

PROCESSO - A. I. Nº 2993140016/02-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - M & F COMERCIAL LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0458-11/06

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com base no artigo 119, II, §1º c/c artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja reduzido o débito referente à infração 1 do lançamento, por ter ficado comprovado que, ainda que a receita bruta do contribuinte no exercício de 1998 tenha sido superior ao limite máximo para enquadramento como microempresa, ele poderia ainda ser enquadrado em outra faixa de tributação (empresa de pequeno porte), considerando que, pela projeção realizada pela fiscalização, a receita encontrada foi de R\$125.456,23 (artigo 384-A, § 2º, do RICMS/97). Descabido o desenquadramento do contribuinte do SimBahia, no caso. 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 da Legalidade exercido por aquele órgão, conforme previsto no artigo 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02, com a redação introduzida pela Lei Complementar nº 19/03, propondo que seja declarada a redução do débito relativo à infração 1 e a manutenção da infração 2 deste Auto de infração, o qual foi lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$373.605,12, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto no cálculo da receita bruta ajustada, na condição de empresa de pequeno porte, nos exercícios de 1998 a 2000, sendo desenquadrado do SimBahia, na forma prevista no artigo 406, incisos IV e VII, do RICMS/BA;
2. Exigência de multa, no montante de R\$370,00, por falta de entrega dos livros Caixa e Registro de Inventário e de 932 notas fiscais de saídas.

A Decisão de Primeira Instância julgou o lançamento procedente (Acórdão JJF nº 0102-02/03), deliberação mantida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0264-11/03).

O autuado pediu a intervenção da PGE/PROFIS, no controle da legalidade, argumentando que havia equívocos no levantamento fiscal. O Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho enviou o PAF à Assessoria Técnica da PGE/PROFIS (ASTEC/PROFIS) para analisar as alegações defensivas e o auditor fiscal, Ricardo Carvalho Rego, concluiu que “não existem as hipóteses de vício insanável ou de ilegalidade flagrante, que justifiquem uma representação”.

A Dra. Leila Von Sönsten Ramalho enviou novamente o PAF à Inspetoria de origem e o auditor fiscal, Marco Aurélio Dutra de Rezende, informou que, depois de computadas as Notas Fiscais de saídas série D-1 n^{os} 619 a 650 e as Notas Fiscais de Pequena Empresa n^{os} 251 a 1000 e 1751 a 1800 (não entregues anteriormente ao autuante), o débito da infração 1 deveria ser elevado para R\$398.184,24, com o ICMS calculado à alíquota de 17%, após a dedução dos créditos das notas fiscais de entradas. Sugeriu que se cobrasse a diferença constatada em nova ação fiscal.

O autuado se mostrou inconformado com a diligência realizada e requereu que a PGE/PROFIS enviasse Representação a este CONSEF. A Dra. Ana Carolina Moreira opinou pelo indeferimento do pleito do contribuinte.

O autuado veio aos autos em mais duas oportunidades (fls. 444, 445 e 460 a 463). Na primeira, trouxe cópia do Acórdão CJF nº 0252-12/04, exarado em Auto de infração lavrado contra seu estabelecimento, demonstrando que houve redução do débito naquele lançamento. Argumentou, na segunda oportunidade, que a diligência realizada pelo estranho ao feito mostrou-se equivocada, pois limitou-se a apurar o ICMS pelo regime normal, em todo o período fiscalizado, quando deveria fazê-lo apenas a partir de outubro de 2000. Pediu a renovação da diligência fiscal para apurar o valor do débito pelo regime do SimBahia.

A Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, mais uma vez, determinou o envio dos autos à Inspetoria de origem para que se informasse “a partir de quando a receita bruta acumulada do contribuinte ultrapassou os limites estabelecidos, na legislação da época, para enquadramento no SimBahia” (fls. 547 a 549).

O mesmo diligente se pronunciou (fls. 551 e 552) aduzindo que o contribuinte estava enquadrado, no exercício de 1998, na condição de normal e, conforme informações prestadas pelo próprio autuado (fls. 301 e 302), o valor da receita bruta ajustada no período de setembro a dezembro de 1998 seria de R\$41.818,74, de acordo com a planilha que elaborou. Prosseguiu dizendo que *“projetando-se esse valor para o exercício de 1998 poder-se-ia chegar ao valor de Receita Bruta Ajustada do ano de 1998, que importa em R\$125.456,23”, “valor este superior ao limite máximo estabelecido à época para enquadramento (R\$120.000,00/ano) como microempresa no SIMBAHIA, a partir de janeiro de 1999”*.

