

A. I. N° - 271581.0002/07-1
AUTUADO - ACEE ACESSÓRIOS EQUIPAMENTOS ELETRO ELETRÔNICOS LTDA.
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS SANTOS
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 12/02/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0001-03/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS VIAS DAS MESMAS NOTAS FISCAIS. Os documentos anexados aos autos comprovam a irregularidade apurada. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. b) COBRANÇA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. A legislação determina a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA, quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/08/2007, refere-se à exigência de R\$671.956,47 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 150%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Recolheu a menos ICMS, em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que a fiscalização realizou circularização com os principais destinatários das mercadorias vendidas pelo autuado, identificando divergência de valores entre as vias recebidas pelo destinatário e a que foi apresentada à fiscalização e registrada no livro Registro de Saídas. Valor do débito: R\$485.304,63.

Infração 02: Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), conforme planilhas dos exercícios de 2003 e 2004. Consta, ainda, que neste levantamento não foram consideradas as Notas Fiscais com divergências de valores em suas vias, que são objeto da primeira infração. Valor do débito: R\$25.001,47.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Considerando os valores reais das operações realizadas em 2004, foi apurado que em dezembro de 2004 a Receita Bruta Ajustada Acumulada da empresa ultrapassou o limite legal de R\$1.200.000,00, vigente até 31/08/2005 para enquadramento como Empresa de Pequeno Porte. O contribuinte estava obrigado a comunicar o fato à SEFAZ, requerendo o seu desenquadramento do SIMBAHIA, passando a apurar pelo regime normal, o que não ocorreu. Valor do débito: R\$161.650,37.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo às fls. 400/401, apresentou impugnação (fls. 392 a 399), dizendo que a fiscalização solicitou informações e a documentação fiscal, e para surpresa do sócio responsável pela administração da empresa, foi informado que o fiscal havia identificado discrepâncias em algumas notas fiscais. Diz que no início do mês de agosto de 2007,

em virtude da demora no encerramento da fiscalização, entrou em contato com o Fisco no sentido de pagar os tributos em aberto; não foi permitido apresentar denúncia espontânea, e somente no mês de setembro é que foi dado conhecimento da presente autuação fiscal. O defensor considera que a denúncia espontânea foi negada ilegalmente, conforme art. 28, § 1º do RPAF/BA. Alega, também, que o Fisco deixou de seguir outro importante procedimento, tendo em vista que, com a revogação do art. 32 do RPAF/BA, tornou-se obrigatório que toda notificação fiscal emitida contenha a possibilidade de pagamento no prazo de dez dias sem incidência de qualquer multa fiscal, e esta situação está descrita no art. 51, inciso IV do citado Regulamento, o que não está sendo aplicado pelo Fisco. O defensor entende que existe mais um motivo para exclusão da multa, devendo ser devolvido o prazo para pagamento do tributo notificado sem a incidência de qualquer multa. Por isso, requer a esta Junta de Julgamento Fiscal a exclusão de todas as multas das infrações indicadas pela fiscalização, possibilitando que no prazo estabelecido no RPAF o contribuinte possa exercer seu direito de pagar ou parcelar o débito com a redução integral da multa. Quanto à primeira infração, o defensor contesta as alíquotas de 17% e 12% constantes no demonstrativo do autuante, alegando que os enquadramentos legais indicados na autuação não determinam a utilização da alíquota normal, inexistindo atualmente, previsão legal para essas alíquotas aplicadas. Cita o art. 108, § 1º do CTN e art. 150, I da Constituição Federal; arts. 124, I; 202, 209, IV e VI do RICMS/BA; art. 42, V, “c” da Lei 7.014/96. Assegura que a alíquota correta é a do “Simples”, considerando que à época dos fatos geradores estava corretamente enquadrado, conforme tabela em função da receita bruta, elaborada à fl. 390. Comenta sobre os arts. 106, II, “c” do CTN e art. 10 da Lei 10.646/07. Requer seja excluída a multa em razão da denúncia espontânea não permitida pela fiscalização e que sejam utilizadas as alíquotas constantes nas tabelas elaboradas nas razões de defesa, conforme o sistema de apuração do imposto quando o contribuinte estava enquadrado no SIMBAHIA.

Infração 02: O defensor alega que constatou as mesmas irregularidades descritas na primeira infração. Diz que se trata de falta de recolhimento do imposto no prazo correto, cujos valores foram corretamente informados, estando sujeito apenas à multa de 50%, conforme art. 42, inciso I da Lei 7.014/96. Afirma que além da alíquota ilegalmente utilizada no demonstrativo de débito elaborado pelo Fisco, em especial dos meses de janeiro e fevereiro de 2003, não foi considerado o crédito em favor do contribuinte, relativamente aos valores pagos a mais; não há previsão legal de pagamento inferior a R\$460,00, e de que o pagamento a mais não possa ser considerado como crédito para o contribuinte. Requer o cancelamento integral da infração 02 por vício material na aplicação da alíquota de 17% em detrimento daquelas alíquotas estabelecidas para o “Simples”, bem como pela inexistência de enquadramento legal apontado pelo fiscal, arts. 384-A e 387-A do RICMS/BA, contrariando os princípios da legalidade e da ampla defesa. Diz que, pelo princípio da eventualidade, caso esta JJF não entenda pelo cancelamento desta infração, que seja corrigido o cálculo do imposto exigido pelas alíquotas corretas, descontados os valores pagos a mais nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, e excluída a multa em razão da denúncia espontânea não admitida pela fiscalização, devendo ser aplicado o art. 51, IV do RPAF/BA.

Infração 03: Diz que igualmente não pode prosperar esta infração, pelos motivos já narrados, sendo violado o art. 106, II, “c” do CTN. Afirma que é visível pela documentação fiscal, fundamentação e descrição dos fatos, que a razão para o desenquadramento foi a superação em 20% da receita bruta no ano de 2004. Mas entende que os relatórios emitidos pelo autuante deixam claro que a empresa não atingiu o limite para exclusão do “Simples Estadual”. Diz que se considerarmos correta a afirmação do autuante e negarmos o benefício em 2005, este seria restabelecido em 2006, perdendo a importância a autuação no citado exercício. Cita o entendimento do Desembargador Federal do TRF 4 Leandro Paulsen, e apresenta o entendimento de que o Fisco deveria ter corrigido o valor apurado, que em janeiro de 2004 seria de aproximadamente R\$2.263.000,00, e se tivesse realizado conforme determina a Lei, o autuante não teria excluído o contribuinte, tendo em vista que os valores do faturamento seriam inferiores ao limite de exclusão. Diz que se contrapõe ao possível argumento de inviabilidade de utilização da

correção no limite de inclusão no SIMBAHIA, utilizando erroneamente a analogia de que a União teria limitado a competência do Estatuto na concessão de benefícios do regime simplificado, e que a referida limitação teria sido estendida para os “Simples Estaduais”. Entende que não se pode utilizar a analogia nestes casos, ficando evidente que o Estado deveria ter corrigido os patamares conforme o índice IGPDI, conforme determina a Lei. Requer o cancelamento integral desta terceira infração, e pelo princípio da eventualidade, caso seja considerado devido o imposto exigido, que seja declarada a sua inclusão no regime no exercício de 2006, bem como excluída de toda a exigência a multa, em razão do instituto da denúncia espontânea. Por fim, o defendanterequer a suspensão de qualquer procedimento fiscal criminal até julgamento final da impugnação, tendo em vista que o defendanterequer pagar o novo valor do débito, assim que for estabelecido. Reafirma o pedido de exclusão de todas as multas, para que o defendantereexerça seu direito de pagamento ou parcelamento do débito com redução integral da multa. Reitera os pedidos apresentados quanto às infrações apontadas e diz que se dispõe, havendo necessidade, a juntar qualquer documentação relevante ou realizar complemento das informações apresentadas. Impugna todas as vias e cópias de notas fiscais acostados aos autos, que diferem dos documentos fiscais de posse do contribuinte. Requer, ainda, que seja autorizada a juntada do original da procuraçao, contrato social e substabelecimento no prazo de dez dias, e intimado o procurador do contribuinte, Dr. Luis André Beckhauser, da data de julgamento com antecedência mínima de 5 dias, para que possa exercer seu direito de sustentação oral e apresentação de memoriais, indicando o endereço.

