

PROCESSO	- A. I. Nº 093310.0108/07-9
RECORRENTE	- DANTAS CHAVES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (TWO ORIGINAL T SHIRT)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0375-01/07
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 30/07/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0241-11/08

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Existência de vício formal que inquia de nulidade o lançamento de ofício. No entanto, a teor do Parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, a nulidade não será declarada, pois do exame do mérito da exigência fiscal constata-se sua insubstância por contrariar a regra do art. 405-S do RICMS/A, que exige o prévio desenquadramento do contribuinte. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0375-01/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigráfico, lavrado para imputar ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahi-a) nos meses de dezembro de 2005, janeiro a março de 2006.

Em Primeira Instância, o julgamento pela Procedência da autuação apresentou os seguintes fundamentos:

- I. que observando o que determina o inciso IV, parágrafo único do art. 386-A, vigente de 01/09/05 a 30/06/07, portanto dentro do período das infrações apontadas, e os limites de até R\$360.000,00 para Microempresa, previstos no inciso V do art. 386-A, vigente à época, constata-se que o autuado ultrapassou os limites da Receita Bruta Acumulada para manutenção de sua condição como Microempresa em dezembro de 2005, quando, neste mês, acumulou a aludida receita em R\$541.347,09, conforme demonstra os levantamentos acostados aos autos às fls. 07 e 08;
- II. que, neste sentido, caberia ao autuado informar à Secretaria da Fazenda os valores de entradas e serviços tomados e do faturamento obtidos no exercício, para efeito de determinação de novo valor mensal devido, até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurou o fato determinante da alteração, conforme dispositivo regulamentar já mencionado;
- III. que, no entanto, essa providência não foi implementada pelo autuado, impedindo que a Fazenda Estadual, conhecesse, em tempo, os dados necessários para determinar o seu reenquadramento e, assim, não tendo atendido a aludida disposição regulamentar, não cabe ao autuado o tratamento ali disposto quanto ao seu reenquadramento, que deve ocorrer após a comunicação do autuado da ultrapassagem dos mencionados limites;
- IV. que as condições e procedimentos para o reenquadramento constante do IV, parágrafo único do art. 386-A, só podem ser aplicadas a quem atender aos seus pré-requisitos, sendo as

sim, cabe a exigência do imposto na condição de EPP, a partir de dezembro de 2005, mês que houve a ultrapassagem do limite de Microempresa.

Irresignado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário - fls. 51 a 54 – onde requer a reforma do Julgado, argumentando que a partir de 01/09/2005 encontrava-se na condição de Microempresa, com base no art. 384-A, com redação dada pela Alteração nº64 ao RICMS (efeitos de 01/09/05 a 30/06/07), que determinava a condição de ME para o contribuinte cuja receita bruta do ano anterior fosse igual ou inferior a R\$360.000,00.

Informa que no período de apuração de 31/12/2005 a empresa de fato teve um incremento significativo em sua receita, fato devidamente informado na sua Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte– DME, transmitida em 02/03/2006, já anexada aos autos. Alega, assim, que tendo em vista a receita bruta anual informada, o recorrente foi enquadrada de ofício no Regime SimBahia, migrando de ME para EPP, conforme ofício expedido pela própria Secretaria da Fazenda, com efeitos a partir de 1º/04/2006, expressamente indicado no referido documento, quando então passou a recolher regularmente o tributo nos novos parâmetros, conforme documento também já acostado aos autos (fls. 40).

Aduz, então, que foi surpreendida com a autuação mediante a apuração do ICMS, já na condição de EPP, no período de dezembro de 2005 a março de 2006, não tendo a Fiscalização observado o prazo legal para seu reenquadramento de ofício.

Aduz, ainda, que com base no art. 384-A, §9, o reenquadramento de ofício seria a partir da entrega da DME, com vigência a partir do mês subsequente ao prazo de entrega da DME, e neste sentido a empresa foi intimada do reenquadramento com vigência a partir de 1º/04/2006.

Alega que o parágrafo único, inciso IV do art. 386-A, citado pela JJF como base para manter a autuação, determina que se a empresa ultrapassar o limite máximo de faixa o reenquadramento somente se verificará a partir do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato, o que também ocorre quando do enquadramento de ofício da ME ou EPP para contribuinte normal, nos termos do §2º do art. 398-A, o que demonstra que devem ser observados os prazos mínimos para tal reenquadramento, o que possibilita o desenvolvimento e a própria sobrevivência dessas empresas. Neste sentido, entende que na pior das hipóteses como o evento que implicou na mudança do enquadramento se deu em 31/12/2005, o reenquadramento deveria ter sido verificado a partir de 01/02/2006.

Ao final, requer o cancelamento do lançamento de ofício, tendo em vista o reenquadramento da empresa na condição de empresa de pequeno porte, somente a partir de abril de 2007 ou, alternativamente, o seu cancelamento parcial, julgando insubstancial os valores exigidos nos períodos de dezembro de 2005 a janeiro de 2006, aplicando os efeitos do reenquadramento a partir do segundo mês subsequente ao da ocorrência do evento.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls.84, pronuncia-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ao argumento de que não tendo o sujeito passivo contraditado o fato de ter ultrapassado o limite na condição de microempresa, não cabe reparos à Decisão recorrida. Consigna, ainda, que o recorrente repete as alegações defensivas, já analisadas e rechaçadas pelo Julgado de Primeira Instância.

Na assentada do Julgamento, a representante da Procuradoria que se fez presente à reunião, emitiu opinativo no sentido do Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, devemos consignar que se vislumbra no presente Auto de Infração mácula que o inquérito de nulidade, por terem sido praticados atos que constituem o lançamento de ofício – apuração de quantum a ser exigido, através dos demonstrativos acostados aos autos - por servidor

incompetente para tal, nos termos do Art. 18, inciso I do RPAF/BA, conforme Parecer exarado pela PGE/PROFIS em autos de infração lavrados de forma semelhante a este, e do qual extraio os seguintes trechos: “*o ato de lançamento tributário tem como objeto a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, com a determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e, sendo caso, proposição da aplicação da penalidade cabível. Ora, neste esteio conceitual, fácil se entremostra que os atos declinados ás fls. 06/08 dos autos constituem verdadeiramente um írrito e virtual lançamento tributário, tendo em vista que agrupam todos os elementos definidores do indigitado ato administrativo, em especial a exigência de pagamento do imposto apurado (fls. 08). Assim, em face do expedito, manifesto-me pela decretação de nulidade dos atos praticados ás fls. 06/08 dos autos, conforme determina o art. 18 do RPAF, em vista da inequívoca incompetência do agente de tributos para realização do ato administrativo do lançamento tributário.*”

No entanto, como também se vislumbra que a análise do mérito da exigência fiscal leva à sua insubsistência, deixo de decretar a nulidade do lançamento de ofício, e adentro na apreciação do seu mérito, nos termos do Parágrafo único do Art. 155 do RPAF abaixo transscrito:

*Art. 155. A Decisão ressolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.*

*Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para imputar ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de dezembro de 2005, janeiro a março de 2006. Verifica-se dos autos que o contribuinte autuado, no mês de dezembro de 2005, apurou receita no valor de R\$541.347,09, o que motivaria a ultrapassagem de condição de microempresa para empresa de pequeno porte, e ensejaria a necessária comunicação do fato à repartição fazendária, para efeito de determinação de novo valor mensal devido, até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurou o fato determinante da alteração, conforme art.386-A, parágrafo único, inciso IV do RICMS, abaixo transcrito:

*“Art. 386-A. A Microempresa pagará mensalmente o imposto correspondente aos seguintes valores fixos, a serem determinados em função da receita bruta no ano anterior, nos termos do art. 384-A, e sem prejuízo da aplicação das disposições relativas à antecipação ou substituição tributária, sendo esta:*

*Parágrafo único. O ICMS será apurado por estabelecimento, observando-se as seguintes regras:*

*“IV - quando a receita bruta acumulada ou o volume de entradas de mercadorias e serviços tomados dentro do próprio exercício ultrapassar o limite máximo da faixa em que estiver enquadrado, nos termos deste artigo, o contribuinte deverá informar à Secretaria da Fazenda os valores de entradas e serviços tomados e do faturamento obtidos no exercício, para efeito de determinação de novo valor mensal devido, até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurar o fato determinante da alteração.”*

Neste sentido, como não houve tal comunicação, exigiu-se do contribuinte, através da presente ação fiscal, os valores pertinentes à nova condição de empresa de pequeno porte, dos meses de dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e março de 2006 (já que Secretaria da Fazenda efetuou o re-enquadramento da empresa, com efeitos a partir de 1º de abril de 2006, como se vê do documento de fls.40 dos autos) fato este que implicou, em verdade, em reenquadramento de ofício através de Auto de Infração, o que não encontra lastro na legislação.

No entanto, tal ato - reenquadramento de ofício – cabe à autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte, com a devida e necessária ciência ao contribuinte deste ato, como aliás foi feito, como consta da correspondência encaminhada pela SEFAZ ao sujeito passivo, onde lhe comunica que foi efetuado o seu reenquadramento de ofício para a condição de empresa de pequeno porte, com base na DME do exercício de 2005, com efeitos a partir de 1º de abril de 2006, nos termos do art. 384-A, §§5º e 9º do RICMS.

O reenquadramento de ofício deve ser efetuado por meio de ato administrativo específico, com observância dos requisitos exigidos para a sua plena validade, dentre eles a devida e regular comunicação ao contribuinte, sob pena de desobediência ao princípio do devido processo legal, independente da obrigatoriedade de comunicação por parte do contribuinte da extração da receita, não encontrando acolhida na Lei nº 7.358/97, instituidora do Regime Simplificado – Sim-Bahia - e nem no Regulamento do ICMS, o reenquadramento mediante lançamento de ofício.

Assim, como consta dos autos que o referido ato de reenquadramento foi comunicado pela SEFAZ ao sujeito passivo com vigência a partir de 1º de abril de 2006, não subsiste a referida exigência para os meses autuados.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 093310.0108/07-9, lavrado contra **DANTAS CHAVES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (TWO ORIGINAL T. SHIRT)**.

Sala das Sessões do CONSEF, em 18 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. DA PGE/PROFIS