Concluiu dizendo que o contribuinte pleiteou a sua inclusão no SimBahia com base em informações falsas ou inexatas, razão pela qual foi desenquadrado do regime simplificado (artigo 408-L, inciso II, do RICMS/97) e o tributo foi calculado pelos critérios normais de apuração. Confirmou o resultado da diligência anteriormente realizada por ele.

Com base na diligência acima relatada, a Dra. Leila Von Söhsten Ramalho opinou pelo indeferimento do pedido do autuado, de representação ao CONSEF, entendendo inexistirem, na ação fiscal, vício insanável ou ilegalidade flagrante (fls. 554 e 555).

Após nova manifestação de inconformismo do sujeito passivo (fls. 557 a 560), o Dr. Jamil Cabús Neto enviou o PAF à Assessoria Técnica da PROFIS *“para apurar a receita bruta ajustada até setembro de 2000, bem como o valor pelo regime normal de apuração a partir de outubro de 2000”*.

O autuado se manifestou (fls. 571 e 572) apresentando alguns documentos para *“provar que a empresa somente a partir de outubro de 2000 poderia ser desenquadrada do SimBahia, pois até o citado período de apuração sua receita bruta lhe permitia gozar do citado regime de apuração”*.

Finalmente, foi exarado o Parecer PROFIS/ASTEC/CSL nº 014/06, de autoria do auditor fiscal César de Souza Lopes (fls. 584 a 594), apresentando o seguinte resultado:

1. com base nas planilhas elaboradas, chegou à conclusão que, *“no curso da fiscalização realizada em dezembro/2002 não poderia o i. auditor efetuar o desenquadramento retroativo a janeiro de 1999”*;
2. seguindo esse raciocínio, informou que, somente a partir de outubro de 2000, é que o contribuinte auferiu receitas superiores à última faixa do regime do SimBahia, sendo automaticamente desenquadrado do regime simplificado de apuração do ICMS;
3. no exercício de 1998 o autuado era inscrito na condição de normal e o imposto deve, portanto, ser calculado pelos critérios normais de apuração;
4. de janeiro de 1999 a outubro de 2000, o imposto deve ser calculado verificando a repercussão no regime do SimBahia.

O Procurador Chefe da PGE/PROFIS, Dr. Jamil Cabús Neto, representou, então, a este CONSEF (fls. 600 a 603) para que seja julgado procedente em parte a infração 1 deste lançamento, reduzindo-se o débito para R\$72.214,00, em conformidade com as planilhas elaboradas pelo diligente e acostadas às fls. 586 a 590, mantendo-se, entretanto, o débito concernente à infração 2 da autuação.

Em seu despacho, o ilustre Procurador Chefe ressalta que a análise da matéria em discussão deve partir da premissa de que a Constituição Federal estabeleceu, como princípio de ordem tributária, o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, além de ter inserido o princípio da capacidade contributiva, estabelecendo que os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Acrescenta que, no caso em exame, o autuante procedeu ao desenquadramento do autuado e, ato contínuo, exigiu o ICMS pelo regime normal de apuração, não havendo nenhum ato anterior da Administração Tributária notificando o contribuinte de sua exclusão do SimBahia. Salaria que tal procedimento vem sendo afastado em reiteradas decisões do Poder Judiciário, sob o fundamento de que, pelo princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, é necessário dar ciência ao interessado de eventual “penalidade” imposta pela administração pública.

Prossegue dizendo que, em sede de controle de legalidade, o autuado apresentou documentos que comprovam que, no período de janeiro de 1999 a outubro de 2000, obteve receita que lhe permitia se submeter ao regime simplificado de tributação (SimBahia) e somente a partir de novembro de 2000 é que deve ser tributado pelo regime normal, tudo conforme as planilhas elaboradas pelo diligente da ASTEC/PROFIS.

Conclui a Representação, aduzindo que houve flagrante ilegalidade no presente Auto de infração, tendo em vista que foi aplicada uma penalidade mais rigorosa (desenquadramento), quando teria sido possível impor um gravame menor (cobrança da diferença de imposto pela faixa aplicável).

VOTO

Trata-se de Auto de infração lavrado para exigir o ICMS em decorrência de duas infrações, sendo que a presente Representação tem como objeto apenas o débito lançado na infração 1, a qual se refere à exigência de ICMS em razão do desenquadramento do autuado que foi realizado pelo autuante por ter considerado que o contribuinte apresentou declarações falsas para se enquadrar no SimBahia.

Do exame dos autos, verifico que o autuante não esclareceu porque realizou o desenquadramento retroativo do contribuinte do regime do SimBahia, dizendo apenas, em sua informação fiscal (fls. 224 a 226), que “a Secretaria da Fazenda não foi comunicada da real evolução das vendas efetuadas mensalmente, implicando num recolhimento mensal de ICMS abaixo do devido pelo Contribuinte”.

O diligente da ASTEC/PROFIS (fls. 381 a 389) informou que foi calculado o *quantum debeatur* pelo regime normal, porque o autuante havia constatado que o enquadramento do contribuinte no SimBahia não era coerente com o montante de “compras, vendas, receita bruta, receita bruta ajustada etc” e o próprio autuado havia reconhecido, em sua peça defensiva, que não haviam sido incluídas todas as notas fiscais no cálculo do imposto.

Já o diligente lotado na Inspeção de Camaçari (fls. 551 e 552) calculou a receita bruta ajustada nos meses de setembro a dezembro de 1998 (quando o contribuinte ainda era inscrito na condição de normal) e projetou o total encontrado (R\$41.818,74) para todo o exercício de 1998, apurando o valor de R\$125.456,23, superior ao limite máximo estabelecido à época na legislação para enquadramento como microempresa (R\$120.000,00). Em razão disso, concluiu que, desde o início, o autuado não poderia ter pleiteado o seu enquadramento no SimBahia e, ao se utilizar de informações falsas, estava sujeito ao desenquadramento do regime simplificado, acrescido do

fato de que o autuado deixou de exhibir, ao Fisco, as notas fiscais de entradas e saídas para a devida conferência.

Entendo que, pelo fato de o contribuinte ter deixado de apresentar as notas fiscais de entradas e de saídas, o autuante poderia ter realizado um arbitramento da base de cálculo do imposto, desde que a falta de entrega dos documentos fiscais fosse em tal volume que inviabilizasse a fiscalização do estabelecimento. Nesse caso, o arbitramento seguiria as normas legais, sendo possível a aplicação da alíquota de 17% e a dedução dos créditos relativos às notas fiscais de entradas de mercadorias.

Na presente situação, todavia, o preposto fiscal decidiu desenquadrar o contribuinte, realizando uma estimativa de qual teria sido sua receita bruta acumulada no exercício de 1998 sem que tenha havido nenhuma notificação formal para que o sujeito passivo pudesse apresentar as suas justificativas, caso realmente existissem motivos para o desenquadramento do SimBahia. Houve, obviamente, um cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, portanto, não se pode considerar válido o procedimento fiscal.

Vale ressaltar que, ainda que a receita bruta do contribuinte no exercício de 1998 tenha sido superior ao limite máximo para enquadramento como microempresa, ele poderia ainda ser enquadrado em outra faixa de tributação (empresa de pequeno porte), considerando que, pela projeção realizada pela fiscalização, a receita encontrada foi de R\$125.456,23 (artigo 384-A, § 2º, do RICMS/97).

Em conclusão, só posso concordar com o entendimento do Procurador Geral da PGE/PROFIS, de que o cálculo do ICMS, na presente lide, deve ser feito pelo regime simplificado do SimBahia, no período de janeiro de 1999 a outubro de 2000, e pelo regime normal de apuração, a partir de novembro de 2000, quando o contribuinte efetivamente auferiu receitas superiores à faixa máxima prevista na legislação para enquadramento no SimBahia.

Quanto ao exercício de 1998, não há que se falar em apuração do imposto pelo regime do SimBahia, uma vez que o contribuinte se encontrava inscrito na condição de contribuinte normal, devendo ser calculado o ICMS pelos critérios normais de apuração.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para reduzir o débito da infração 1 para R\$72.214,00, acatando o resultado da diligência realizada pela ASTEC/PROFIS (fls. 586 a 590).

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, 05 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS