

PROCESSO - A. I. Nº 206955.0012/03-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AMR LUZ BUFFET E DECORAÇÕES LTDA. (COUNTRY)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14/07/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0247-11/06

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com base no artigo 119, II, e seu § 1º, c/c o artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para que seja decretada a improcedência da infração 1 do Auto de Infração, considerando que o autuado possuía o direito de ser enquadrado no regime do SimBahia a partir do momento em que atendeu a todos os requisitos estabelecidos na legislação. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, inciso II, e seu § 1º, c/c com o artigo 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB), face ao controle de legalidade exercido por aquele órgão, propondo que seja declarada a improcedência da infração 1 do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do imposto em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$52.758,00;
2. Falta de escrituração do livro Registro de Inventário relativamente aos exercícios de 2000 e 2001 - multa de R\$460,00;
3. Escrituração dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS sem prévia autorização – multa de R\$360,00.

O autuado impugnou todas as infrações e a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em Decisão unânime, julgou Procedente em Parte o lançamento, por meio do Acórdão nº 0258-04/03 (fls. 194 a 197), reduzindo apenas o débito apontado na infração 3, para R\$50,00, por ter ficado comprovado que o contribuinte não encadernou nem autenticou os livros fiscais emitidos por processamento de dados.

Intimado da Decisão da Primeira Instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 207 a 214) e 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela necessidade de realização de diligência para que fiscal estranho ao feito retificasse alguns equívocos constatados pelo Relator do PAF em relação à infração 1.

A ilustre representante da PGE/PROFIS opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário com base na diligência realizada, após a qual se reduziu o valor do débito originalmente apontado na infração 1 do Auto de Infração.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em Decisão unânime, julgou Parcialmente Provido o Recurso Voluntário interposto, por meio do Acórdão nº 0077-12/04 (fls. 246 a 250), reduzindo o débito

relativo à infração 1 com base na diligência efetuada, de R\$52.758,00 para R\$52.193,23, com a seguinte fundamentação:

1. de acordo com o artigo 397-A, do RICMS/BA, o sujeito passivo interessado em adotar o tratamento tributário instituído pelo SimBahia deve formalizar opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS ou em qualquer outro momento, desde que se enquadre nas condições e limites fixados no artigo 384-A, do citado Regulamento devendo, ainda, no ato da formalização do pedido, apresentar a DMA ou DME conforme a situação, relativa ao movimento do exercício anterior, caso ainda não tenha ainda apresentada, e foi exatamente essa última condição que deixou de ser atendida pelo contribuinte, levando ao indeferimento do pedido de enquadramento;
2. a solicitação de enquadramento se deu em 02/02/99, para alcançar os fatos geradores a partir de 1999, e, naquela época, o contribuinte não havia apresentado à Secretaria da Fazenda as DMAs do exercício de 1998, só o fazendo no ano 2000, após intimação da repartição fazendária;
3. o ato de enquadramento é vinculado, devendo o contribuinte, quando da formulação do pedido, preencher os requisitos estabelecidos na lei;
4. não há se falar, nesta lide, de enquadramento automático no regime simplificado, pois a inclusão de qualquer contribuinte na nova sistemática é dependente de pedido específico e, na hipótese de indeferimento do pedido de enquadramento por falta de atendimento de algum requisito, somente por meio de novo requerimento poderá o contribuinte ingressar no regime simplificado, razão pela qual não se pode falar em aprovação tácita pela Administração Fazendária, pois tal ato é inadmissível em nosso Direito Administrativo;
5. somente a partir de 01/02/03, de acordo com as informações disponíveis no cadastro do ICMS (INC), é que o contribuinte foi enquadrado no regime simplificado, de forma que, no período objeto da fiscalização, o imposto deveria ter sido apurado pela sistemática normal (totalização mensal de débitos e créditos fiscais);
6. todavia, no decorrer da instrução do processo na Segunda Instância de julgamento, foi o mesmo remetido à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC), objetivando esclarecer os valores efetivamente devidos pelo autuado na infração 1, tendo em vista divergências apuradas pelo relator nos demonstrativos elaborados pelo autuante. A ASTEC se manifestou, elaborando novo demonstrativo de débito, constatando, ainda, que o autuante não incluiu no lançamento fiscal o débito apurado no mês de julho de 2001;
7. face a essas constatações, foi produzido novo demonstrativo de débito (fl. 227), reduzindo a exigência fiscal de R\$52.758,00 para a quantia de R\$52.193,23.

Em face da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, acima mencionada, o autuado requereu a intervenção da PGE/PROFIS, no exercício do controle de legalidade (fls. 277 a 280), relativamente à Decisão pela procedência em parte da infração 1, argumentando que, desde 20 de abril de 1999, já havia apresentado a DMA referente ao exercício de 1998 e, portanto, possuía o direito de ser enquadrado no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia).

O PAF foi enviado à Assessoria Técnica da PGE/PROFIS e o auditor fiscal Ricardo Rêgo apresentou o Parecer nº 100/04 (fls. 281 a 286) concluindo que:

1. o contribuinte apresentou o requerimento para inclusão do SimBahia em 02/02/99 (fl. 79);
2. a DMA relativa ao exercício de 1998 foi entregue na repartição fazendária em 20/04/99 (fl. 81);
3. portanto, o pleito do autuado não poderia ter sido indeferido, em 16/10/00, pelo Inspetor Fazendário, uma vez que, desde 20/04/99, os pré-requisitos para seu enquadramento no SimBahia já haviam sido cumpridos.

A representante da PGE/PROFIS, Dra Cláudia Guerra, se manifestou (fls. 287 a 291) no sentido de que a autuação foi feita em consonância com a legislação tributária e de que não cabia àquele órgão jurídico *“invadir a esfera de competência outorgada a órgão da Administração Pública, e avaliar a satisfação dos requisitos necessários para o enquadramento ao regime simplificado de apuração do imposto”*, razão pela qual opinou pela *“autorização da inscrição do crédito tributário em dívida ativa, e o envio posterior ao setor judicial da Procuradoria Fiscal para as providências cabíveis”*.

As Dras. Verônica S. de Novaes e Paula Gonçalves Morris Matos, divergindo do posicionamento anteriormente manifestado pela Dra. Cláudia Guerra, apresentaram Representação a este CONSEF (fls. 293 a 297) para *“o fim de ser declarado parcialmente nulo o Auto de Infração nº 2069550012/03-4”*, entendendo que a PGE/PROFIS possuía competência para apreciar a questão em comento, haja vista que o ato de desenquadramento do contribuinte está eivado de vício, pois, na época do indeferimento do pleito, a DMA referente ao exercício de 1998 já se encontrava em poder do Fisco.

O Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, Dr. Jamil Cabús Neto, apresentou despacho (fls. 298 e 299) pelo indeferimento do Pedido de Representação realizado pelas Dras. Verônica S. de Novaes e Paula Gonçalves Morris Matos, ressaltando que:

1. se é certo que a Procuradoria não possui atribuição para analisar pedido de enquadramento no SimBahia, não menos certo é que àquele órgão jurídico compete analisar a legalidade do ato administrativo que resultou na constituição de um crédito tributário, seja qual for a matéria versada, inclusive quando necessário aferir a legalidade ou não do enquadramento ou desenquadramento em regimes de tributação;
2. não obstante isso, a matéria foi submetida ao crivo do CONSEF, em caráter definitivo, *“não cabendo, a essa Procuradoria proceder à representação solicitada, vez que não configurada ilegalidade flagrante ou vício insanável”*.

O autuado, mais uma vez, requereu a intervenção da PGE/PROFIS, no exercício do controle de legalidade (fls. 326 a 329), argumentando que, em 02/02/99, solicitou seu enquadramento no SimBahia, alterando seu regime de apuração do ICMS, de “normal” para “empresa de pequeno porte”, e, em 20/04/99, protocolou petição na Inspeção de Brotas solicitando seu enquadramento retroativo a janeiro de 1999, acompanhada da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) referente a dezembro de 1998.

Prossegue dizendo que, em setembro de 2000, atendendo a nova intimação da repartição fazendária datada de 22/08/00, entregou novamente as DMAs relativas ao exercício de 1998, entretanto, o Inspetor Fazendário indeferiu o seu pedido de inclusão no regime do SimBahia, com fundamento na falta de apresentação, no prazo regulamentar, das DMAs do exercício de 1998.

Argumenta que o deferimento do pedido de enquadramento não constitui ato discricionário da Administração Pública, mas um ato vinculado, desde que presentes todos os requisitos legais.

Após a manifestação do contribuinte, a Dra. Leila Von Söhsten Ramalho exarou Parecer (fl. 339) opinando pelo não acolhimento do pedido de Representação efetuado, uma vez que já havia sido indeferido pela autoridade máxima da PGE/PROFIS.

Em novo despacho (fls. 340 e 341), o Procurador-Chefe, Dr. Jamil Cabús Neto, reconsiderou seu entendimento anterior e acolheu o Parecer exarado pelas procuradoras Dras. Verônica S. de Novaes e Paula Gonçalves Morris Matos, destacando que, efetivamente, *“a infração decorreu da constatação errônea de que o regime de apuração seria o normal para o período de novembro de 2000 a janeiro de 2003, quando o contribuinte já havia apresentado requerimento de enquadramento no SimBahia, apresentando, inclusive, os documentos necessários (DMA's) que se encontravam com o Fisco desde 20/04/99”*.

Conclui que, *“ainda que não fosse possível o enquadramento no SimBahia para o exercício de 1999, vez que as DMA’s de 1998 somente foram apresentadas em 20/04/99, não há como prevalecer a apuração normal para o ano de 2000 em diante, como pretendido pela autuação, sob pena de violar o direito do contribuinte em submeter-se ao regime simplificado de apuração previsto em lei”*.

Por fim, representa ao CONSEF para que seja julgada improcedente a infração 1 deste lançamento, salientando que o tratamento simplificado e diferenciado às micro e pequenas empresas, como no caso em exame – empresa de *buffet* e decorações –, constitui um princípio constitucional inserido no artigo 146, inciso III, alínea “d”, da Lei Maior, devendo ser observado pela Administração Pública.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória em decorrência de três infrações.

O objeto da presente Representação da PGE/PROFIS é a infração 1, na qual é exigido o imposto estadual pelo regime normal de apuração, enquanto que o autuado o recolheu com base no regime simplificado de apuração (SimBahia).

Saliento, inicialmente, que concordo inteiramente com o posicionamento do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, a respeito da competência daquele órgão jurídico para efetuar a presente Representação, porque “se é certo que a Procuradoria não possui atribuição para analisar pedido de enquadramento no SimBahia, não menos certo é que àquele órgão jurídico compete analisar a legalidade do ato administrativo que resultou na constituição de um crédito tributário, seja qual for a matéria versada, inclusive quando necessário aferir a legalidade ou não do enquadramento ou desenquadramento em regimes de tributação”.

Compulsando os elementos constantes nos autos, verifico o seguinte:

1. o autuado era inscrito no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda na condição de “normal” e, em 02/02/99, requereu o seu enquadramento no regime simplificado de apuração (SimBahia), consoante a petição protocolada sob o nº 696.149/99 e acostada à fl. 79 dos autos;
2. em 26/07/00, a supervisora da Inspetoria de Brotas, a auditora fiscal Roquelina de Jesus, exarou o seguinte despacho: *“Intimar o contribuinte para apresentar a DMA ou DME de 1998 tendo em vista que a opção no SimBahia só se efetiva com base na apresentação regulamentar da DMA/DME do período anterior ao pedido, e informar dados completos da empresa”* (fl. 80);
3. em 25/08/00, a empresa apresentou os dados completos de todos os estabelecimentos, juntamente com as DMAs referentes ao exercício de 1998, as quais já haviam sido entregues desde 20/04/99 (fls. 81 a 85);
4. em 16/10/00, a mencionada supervisora da Inspetoria de Brotas apresentou o seguinte Parecer (fl. 88): *“O processo acima refere-se a pedido de enquadramento no SimBahia a partir de janeiro de 1999 sob a alegação de ter feito a opção em 02 de fevereiro de 1999, através protocolo 696.149/99 e não constar no arquivo da SEFAZ. Às fls. 02, consta cópia da opção na data de 02 de fevereiro de 1999 e às fls. 05 e 06, cópias das DMA de 1998, sendo a primeira retificadora de 15 de junho de 1999 e a segunda de 20 de abril de 1999. Tendo em vista que o pedido de enquadramento no SimBahia para o ano de 1999 teve como base a DMA de 1998 e estando provado que esta foi entregue após seu pedido de enquadramento, a sua inclusão no SimBahia não ocorreu pela falta de entrega da DMA de 1998 no prazo regulamentar. Ante ao exposto, opino pelo INDEFERIMENTO do pedido, devendo o Contribuinte manter a escrituração e recolhimento do ICMS na condição de normal, como encontra-se devidamente cadastrado. É o que tenho a informar, s.m.j.v.”*;

5. em 16/10/00, o inspetor da INFAZ/BROTAS, acompanhando o Parecer da supervisora, indeferiu o pleito do contribuinte (fl. 89), “em vista da não apresentação da DMA de 1998 no prazo regulamentar”.

O RICMS/97 estabelece as seguintes regras para o enquadramento de contribuintes no regime simplificado de apuração do ICMS :

*Art. 397-A. O contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário instituído pelo SimBahia deverá formalizar opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, **ou em qualquer outro momento**, desde que se enquadre nas condições e limites fixados no art. 384-A. (grifos meus)*

*§ 1º No ato da formalização do pedido de enquadramento no SimBahia, o interessado deverá apresentar a DMA ou a DME, conforme o caso, relativa ao movimento do exercício anterior, **caso ainda não tenha apresentado**. (grifos meus)*

Art. 401-A. No caso de contribuinte já inscrito no cadastro estadual que venha a optar pelo enquadramento no regime de tributação do SimBahia na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, dispensa-se a reapresentação dos documentos de que cuida o artigo anterior, sendo bastante a protocolização de declaração em que formalize a sua opção.

Ressalto que os documentos a que se refere o artigo 401-A, previstos no artigo 400, do RICMS/97 e são os seguintes: fotocópias do contrato de locação, do contrato social, da cédula de identidade, do comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) dos sócios, do comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) e do mapa de localização do estabelecimento, os quais são dispensados de apresentação, na hipótese de o contribuinte, já inscrito na condição de “normal”, desejar alterar o seu enquadramento para microempresa ou empresa de pequeno porte, porque já constam em seu dossiê na Secretaria da Fazenda.

Em resumo, restou comprovado que o contribuinte entregou a DMA referente ao exercício de 1998 (consolidada) em 20 de abril de 1999 e, em 15 de junho de 1999, apresentou uma DMA retificadora referente ao aludido exercício de 1998 (fls. 186 e 187), após a data, portanto, em que requereu seu enquadramento no SimBahia (02 de fevereiro de 1999). Assim, não há dúvida de que, até o dia 19 de abril de 1999, a repartição fazendária poderia perfeitamente ter indeferido o pedido de enquadramento do autuado no regime simplificado de apuração do ICMS, pois a petição não havia sido instruída com o documento previsto na legislação (a DMA do exercício anterior).

Entretanto, a partir da entrega da DMA, em 20 de abril de 1999, entendo que a repartição fazendária não mais poderia indeferir o pleito do autuado, haja vista que as duas condições previstas no RICMS/97 para o enquadramento no SimBahia já haviam sido cumpridas, quais sejam:

- a) a formalização da opção pelo enquadramento no SimBahia;
- b) a apresentação da DMA relativa ao movimento do exercício anterior que, no caso, foi o ano de 1998.

Se a DMA foi apresentada fora do prazo regulamentar, caberia à autoridade fazendária encetar a necessária ação fiscal para exigir uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória, porém tal irregularidade formal jamais poderia ser motivo para o indeferimento do pedido de enquadramento no SimBahia em 16 de outubro de 2000, como se observa na situação em análise. Observo que o enquadramento no regime simplificado do ICMS não se constitui em ato discricionário da autoridade fazendária, mas representa um ato vinculado à lei e às condições nela previstas. Dessa forma, se o contribuinte cumpriu todos os requisitos previstos na legislação, ele tinha o direito subjetivo de ser enquadrado no regime do SimBahia a partir da data

em que todas as condições foram implementadas, isto é, a partir de 20 de abril de 1999, com a apresentação, pelo autuado, da DMA referente ao exercício de 1998.

Observo que, ainda que não fosse possível o enquadramento do sujeito passivo no próprio exercício de 1999, certamente o seria no ano de 2000 e, assim, não há que se falar em exigência de ICMS pelo regime normal de apuração, como foi feito neste lançamento, a partir de novembro de 2000 até janeiro de 2003.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, para julgar IMPROCEDENTE a infração 1 deste Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS