

**PROCESSO** - A. I. Nº 277829.0007/07-2  
**RECORRENTE** - ANGIOMED COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0153-02/08  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 21/10/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0334-11/08

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. PERDA DO BENEFÍCIO DO TRATAMENTO PREVISTO PARA O SIMBAHIA. DESENQUADRAMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Não há lastro legal para exigência do imposto na situação em tela. Modificada a Decisão recorrida. Infração improcedente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF através do Acórdão nº 0153-02/08, que julgou Procedente o Auto de Infração acima indicado, lavrado para imputar ao sujeito passivo “omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria”.

Em Primeira Instância, a JJF inicialmente rejeitou a nulidade suscitada pelo autuado, ao argumento de que apesar da codificação incorreta da infração utilizada pela autuante, no campo “Descrição dos Fatos” a mesma deixou claro que o sujeito passivo adquiriu mercadoria tributável à empresa Opitcal Hospitalar Ltda, situada no Rio de Janeiro, a qual se encontrava em situação irregular naquele Estado.

No mérito, o julgamento pela procedência da autuação apresentou os seguintes argumentos, resumidamente:

- I. que o sujeito passivo não provou os pagamentos das aquisições efetuadas, embora intimado para tal mediante a diligência requerida pela JJF, o que denuncia a existência de simulações nessas operações;
- II. que segundo consta na informação fiscal, as mercadorias eram revendidas com uma margem de lucro elevadíssima, ficando aberta a possibilidade de que as compras fossem subfaturadas, havendo desse modo reflexo no cálculo do imposto devido no regime do SimBahia, sendo inidôneo o documento emitido por contribuinte em situação cadastral irregular;
- III. que o RICMS, no art. 408-L, V, previa a perda do direito à adoção do tratamento tributário do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) por parte da empresa que incorresse na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do art. 915, enquadrando-se o presente caso na hipótese do art. 915, IV, “h”: documento fiscal inidôneo, estando, assim, caracterizada a infração;
- IV. quanto à multa que deve ser aplicada, que a jurisprudência deste Conselho de Fazenda é pacífica quanto à multa aplicável no caso de imposto devido por desenquadramento de contribuinte do regime do SimBahia, de 70%, nos termos do art. 915, III do RICMS e do art. 42, III da Lei nº 7.014/96, tendo sido abatido o crédito presumido de 8%, em conformidade com o art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02;

- V. que o Auto de Infração foi lavrado com o emprego de um programa de computador que faz a descrição do fato automaticamente, uma vez escolhido o código pelo fiscal autuante e, neste caso, a mesma escolheu o código errado, daí a descrição equivocada;
- VI. que *“Este Auto não é nulo porque, apesar da escolha do código errado, a auditora, no campo “Descrição dos Fatos”, deixou claro que o autuado adquiriu mercadoria tributável à empresa Optical Hospitalar Ltda., situada no Rio de Janeiro, a qual se encontra em situação cadastral irregular naquele Estado. Assim, por conseguinte, com relação às “saídas” das mercadorias, se algum imposto deixou de ser pago foi no Rio de Janeiro”*;
- VII. que a expressão final “operação de saída” demonstra que essa descrição seria válida se se tratasse de documentos inidôneos emitidos pelo autuado para acobertar saídas de mercadorias do seu estabelecimento, mas como os documentos considerados inidôneos são os emitidos pelo fornecedor, estabelecido no Rio de Janeiro, a descrição do fato está errada, pois deveria referir-se a *“utilização de documento fiscal inidôneo em operação de entrada de mercadoria”*;
- VIII. que, mesmo admitindo que os documentos de “saídas” das mercadorias possam ser inidôneos, tal fato interessa apenas ao fisco do Rio de Janeiro, interessando à Bahia o imposto relativo à diferença verificada entre o cálculo do imposto devido pelo sistema do SimBahia e o do imposto devido pelo sistema normal de apuração, haja vista o desenquadramento efetuado daquele para este regime;
- IX. que em relação à demora na análise do pedido de baixa, tal fato constitui infração de natureza administrativa, passível de apuração no âmbito interno da fazenda estadual, sendo que este fato não afeta a validade dos créditos tributários levantados depois de ultrapassado aquele prazo.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 295 a 300 – requerendo a reforma da Decisão recorrida para que seja julgada nula ou improcedente a autuação.

Reitera a preliminar de nulidade suscitada em sua Impugnação, no sentido de que a Fazenda descumpriu o RICMS, pois não houve autorização de ofício do desenquadramento pelo Inspetor e nem foi comunicada deste ato, o que contraria o inciso V do art. 408-L, e normas procedimentais da própria Secretaria da Fazenda, conforme cópia que anexa aos autos – fls. 301 - e onde há orientação expressa de como deve transcorrer o processo de preparação para o desenquadramento de ofício, em seu item 4.8.4, que determina o seu encaminhamento ao Inspetor Fazendário para Decisão. Alega, ainda, em preliminar, que não houve atendimento ao prazo de 60 dias estabelecido no RICMS, em seu art. 169, para análise do processo de baixa, o que constitui, a seu ver, um abuso, não se tratando este fato de mera infração administrativa como entendeu a JJF, pois se constitui em ofensa ao princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal.

No mérito, alega que agiu de boa-fé ao adquirir mercadorias da empresa Optical, pois não tinha conhecimento de sua irregularidade perante a Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro, o que se justifica em razão do seu pequeno porte, já que lhe faltava estrutura administrativa para este conhecimento, ao tempo que pede a aplicação do princípio da boa-fé inserto no art. 422 do Código Civil. Aduz que a autuante não deduziu do levantamento da base de cálculo as mercadorias isentas e ainda não deduziu o valor de R\$56.199,51, do exercício de 2004, relativo ao crédito presumido de 8%, conforme demonstrativo que acosta, às fls. 303.

A PGE/PROFIS, fls. 307 e 308, opina pelo retorno do processo à primeira instância para que seja determinada a correção e ajuste da tipificação da infração, aplicação da multa correta e apropriação dos créditos conforme a legislação, reabrindo-se o prazo para que o autuado se manifestasse acerca da retificação, por entender que a Decisão da JJF não encontrou a opção mais acertada quando enfrentou a questão relativa ao correto enquadramento da infração apontada,

tratando-se o caso em tela de evidente erro material de fato, do tipo que permite o saneamento por simples correção do defeito e devolução do correspondente prazo para manifestação do autuado, em atendimento ao princípio do contraditório, combinado com a disposição do §1º do art. 18 do RPAF/BA.

## VOTO

Inicialmente consigne-se que se encontra no presente lançamento de ofício uma mácula que o inquina de nulidade, a nosso ver de natureza absoluta, portanto insanável, ao contrário do entendimento da douta PGE/PROFIS e da própria Decisão recorrida, e que se refere ao enquadramento da infração imputada que consta da peça inicial da autuação.

A denominação da infração “*omissão de saída de mercadoria por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada*” (sic), bem como a descrição dos fatos, constante no campo próprio do Auto de Infração não explicitam qual a infração cometida, e muito menos a multa cominada, citada como enquadrada na alínea “h”, inciso IV, do art. 915 do RICMS/BA, tem correlação com a infração imputada, posto que se trata de multa aplicável ao sujeito passivo pela não emissão de documento fiscal ou quando for emitido documento inidôneo, conforme abaixo transcrito:

*Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*IV - 100% do valor do imposto:*

*h) quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo;*

Ora, determina o § 1º do art. 18 do RPAF que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, com fornecimento ao mesmo no ato da intimação da cópia dos novos elementos com abertura de prazo para este se manifestar. No entanto, os equívocos apontados são de tal gravidade que não permite convalidação ou saneamento, pois importaram em cerceio ao direito de defesa, por dificultar ao sujeito passivo a exata compreensão do que está sendo acusado, não tendo restado claro qual a infração que teria sido por este cometida, cerceio este que se demonstra ainda que a defesa tenha sido apresentada, pois impede o seu pleno exercício. Aliás, a dificuldade de compreensão do presente lançamento de ofício também se apresentou a este relator, diante dos fatos e elementos nele constantes.

Ressalte-se, por sua vez, que o próprio relator da JJF apontou a nulidade em tela, muito embora tenha concluído de forma incongruente que a descrição dos fatos permitia a compreensão da imputação, ao tempo que enquadrou a infração em outro dispositivo legal, totalmente diverso, e que se trata de presunção legal de omissão de saídas, com lastro no art. 42, inciso III do diploma legal acima citado. Frise-se, no entanto, que o alegado erro da autuante na utilização da codificação da infração poderia de fato ser saneado, nos termos do dispositivo acima citado, se a descrição dos fatos permitisse o pleno conhecimento da infração imputada, mas tal não ocorre no presente Auto de Infração, pois a descrição dos fatos não se mostra hábil para apontar a possível infração cometida pelo sujeito passivo, como veremos adiante.

Registramos, porém, que nos termos do Parágrafo único do art. 155 do RPAF, vislumbrando a autoridade julgadora a possibilidade de Decisão favorável ao sujeito passivo em apreciação do mérito da exigência, não deve ser pronunciada a nulidade, razão pela qual deixamos de decretá-la e adentramos em seu mérito.

Assim, o que pudemos inferir do Auto de Infração em tela é que o sujeito passivo foi autuado por entender a autuante que o fato de ter adquirido mercadorias de empresa não ativa no cadastro de contribuintes do estado de sua localização (Rio de Janeiro) a torna passível de cobrança de imposto, pelos critérios normais, perdendo o autuado, inscrita à época dos fatos geradores desta autuação como empresa de pequeno porte, o direito ao tratamento tributário diferenciado e simplificado do regime SimBahia, nos termos do então vigente art. 408-L, V, do RICMS, e ainda passível de aplicação da multa de 100%, prevista na linha “h”, inciso IV do art. 915 do RICMS/BA, e que se refere a emissão de documento inidôneo, documento inidôneo este que seriam as notas fiscais emitidas pelo fornecedor do autuado, a empresa Optical Hospitalar Ltda, conforme afirma a autuante em sua informação fiscal de fls. 259.

Ora, primeiro não constitui a situação citada hipótese de aplicação da regra do art. 408-L do RICMS, que determina, em seus incisos, as hipóteses em que a empresa do SimBahia perderia direito à adoção do regime simplificado. O inciso V do referido dispositivo, abaixo transcrito, citado como infringido pela autuante, refere-se à prática de infrações de natureza grave dispostas nos incisos III, IV e V, alíneas “a” e “c” do art. 915 do RICMS/BA.

*"Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário."*

No entanto, inaplicável à situação descrita nos autos a regra do inciso IV do art. 915, citada pelo art. 408-L e acima transcrito, pois esta se refere à emissão de documento inidôneo. Pois bem, quem emitiu o documento fiscal considerado inidôneo? Foi o autuado ou a sua fornecedora? A inidoneidade do documento fiscal se caracteriza pela sua emissão por aquele que descumpre os requisitos exigidos pela legislação para que o documento possa ser considerado idôneo, apto, válido, requisitos estes que em nossa legislação se encontram no art. 209 do RICMS. A prática da infração, portanto, foi do emitente do documento fiscal, e não do autuado. Somente seria possível a imputação desta infração ao sujeito passivo se ele fosse o emitente do documento fiscal inidôneo.

Assim entendeu inclusive o relator da JJF, conforme excerto extraído do seu voto, que abaixo transcrevemos, em reforço ao nosso entendimento: *“No entanto, se os documentos considerados inidôneos são os emitidos pelo fornecedor, estabelecido no Rio de Janeiro, a descrição do fato está errada, pois deveria referir-se a “utilização de documento fiscal inidôneo em operação de entrada de mercadoria. Enfim, mesmo admitindo que os documentos de “saídas” das mercadorias possam ser inidôneos, tal fato interessa apenas ao fisco do Rio de Janeiro”*. Grifos nossos.

Ao final, ainda registramos que o inciso V do art. 408-L exige que a perda do tratamento tributário simplificado se dê a critério do inspetor fazendário, exigência que não restou cumprida ou não foi demonstrada neste lançamento de ofício, já que não consta dos autos a prova da autorização deste enquadramento por parte do inspetor.

Por outro lado, não restou caracterizado nos autos que o autuado incorreu na infração descrita no inciso III do art. 915 do RICMS – omissão de saídas de mercadorias tributadas – como entendeu a JJF, a despeito da diligência que solicitou, posto que esta se trata de uma presunção legal e, como tal, somente pode ser aplicada cercada de elementos que dêem segurança à imputação, o que não se encontra no presente Auto de Infração, além do que sequer levou-se em consideração no cálculo do imposto exigido a atividade exercida pelo autuado, que opera basicamente com produtos isentos ou com fase de tributação encerrada, hipótese em que deveria ser aplicado o critério da proporcionalidade, conforme determina a Instrução Normativa nº 56/07, tornando, assim, ilíquida a base de cálculo aplicada.

Em conclusão, diante das razões exaustivamente acima aduzidas, somos pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

## **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 277829.0007/07-2, lavrado contra **ANGIOMED COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. DA PGE/PROFIS