

A. I. N° - 207090.0006/01-5
AUTUADO - J L FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 05.10.2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0375-04/04

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica 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. Efetuada adequação da exigência fiscal às normas pertinentes ao SIMBAHIA, vigentes à época da ocorrência dos fatos. Infração parcialmente subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade em julgamento de 2ª instância. 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, acrescido da multa de 70%, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante 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. Exigência do imposto pelo regime normal de apuração relativamente aos meses de abril a outubro de 2000 e de dezembro de 2000 a junho de 2001, após desenquadrar o contribuinte do Regime Simplificado de Apuração – *Simbahia*, acrescentando à movimentação declarada pelo autuado os documentos detectados no CFAMT, sendo abatido 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;
4. Falta de apresentação de 52 notas fiscais quando regularmente intimado – multa de R\$ 208,00.

O autuado impugnou o lançamento, às fls. 157 a 162, 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 depois de 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 DAE's/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 como consistentes as infrações 3 e 4, e conclui ratificando o pedido de nulidade da autuação.

A autuante em informação fiscal fls. 180 a 184, rebate 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 que outras até isso dispensaria. Explica os erros cometidos pelo autuado, dizendo 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 à 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 tomar ciência 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.

Em 17/12/02, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0474-04/02, fls. 246 a 249, julgou procedente em parte, tendo julgado nulas as infrações 01 e 02 e recorrido de ofício da referida decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

À fl. 260, o autuado requereu a juntada aos autos do comprovante de pagamento (fl. 262), relativo às infrações 3 e 4.

O Relator da 1ª CJF, Sr. Ciro Roberto Seifert, solicitou diligência à fl. 263, para que preposto da ASTEC promovesse a correção nos cálculos do imposto devido, relativos às infrações 1 e 2, acrescentando ao valor das saídas tributadas lançada pelo contribuinte, o valor das omissões de saídas, 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, procedesse 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.

Atendendo a solicitação supra, preposto da ASTEC emitiu o parecer nº 0086/03 (fls. 265 e 266), elaborando novos demonstrativos (fls. 267 e 269), reduzindo o valor da exigência referente às infrações 1 e 2 para R\$ 46.379,89, conforme demonstrativo de débito à fl. 266.

O autuado em nova manifestação às fls. 278/279 reiterou todos os termos de sua defesa.

A 1ª Câmara de julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº. 0379-11/03, fls. 283 a 286, decidiu prover o Recurso de Ofício e modificou a decisão de primeira instância, em relação aos itens 1 e 2, não acatando a nulidade, determinando o retorno do PAF para a 1ª instância para analisar o mérito das infrações 01 e 02.

O autuado, às folhas 298 a 300, em pedido de reconsideração, novamente reiterou todos os termos de sua defesa e requereu a manutenção da nulidade dos itens 01 e 02 do Auto de Infração.

Em 14/08/03, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0314-04/03, fls. 303 a 306, julgou procedente em parte as infrações 01 e 02.

O autuado, às folhas 315 a 317, solicita a nulidade da decisão de primeira instância, alegando que a mesma foi levada a efeito antes do julgamento do Pedido de Reconsideração às fls. 298 a 300. Reitera, ainda, todos os termos de sua defesa inicial.

A PROFZ se manifesta à fl. 321, entendendo que deve ser decretada a nulidade do julgamento da 4ª JJF, e retomado o curso processual normal, redistribuindo o processo para julgamento do Pedido de Reconsideração.

A 1ª Câmara de julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº. 0675-11/03, fls. 324 a 327, anulou a Decisão da 4ª JJF, tendo em vista haver proferido o julgamento de mérito, antes de apreciar o Pedido

de Reconsideração, interposto pelo autuado. Determinou que os autos retornassem à Secretaria do CONSEF para que fosse pautado o julgamento do Pedido de Reconsideração não apreciado.

A PROFAZ se manifesta às fls. 334 e 335, entendendo que o Pedido de Reconsideração não deve ser conhecido com base na previsão do art. 173, V, do RPAF/99.

A 1ª Câmara de julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº. 0121-11/04, fls. 345 e 346, decidiu não conhecer o Pedido de Reconsideração interposto pelo autuado.

O autuado em manifestação às fls. 352 e 353, requereu que o presente processo fosse redistribuído para outra JJF, que não a 4ª JJF.

Tendo em vista que não constava nos autos qualquer prova de que o autuado tenha sido desenquadrado do Regime Simplificado de Apuração – Simbahia, e considerando, ainda, que segundo o sistema INC da SEFAZ, o sujeito passivo permanece nessa condição desde 01/04/99, a 3ª JJF deliberou que o presente processo fosse convertido em diligência à Infaz de Origem, para que o Inspetor Fazendário, em despacho circunstanciado e anexando as comprovações pertinentes, informasse se o contribuinte foi efetivamente desenquadrado de ofício.

Caso positivo, informasse a partir de que data ficou declarado o referido desenquadramento, quais os motivos que levaram para tal procedimento, e se a empresa posteriormente retornou ao Simbahia, indicando a data.

Atendendo a solicitação supra o Inspetor Fazendário de Simões Filho prestou a seguinte informação:

Em resposta, informamos que este Inspetor Fazendário não baixou nenhum ato administrativo desenquadrando de ofício o referido contribuinte da condição de empresa de pequeno porte do regime da SimBahia, o que, por conseqüência, demandaria a alteração de sua nova condição no cadastro de contribuinte do ICMS, implicando em mudança na forma de apuração do ICMS, pelas seguintes razões:

1. De acordo com o Art. 406-A do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que trata de exclusão de ofício de contribuinte do regime simplificado de apuração do ICMS -SimBahia, observamos que restaram os incisos I, IV e VII, sendo que os demais incisos foram revogados pela Alteração 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00 - DOE de 30 e 31/12/00), vale ressaltar em data anterior à lavratura do Auto de Infração em tela (28/09/2001). Portanto, analisando o dispositivo acima citado e seus incisos, não enxergamos nenhuma exigência regulamentar para que tal ato fosse baixado, e que condicionasse a fiscalização nos moldes levada a efeito pelo preposto fiscal. Entendemos que a emissão da Ordem de Serviço na 51038201, emitida pela Supervisão de Fiscalização e devidamente autorizada pelo Inspetor Fazendário outorgou a Auditora Fiscal competência para desenvolver o trabalho de fiscalização com vistas a obter comprovação do cometimento de irregularidades fiscais que implicariam no seu desenquadramento. Até então, tínhamos apenas a suspeita de omissões de informações detectadas na ação fiscal de Monitoramento realizado anteriormente.

2. Em segundo lugar, estando o contribuinte sob ação fiscal e com o processo administrativo fiscal instaurado, entendemos que não caberia ao Inspetor exarar o Ato de desenquadramento antes da decisão da lide, que pelas razões contidas no PAF perduram até esta data. Ocorrendo, o que esperamos, a decisão pela procedência da ação fiscal, aí então, desenquadraremos de ofício o referido contribuinte a partir dessa data. A seguir, programaremos para fiscalização os exercícios em aberto, sendo que, se constatado neste período irregularidades que caracterizem o não

preenchimento dos requisitos regulamentares, nova acusação recairá sobre o mesmo relativamente ao período sub judice.

O autuado, após tomar conhecimento da informação prestada pelo Inspetor, acima transcrita, se manifestou à fl. 367 ratificando sua posição de que não se pode exigir imposto pelo regime normal sem que tenha ocorrido o desenquadramento da empresa.

VOTO

Inicialmente esclareço que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº. 0379-11/03, fls. 283 a 286, decidiu prover o Recurso de Ofício e modificou a Decisão de primeira instância, em relação aos itens 1 e 2, não acatando a nulidade. Assim, não cabe mais qualquer tipo de pronunciamento por parte da JJF, sobre o pedido de nulidade.

No mérito, analisando os elementos que instruem o PAF, em relação às infrações acima mencionadas, constato que a auditora, com base nas vias das notas fiscais do CFAMT, realizou um confronto com os registros constantes nas DME's do autuado, tendo apurado a falta de inclusão de diversas notas.

O § 4º, do art. 4º, da Lei n.º 7.014/96, determina que a ocorrência de entrada de mercadorias não registradas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu no caso em tela.

Dessa forma, entendo que o procedimento da auditora autuante está em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação diversas compras não foram computadas nas DME's.

Entretanto, o valor do imposto exigido deve ser reduzido conforme demonstrativo de débito elaborado por preposto da ASTEC, à fl. 266, para o valor total de R\$ 46.379,89, tendo em vista que:

1. durante o período de ocorrência dos fatos geradores o autuado encontrava-se inscrito no Regime Simplificado de Apuração - SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, sendo que a empresa não foi desenquadrada do mencionado regime, conforme informou o Inspetor Fazendário em despacho às fls. 359/360, quando disse que “[...] não baixou nenhum ato administrativo desenquadrando de ofício o referido contribuinte da condição de empresa de pequeno porte do regime da SimBahia, o que, por consequência, demandaria a alteração de sua nova condição no cadastro de contribuinte do ICMS, implicando em mudança na forma de apuração do ICMS [...]”;
2. a infração em comento somente foi incluída na legislação referente ao SimBahia como infração de natureza grave a partir de 01/11/00, pela alteração nº 20 do RICMS, efetuada através do Decreto nº 7.867/00;
3. o entendimento mantido pelas Câmaras do CONSEF de que até outubro/00, deve ser analisada a repercussão no pagamento do ICMS devido pela empresa, no âmbito da apuração simplificada do imposto, e que somente a partir de novembro/00, fica o contribuinte, de acordo com o art. 408-P, do RICMS/97 sujeito ao pagamento do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, porém com direito a dedução do percentual de 8%, a título de créditos fiscais, em face do disposto no § 1º do artigo 19, da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), com a alteração introduzida pela Lei nº 8.534/02.

Por conta dessas razões, foi promovida a correção nos cálculos do imposto devido, relativo às infrações em exame, acrescentando ao valor das saídas tributadas lançadas pelo contribuinte (receita bruta ajustada), o valor das omissões de saídas, ali apuradas, adequando a saída real ao imposto que seria devido com base na apuração simplificada, até o período de 31/10/00, ou seja, dentro do regime do SimBahia (fl. 267); e a partir de 01/11/00, foi procedida 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, ou seja, pelo regime normal de apuração (fl. 268), o que resultou na redução do valor exigido para R\$ 46.379,89, conforme demonstrativo de débito elaborado por preposto da ASTEC, à fl. 266, já mencionado acima.

No que diz respeito às infrações 3 e 4, que exigem multas por descumprimento de obrigação acessória, as mesmas já foram objeto de julgamento em 17/12/02, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0474-04/02, fls. 246 a 249, a qual julgou ambas procedentes.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir o pagamento do imposto no valor de R\$ 46.379,89, mais as multas no valor total de R\$ 328,00, homologando-se os valores já recolhidos (fl. 261).

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 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”, item 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 artigo 42, da lei multicitada, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA