Roberto de Souza Gouvêa, o qual, por questões operacionais, passou a formar a 4ª JJF, contudo, com composição completamente distinta da anterior, cujo relator continuou sendo o indigitado.

No mérito, reporta-se aos fundamentos esposados nos julgamentos anteriores realizados tanto pela 1ª CJF como pela Decisão guerreada, no sentido de que a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos-geradores previa que os contribuintes, sujeitos ao regime simplificado, perderiam o direito ao benefício ante o cometimento de irregularidades, devendo ser apurado o imposto pelo regime normal, conforme previsto nos artigos 15 e 17 da Lei n.º 7.357/98, combinado com os artigos 408-L e 408-S do RICMS/97. Assim, entende que o presente Auto de Infração verificou as irregularidades que por sua vez motivaram o desenquadramento de ofício e levantamento do quanto devido pelo contribuinte sem benefícios.

VOTO

Inicialmente, entendo descabida a preliminar de nulidade da Decisão da 1ª Instância, suscitada pelo contribuinte no Recurso Voluntário, uma vez que não ocorreu o citado “pré-julgamento” do mérito pela 4ª JJF, relativo ao Acórdão n.º 0314-04/03, em razão da nova composição dos seus membros quando do julgamento relativo ao Acórdão n.º 0375-04/04.

Quanto ao mérito, devo ressaltar que ambos os Recursos de Ofício e Voluntário restringem-se, unicamente, as duas primeiras infrações.

No que tange ao Recurso Voluntário, observo que seus argumentos limitam-se tão-somente à questão do desenquadramento da sua condição de empresa de pequeno porte do regime SimBahia.

Da análise das peças processuais, vislumbro que apesar da acusação fiscal frisar diversas situações para o referido desenquadramento, consoante fl. 2 dos autos, no sentido de justificar a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, restou comprovado que o contribuinte, em momento algum, foi desenquadrado de ofício de sua condição de SimBahia.

Contudo, conforme foi ressaltado por ocasião do julgamento da 1ª CJF, procedido através do Acórdão n.º 0379-11/03, o qual deu provimento ao Recurso de Ofício para modificar a primeira Decisão da JJF, o artigo 15, inciso II, da Lei n.º 7.357/98, vigente à época dos fatos geradores, preconizava 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.

Já a combinação dos artigos 408-L, inciso II e 408-S, do RICMS/97, 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 deram causa ao desenquadramento.

Por outro lado, o inciso V do citado artigo 15 da Lei n.º 7.357/98, a qual instituiu o Regime SimBahia, determina a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto, quando o contribuinte incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

Já o inciso V do art. 408-L do RICMS (decorrente da Alteração n.º 20 - Decreto n.º 7867 – com efeitos a partir de 02/11/00) instituiu que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia a empresa que incorrer na prática de infrações de que tratam os incisos III, IV e alínea “c” do inciso V do artigo 915 do RICMS.

À fl. 2 dos autos, verifica-se que o contribuinte deixou de recolher o ICMS por três meses consecutivos; apresentou declarações inexatas e falsas na DME, assim como nos DAE, além de declarar entradas e saídas em valores inferiores, conforme detectado através do CFAMT, consoante demonstrativos e documentos anexos aos autos (a título de exemplo destaco a Nota Fiscal 145, à fl. 128, no valor de R\$ 3.225,00, declarada como cancelada, à fl. 102).

Esta última irregularidade se enquadra como infração de natureza grave, ínsita no referido inciso III do art. 915 do RICMS, o que acarreta a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, conforme previsto no citado art. 408-S do RICMS, independente do desenquadramento de ofício da condição de contribuinte do regime SimBahia.

Assim, da interpretação dos citados dispositivos legais, conclui-se que, para o período anterior a novembro de 2000, cabe a cobrança do tributo mediante a aplicação dos percentuais previstos no regime SimBahia, após adicionar a receita omissa à declarada pelo contribuinte e, para o período posterior, perderá o direito à adoção do tratamento tributário acima previsto, por incorrer na prática de infrações de natureza grave, sujeitando-se à exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, conforme foi decidido através do Acórdão n.º 0375-04/04, fundamentado no Parecer ASTEC n.º 0086/2003, às fls. 265 a 268 dos autos, o qual apurou o imposto no valor de R\$ 46.379,89, inerente às duas infrações, após consideração dos créditos fiscais.

No tocante ao Recurso de Ofício, impetrado pela 4ª JJF, constato que os valores exigidos do imposto resultam do referido Parecer da ASTEC.

Portanto, em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, no sentido de homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$46.379,89**, sendo R\$ 6.523,29, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b-3”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$39.856,60, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da mesma lei e demais acréscimos legais; além das multas no valor total de **R\$328,00**, previstas nos incisos XVIII, “c” e XIX, “b”, do art. 42, da multicitada lei, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de dezembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS