

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0014/06-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NASSAL QUÍMICA DO NORDESTE LTDA. (NASSAL TINTAS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 19/07/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0248-12/07

EMENTA: ICMS. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO DO REGIME DO SIMBAHIA. IMPROCEDÊNCIA DO SEGUNDO ITEM DA AUTUAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL. Representação proposta de acordo com o art. 114, II, § 1º do RPAF/99, em razão de o autuante haver desenquadrado o contribuinte, de ofício, do regime do SimBahia, sem a observância do devido processo legal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta nos termos do art. 114, II, § 1º, do RPAF/99, para que seja o 2º item do Auto de Infração em epígrafe julgado improcedente.

O Auto de Infração foi lavrado em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada através de saldo credor de caixa. Fatos ocorridos no período de novembro de 2003 a dezembro de 2005.
2. Recolhimento a menos de ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia). Fatos ocorridos no período de novembro de 2003 a dezembro de 2005.

Consta na descrição dos fatos referentes ao item 2º que: *“Tendo sido constatada a existência de saldos credores, conforme descrito na infração 01, as operações realizadas pelo contribuinte, no período das ocorrências, foram submetidos ao regime normal de apuração do ICMS, por ser tal infração considerada de natureza grave, de acordo com o art. 408-L, V, do RICMS/97 e na forma do art. 408-S do RICMS/97, onde ficou constatado o recolhimento a menor, conforme demonstrativos anexos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.”*

O recorrido apresentou defesa, a qual foi arquivada por ter sido considerada intempestiva. O arquivamento da defesa foi impugnado, porém a impugnação não foi conhecida.

Com fulcro no art. 119, § 1º, do COTEB, o recorrido apresentou pedido de controle da legalidade, fls. 2280 a 2287, solicitando que a PGE/PROFIS representasse ao CONSEF, para que fosse decretada a improcedência da autuação. Preliminarmente, alegou que estava sendo cobrado ICMS em duplicidade, o que demonstrava falta de segurança na determinação do valor devido. No mérito, afirmou que o valor cobrado no item 1º do Auto de Infração estava equivocado, pois não foram considerados outros ingressos de recursos na empresa. Quanto ao item 2º, alegou que no seu desenquadrado do SimBahia não foi observado o devido processo legal.

Em Parecer às fls. 2291 a 2296, as doutoras Sylvia Amoedo e Paula Gonçalves Morris, procuradoras do estado, inicialmente, afirmam que o Auto de Infração não contém irregularidade formal, ao passo que foi correto o procedimento do autuante quanto ao item 1º do lançamento.

Prosseguindo, as ilustres procuradoras sustentam que, no entanto, a exigência fiscal não procede quanto ao item 2º do Auto de Infração. Argumentam que o autuante, de ofício, desenquadrado o autuado da condição de empresa de pequeno porte e, em seguida, tributou uma receita não omitida e já tributada de acordo com o regime do SimBahia. Afirmam que a manutenção desse item 2º acarretará *bis in idem*, pois se estará tributando uma receita que já foi tributada pelo ICMS. Dizem que, além disso, o desenquadramento foi efetuado sem autorização e sem a observância

do devido processo legal. Transcrevem trechos dos Acórdãos JJF Nº 0282-03/06 e CJF Nº 0060-12/07, os quais tratam de situações idênticas a que se encontra em apreciação.

Ao concluírem o Parecer, as procuradoras afirmam que, em relação ao 2º item do lançamento, está presente a hipótese de ilegalidade flagrante prevista no art. 114 do RPAF/99. Dessa forma, propõem Representação ao CONSEF, *“a fim de que se proceda ao julgamento pela procedência parcial do presente Auto de Infração, e seja decretado improcedente o item 02 da ação fiscal.”*

Em despacho às fls. 2297 e 2298, o doutor José Augusto Martins Júnior, procurador do estado, acolheu a representação relatada acima.

VOTO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, propondo que este CONSEF declare improcedente o item 2º do Auto de Infração, por entender que a manutenção desse item do lançamento implicaria *bis in idem*, bem como em um desenquadramento de ofício efetuado sem a observância do princípio do devido processo legal.

No item 1º do Auto de Infração, foi lançado ICMS referente a saldo credor de conta Caixa, tendo sido o imposto apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, deduzindo-se o crédito equivalente a 8%, todo conforme o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. O período abarcado por essa irregularidade vai de novembro de 2003 a dezembro de 2005.

Considerando a gravidade do ilícito fiscal constante no item 1º, o autuante solicitou ao inspetor fazendário a “[...] *autorização para a exigência do imposto que seria devido sem o Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), ou seja, pelo regime normal, referente às operações realizadas no período de 01/01/2003 a 31/12/2005[...]*”. Conforme consta à fl. 14, essa solicitação foi autorizada pelo inspetor.

Tendo em vista a autorização do inspetor fazendário, o autuante apurou o imposto cobrado no item 2º do Auto de Infração (fl. 16), utilizando como base de cálculo as receitas obtidas pelo recorrido a título de vendas mensais.

Conforme bem salientado pelas ilustres procuradoras, não há reparo a fazer no item 1º do lançamento.

Quanto ao item 2º, o desenquadramento do recorrido do regime do SIMBAHIA efetivamente não obedeceu ao princípio do devido processo legal, pois não foi dada ao contribuinte a oportunidade de se defender. Além disso, o fato de ter o recorrido cometido uma infração de natureza grave (item 1º do lançamento) não é razão, por si só, para o desenquadramento do regime do SIMBAHIA, uma vez que a legislação tributária estadual prevê que nessa situação o imposto seja apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis ao regime normal.

Ademais, ao examinar o demonstrativo de fl. 16, constata-se também que a apuração do ICMS pelo regime normal, merece correção, pois nesse regime não há previsão legal para que se utilize a título de crédito fiscal o percentual de 8% do valor das operações realizadas.

Em face do acima comentado, a Representação da PGE/PROFIS merece ser acolhida e, em consequência, o item 2º do Auto de Infração deve ser declarado improcedente, mantendo inalterado o item 1º.

Voto, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação interposta, para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, declarando a improcedência do item 2º.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALLI BAHIA – REPR. PGE/PROFIS