

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0009/05-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NATULAB LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA. (TAM FARMA
LABORATÓRIO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0385-05/06
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 22/05/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0179-12/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. DESENQUADRAMENTO DO REGIME. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Levantamento fiscal efetuado sem observância dos critérios legais próprios para o desenquadramento do sujeito passivo tributário do regime do SimBahia. Infração insubstancial. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma proferida que julgou Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise da infração 1, assim descrita:

1. Recolhimento a menos do imposto ICMS por erro na apuração dos seus valores. O autuante consignou que a empresa, enquadrada no regime SimBahia, perdeu a adoção do tratamento tributário previsto neste regime, conforme determina o art. 408-L, V, VI e VII combinado com os art. 408-P e art. 408-S, todos do RICMS/97, tendo em vista terem sido detectadas as seguintes infrações: 1 - saldo credor do caixa (exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004); 2 - ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição e não recolhido (exercícios de 2002, 2003 e 2004); 3 - falta de apresentação dos documentos fiscais de saídas (exercício de 2000 e parte de 2001); 4 - apresentou declarações inexatas ou falsas na DME relativamente às entradas e saídas de mercadorias e serviços (exercícios de 2003 e 2004). Adicionalmente, foi informado de que o contribuinte também excedeu a receita bruta ajustada em 20% nos exercícios de 2003 e 2004, conforme determinado no art. 383-A, § 5º e art. 405-A, II, “b”, do RICMS/97. Imposto exigido nos exercícios de 2000 a 2004 – R\$255.155,06;

O autuado, no que se refere ao mérito da infração 1, com base na informação do autuante de que a empresa prestou declarações inexatas ou falsas através das DMEs, nos exercícios 2003 e 2004, alegou que os arquivos magnéticos apresentados ao fisco atestavam a veracidade delas. Além do mais, aduziu que diferenças em relação às informações constantes nos livros fiscais e DME não possuíam o condão de descharacterizar o cumprimento da obrigação acessória que se exaure com o fornecimento do arquivo magnético, sem prejuízo do fato de que, após este envio, em relação ao suposto saldo credor de caixa nos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004, esclareceu que embora tenha sido constituída em 30/03/1998, somente começou a operar a partir do segundo semestre de 2000, já que por se tratar de laboratório farmacêutico, existem procedimentos legais junto ao órgão fiscalizador do setor (ANVISA). Informou que iniciou suas atividades com um capital familiar de R\$10.000,00, o suficiente para operar com no máximo dois produtos, sendo que somente no segundo semestre de 2000 foi produzido um único produto e o segundo aprovado no exercício de 2001. Atuando em um mercado extremamente competitivo, teve de realizar investimentos para o exercício de 2003, quando veio a aderir ao programa DESENVOLVE e obter Recursos de parceiros que passaram a financiar a compra das matérias primas para produção de lotes piloto (lotes para testes da ANVISA), e arcar com as despesas de registro no órgão competente. Além destes problemas, outros se apresentaram como aqueles de ordem judicial em

relação a concorrentes de produtos similares (documento anexado aos autos), bem como foi obrigado pelo órgão fiscalizador a eliminar vários lotes produzidos que foram aprovados mais ainda não havia sido publicado em diário oficial como a legislação determina. Com esta situação, mais uma vez e em 2004, buscou mais parceiros para investimentos, o que veio acontecer com o ingresso de três novos investidores de nacionalidade italiana, através de um acordo preliminar de cotas (Anexo V), com ingresso de valores ao cambio da época (Anexo VI). Desta forma, promoveu alteração contratual com os ingressos de recursos internacionais dos investidores e consequentemente aumentou seu Capital Social (Anexo VII). Ademais, estava autorizado a utilizar o DESENVOLVE, que somente passou a fazê-lo a partir do exercício de 2005.

Prosseguindo na sua argumentação, entendeu não ter havido qualquer irregularidade que pudesse desenquadrá-lo do SimBahia, inclusive ao arrepio do art. 97, do CTN, que transcreveu. Assim a aplicação de alíquota e base de cálculo conforme apurados caia por terra e, na pior das hipóteses, o imposto somente poderia ser calculado com fulcro no SimBahia. Requeru a nulidade ou a improcedência deste item da autuação.

O autuante contra arrazoou as alegações de defesa (fls. 775/776), apresentando as seguintes considerações:

- em relação ao mérito, entendeu que o impugnante não havia apresentado qualquer dado objetivo.

Pugnou pela total Procedência da autuação.

O autuado apresentou a esta Secretaria da Fazenda (fls. 780/784), em 24/03/2006, aditamento à sua defesa inicial, apresentando alguns aspectos que considerou relevante para apreciação.

Abordando o mérito da infração 1, disse que os levantamentos elaborados pelo fiscal autuante apresentavam graves erros técnicos. O autuante acusou a empresa de ter apresentado saldo credor de caixa nos exercícios de 2000 a 2004, entretanto, para apurá-lo, excluiu todos os lançamentos a débito referente às receitas de vendas auferidas conforme provava a planilha por ele elaborada e intitulada "Demonstrativos de Constituição de Caixa".

Como terceiro ponto, afirmou que quando do cálculo do imposto apurado não houve a concessão do crédito presumido de 9% sobre o total das entradas no período, conforme estabelece o art. 408 do RICMS/BA.

Em quarto lugar e até 2004, não havia ultrapassado sua receita bruta ajustada em 20%. E, mesmo que ao longo do ano de 2004 tenha ultrapassado este limite, solicitou em 2005 o seu desenquadramento do Simbahia. Além deste fato, o autuante não apresentou qualquer demonstrativo a respeito de sua afirmativa, o que, no seu entendimento e mais uma vez, se constitui, no mínimo, cerceamento de defesa.

Afora de que não poderia concordar com a afirmativa de que havia prestado informações falsas na DME e que extraviou parte dos documentos de saídas de 2000 e 2001, pois em nenhum momento o autuante indicou quais informações teriam sido falsas. Mais uma vez alegou cerceamento de defesa. Quanto à documentação de 2000 e 2001, lembrou que já tinha sido fiscalizado nesses períodos por outro auditor fiscal, inclusive sido lavrado o Auto de Infração nº 110429.0009/03-5.

Requeru a improcedência da infração 1.

Esta 5ª JJF encaminhou o processo à Inspetoria de Santo Antônio de Jesus para que o autuado tomasse conhecimento de todos os levantamentos produzidos pelo preposto fiscal. Nesta oportunidade deveria lhe ser fornecido cópias dos mesmos, contra recibo, e que lhe fosse informado da abertura de seu prazo de defesa para que, querendo, se manifestasse (fl. 786).

Em 12/05/2006 (fl. 789) o autuado recebe intimação objetivando conhecer os levantamentos produzidos pelo autuante. Nesta intimação a Repartição Fiscal informou que as cópias dos

mesmos seriam entregues ao contribuinte quando ele se apresentasse. Reabriu prazo de defesa de 30 dias a contar da data de recebimento da intimação. Neste mesmo dia, o autuado manifestou-se (fls. 792/798), repisando, quanto ao mérito da infração 1, todos os seus argumentos já anteriormente expostos.

Em 19/6/2006 foi expedida nova intimação para o cumprimento da solicitação deste Colegiado. Nesta intimação (fl. 790) foi reaberto prazo de defesa de trinta dias e encaminhado, conjuntamente, documentos e levantamentos fiscais relativos à infração 1, conforme se observa no Recibo de Entrega de Documentos, assinado pelo sócio da empresa e apensado aos autos à fl. 791. O contribuinte não se manifestou. Em 9/8/2006 o processo foi encaminhado à este CONSEF.

Através do Acórdão JJF n.º 0385-05/06, decidiu o *a quo* pela procedência parcial do Auto de Infração, asseverando, quanto à infração 1, que:

- a) “Ao analisar a forma como foi conduzida a fiscalização, entendo que houve equívoco do autuante. É verdade que a legislação tributária estadual determina que, em se apurando irregularidades cometidas por empresas enquadradas no benefício do SimBahia, ela pode ser desenquadrada deste regime”, à luz do art. 406-A, do RICMS/97, cujo teor transcreveu;
- b) ressaltou, todavia, que “para este desenquadramento é necessário que o fisco realize uma série de procedimentos antes de autuar, uma vez que: 1. o art. 407-A do citado Regulamento determina: Ao ser requerida pelo sujeito passivo ou ao ser determinada de ofício a sua exclusão, o contribuinte poderá optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar as providências que se fizerem necessárias para permanecer na categoria anteriormente adotada, quando admissível, desde que sejam preenchidos os requisitos regulamentares. 2. o art. 408-A também impõe: A desabilitação da inscrição cadastral de microempresa, empresa de pequeno porte e ambulante, em decorrência de pedido de baixa ou de inaptidão de ofício, dar-se-á na forma dos arts. 165 a 173”;
- c) “Assim, através de ação fiscal ao ser detectado saldo credor de caixa (quando deveria ser exigido o imposto apurado pela alíquota de 17% e concedido o crédito de 8% sobre o ICMS que deixou de ser recolhido, não havendo, nesta situação, de per si, o desenquadramento da empresa no regime do SimBahia e a acusação é *jurus tantum*), a falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária e não recolhido, declarações falsas nas DME e a comprovação de que a receita bruta ajustada do contribuinte não era mais condizente com a sua condição de micro ou pequena empresa, a autoridade competente deveria desenquadralo do referido regime, com base nas normas legais vigentes e exigir o imposto. Caso o contribuinte se omitisse, após cientificado da situação, aí sim, o Auto de Infração deveria ser lavrado, sendo o imposto apurado pelo regime normal de apuração”;
- d) observou, ainda, que “analisando as aquisições de mercadorias constantes na DME de 2003 (fl. 251) com o levantamento efetuado pelo autuante (fls. 52/63), observo que os valores são bastantes divergentes. No entanto não consta dos autos a prova material desta divergência, ou seja, os documentos fiscais que na DME não foram lançados. Além do mais, não ficou demonstrado, nos autos, de que a empresa tenha ultrapassado os limites de receita para seu desenquadramento do SimBahia”;
- e) “Diante do exposto, não vejo necessidade de abordar os erros que o autuado afirmou que o preposto fiscal cometeu para apuração do saldo credor de caixa, de que não prestou declarações inexatas através das DME, ou mesmo de que não ultrapassou os limites de faturamento em todos os exercícios apurados, pois, neste momento, a infração não pode ser mantida”;

Por ter havido exoneração do débito 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000, a 5ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância.

Isso porque ao apurar a falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária e não recolhido, declarações falsas nas DME e a comprovação de que a receita bruta ajustada do contribuinte não era mais condizente com a sua condição de micro ou pequena empresa, deveria a autoridade competente, *ab initio*, ter desenquadrado o contribuinte do referido regime, à luz das normas legais vigentes para exigir o imposto, respeitando-se, desta forma, o princípio do devido processo legal, albergado em sede constitucional. Na hipótese de o contribuinte se omitir, após cientificado da situação, seria possível a lavratura do Auto de Infração, devendo o imposto ser apurado pelo seu regime normal.

Ademais, analisando as aquisições de mercadorias constantes na DME de 2003 (fl. 251) com o levantamento efetuado pelo autuante (fls. 52/63), cura salientar que os valores ali consignados são bastantes divergentes, inexistindo nos autos a prova material desta divergência, ou seja, os documentos fiscais que na DME não foram lançados, sem prejuízo do fato de que não ficou demonstrado, nos autos, que a empresa tenha ultrapassado os limites de receita para seu desenquadramento do SimBahia.

Destarte, com espeque nas razões de decidir constantes da Decisão recorrida, as quais invoco como se aqui estivessem literalmente transcritas, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício. Recomendo à autoridade competente a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269141.0009/05-1, lavrado contra NATULAB LABORATÓRIO FRAMACÊUTICO LTDA. (TAM FARMA LABORATÓRIO), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$30.234,43, acrescido das multas de 150% sobre R\$13.962,85 e 60% sobre R\$16.271,58, previstas no art. 42, V, “a”, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO - REPR. PGE/PROFIS