À fl. 409 o defendantere apresenta pedido de juntada dos documentos e defesa originais, constando às fls. 410 a 417, a mesma impugnação inicialmente apresentada.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 427 a 430 dos autos, diz que é desconhecida a alegada tentativa de pagar os tributos em aberto, tanto na Diretoria de Administração Tributária quanto na Inspetoria de Indústria, à qual o contribuinte está vinculado. Informa que os procedimentos de fiscalização tiveram o seu andamento bastante prejudicado pelas dificuldades encontradas em conseguir toda a documentação e principalmente as Notas Fiscais emitidas para os Estados do Nordeste, dentre as quais se encontravam as notas fiscais “calçadas”, fato comprovado pelas vias recebidas dos destinatários. Diz que os procedimentos ilícitos foram realizados pela empresa durante todo o período fiscalizado (quatro anos), no intuito de pagar menos imposto e manter a Receita Bruta Acumulada informada ao Fisco abaixo do limite de enquadramento no SIMBAHIA. Afirma que tais fatos só foram descobertos paulatinamente, ao longo dos exaustivos procedimentos fiscais, com a circularização de notas fiscais. Afirma que são infundadas as alegações do defendantere; não foi comprovada a alegada tentativa de denúncia espontânea, e mesmo que o fizesse, a empresa estaria denunciando os procedimentos dolosos que vinha praticando. Informa que, encerrada a fiscalização relativa aos exercícios de 2005 e 2006, e em vista dos fatos levantados, foi informado à contabilidade e formalizado através de nova intimação, quanto à continuidade dos procedimentos fiscais relativamente aos exercícios de 2003 e 2004, conforme documentos de fls. 11 e 12. Assevera que mesmo que o contribuinte tivesse tentado formular denúncia espontânea, seria descabido o pedido, por estar o autuado submetido a uma ação fiscal. Quanto ao art. 32 do RPAF, citado pelo defendantere, o autuante informa que da leitura do mencionado dispositivo regulamentar, deixa claro que nada tem a ver com a Auditoria Fiscal Contábil a que foi submetido o autuado, culminando com a lavratura do presente Auto de Infração, e não, a Notificação Fiscal ou Termo de Intimação para pagamento. Afirma que existe uma tentativa do defendantere de confundir ou distorcer os fatos, com o objetivo de reduzir os valores a pagar. Quanto à infração 01, o autuante afirma que a legislação alegada pelo defendantere (Lei 10.646/07) não retroage seus efeitos ao período de existência do SIMBAHIA. Esclarece que as alíquotas de 17% e 12% foram utilizadas por força da Lei 7.357/98, conforme os arts. 15, V e 19, e a classificação da infração como de natureza grave está explícita no RICMS/BA, em seu art. 408-L, V que indica como natureza grave as infrações de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do art. 915 do RICMS/BA. Salienta que o crédito considerado, de 8%, está de acordo

com a determinação legal para levantamentos em empresas do SIMBAHIA, inexistindo determinação explícita em contrário para estas infrações, o que acaba tornando a carga tributária aplicada, praticamente a mesma que se aplica às alíquotas do SIMBAHIA. Quanto à infração 02, diz que de acordo com os demonstrativos de fls. 184 a 190, o ICMS a recolher foi calculado com base nas alíquotas vigentes para Empresas de Pequeno Porte, e conferem com os valores lançados no Auto de Infração. Quanto à alegação de que não foram considerados os valores recolhidos de R\$460,00 em janeiro e fevereiro de 2003 para deduzir nos meses posteriores, diz que não tem fundamento, uma vez que o valor recolhido está correto para aqueles meses, por ser o mínimo recolhimento mensal adotado para o SIMBAHIA, Empresas de Pequeno Porte, e mesmo que houvesse recolhimento a mais, não caberia fazer compensação, sendo facultado ao contribuinte pedir restituição. Em relação à infração 03, o autuante informa que a exigência fiscal foi motivada pelo fato de a empresa ter ultrapassado o limite legal para a manutenção no SIMBAHIA e não ter informado à SEFAZ como deveria, o que está bem descrito no Auto de Infração. Ao contrário, a empresa continuava utilizando o artifício do calçamento de Notas Fiscais, motivo da infração 01, e omitindo o valor real de suas operações de vendas, informando na DME valores bem inferiores do que o real, com o objetivo de manter-se no SIMBAHIA. Diz que somando o valor constante do demonstrativo de fl. 190 ao valor real das operações constantes do demonstrativo de fls. 14 e 15, referente às notas fiscais calçadas, se obtém o real valor de Receita Bruta Acumulada para o ano de 2004, de R\$1.906.504,36, o que ultrapassa em muito mais de 20% o valor limite então vigente para enquadramento no SIMBAHIA, de R\$1.200.000,00. Salienta que o procedimento fiscal foi realizado de acordo com a legislação, com a devida aprovação da autoridade competente, e não cabem as alegações defensivas. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração, salientando que o deficiente não contestou especificamente o levantamento realizado, nem apresentou documento ou fato, apenas impugnou os procedimentos realizados.

Na sessão de julgamento do dia 28/11/2007, compareceu o advogado do autuado Dr. Luís André Beckhauser, que na sustentação oral alegou desconhecer os documentos acostados ao PAF, de fls. 8-A, 8-B, 8-C e 8-D, estranhando a mencionada numeração. Assim, para evitar futura alegação de cerceamento do direito de defesa, esta JJF deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 433) para ser fornecido ao deficiente cópia dos citados documentos, mediante recibo, e ser reaberto o prazo de defesa, de trinta dias.

Quanto à primeira infração, foi solicitado para o autuante refazer os demonstrativos de fls. 107 e 124/125, tendo em vista que não foi concedido o crédito presumido de 8%, como foi efetuado na planilha de fls. 14/16.

Em relação à terceira infração, foi solicitado para o autuante considerar na apuração do imposto relativo ao exercício de 2006, a Alteração 64 do RICMS/BA (Decreto 9.513, de 10/08/2005) efeitos a partir de 01/09/2005, estabelecendo o limite de receita bruta de R\$2.400.000,00.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 437, aduzindo que o limite de R\$2.400.000,00 foi considerado durante a lavratura do Auto de Infração e na infração 03 foi refeita a apuração do ICMS a recolher pelo método de conta corrente. Diz que uma simples soma dos valores de saídas para o ano de 2005, constante do levantamento às fls. 200 e 201, atinge o citado limite, sem considerar as operações não registradas, objeto do calçamento de notas fiscais, apuradas na primeira infração, que montam R\$518.886,00, o que eleva a receita bruta a quase 3 milhões de reais. Assim, o autuante esclarece que pelos motivos expostos, calculou o ICMS devido em 2005 e 2006, pelo sistema normal de apuração do imposto, devidamente autorizado pela autoridade competente, e já foram concedidos todos os créditos conforme fls. 200 e 201. Portanto, o autuante entendeu que não havia motivo para refazer os cálculos, devolvendo o PAF para à CCRED para atendimento ao parágrafo segundo da diligência.

Considerando que a falta de cumprimento integral da diligência requerida anteriormente (fl. 433), esta JJF converteu o presente processo em nova diligência à INFAZ de origem (fl. 440), para que

fornecer ao autuado/defendente cópias das fls. 8-A, 8-B, 8-C e 8-D, 195-A até 198 e da informação fiscal de fls. 437, mediante recibo, e ser reaberto o prazo de defesa, de TRINTA DIAS. Foi solicitado, também, que se o autuado apresentasse nova impugnação, o autuante deveria prestar nova informação fiscal acerca das alegações defensivas.

Em atendimento, foi expedida a intimação de fl. 446 com Aviso de Recebimento à fl. 447, e o defendente apresentou manifestação às fls. 449 a 457, aduzindo que durante o procedimento fiscal sempre colaborou com as autoridades fiscalizadoras na forma solicitada, e para surpresa do responsável pela administração da empresa, foi informado que o Fisco identificou discrepâncias em algumas notas fiscais. Diz que no início de agosto de 2007, em virtude da demora no encerramento do procedimento fiscal, entrou em contato com o Fisco Estadual no sentido de buscar pagar os tributos em aberto, mas não foi permitido o direito de denúncia espontânea. O defendente apresenta o entendimento de que o documento de fl. 8-A, “provavelmente teve origem na requisição do contribuinte pela denúncia espontânea” alegando que o dia 13/08/2007, como se constata no visto emitido pela autoridade fiscal, é muito próximo da data indicada na defesa inicial, ou seja, “o documento juntado pelo fisco e com a numeração irregular é e faz prova das afirmações do contribuinte”. Salienta que somente no mês de setembro é que foi dado conhecimento da autuação fiscal, mas o contribuinte entende que em todas as infrações lhe foi negado o direito de proceder à denúncia, conforme art. 28, § 1º do RPAF/BA. Diz que a “injusta negativa” ao contribuinte de exercer o seu direito de apresentar denúncia espontânea não pode prosperar, e além da mencionada denúncia, o Fisco deixou de seguir outro importante procedimento fiscal, tendo em vista que a partir de 2003, com a revogação do art. 32 do RPAF, ficou estabelecido que em toda notificação fiscal deve constar a possibilidade de pagamento no prazo de dez dias, sem incidência de qualquer multa fiscal, conforme art. 51, IV do RPAF. Entende que, com a revogação do art. 32, o art. 51, inciso VI do RPAF/BA passou a ser obrigatório intimar o contribuinte, em todo Auto de Infração.

Quanto à primeira infração, o defendente alega que contesta as alíquotas de 17% e 12%, porque os enquadramentos legais indicados pelo autuante não determinam a utilização da alíquota normal, e não havia previsão legal no ordenamento deste Estado. Salienta que o art. 108, § 1º do CTN proíbe a analogia gravosa e que a alíquota correta para o cálculo do imposto é a existente no “Simples”, uma vez que a empresa na época dos fatos geradores estava corretamente enquadrada, podendo ser utilizada a própria tabela constante do Auto de Infração, que o defendente reproduziu às fls. 451/452. Diz que o CTN em seu art. 106, II, “c” manda aplicar retroativamente a lei nova, quando mais favorável ao contribuinte, e argumenta que deve prevalecer a lei mais branda, citando ensinamentos de Luciano Amaro sobre a matéria. Requer seja excluído o valor da multa exigida, em razão do pedido de denúncia espontânea preterido unilateralmente pelo Fiscal, pedindo também, a utilização das alíquotas constantes nas tabelas correspondentes aos tributos devidos quando o contribuinte esteve enquadrado no SIMBAHIA.

Infração 02: Alega que este item do Auto de Infração apresenta as mesmas irregularidades descritas anteriormente, e se fosse aplicada a norma revogada não seria possível a utilização da alíquota de 17%, tendo em vista que se trata de falta de recolhimento do imposto no prazo correto, nos valores apurados pelo contribuinte, estando o autuado sujeito à multa de 50%, de acordo com o art. 42, inciso I da Lei 7.014/96, que no caso do presente PAF, não pode ser exigida, pelas razões expostas no preâmbulo da defesa. Diz que, além da alíquota ilegalmente utilizada na planilha de débito da autuação fiscal, em especial referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2003, não foi considerado o crédito fiscal em favor do contribuinte dos valores pagos a mais. Salienta que, salvo melhor juízo, não há previsão legal de limite inferior para receita bruta de R\$460,00, que não possa ser computado como crédito para o contribuinte. Requer o cancelamento integral desta infração por vício material, referente à aplicação da alíquota equivocada de 17% em detrimento daqueles relativos ao “Simples”, legalmente devidas pelo contribuinte, bem como, pela inexistência do enquadramento legal apontado pelo autuante, arts. 384-A e 387-A do RICMS/BA. Diz que pelo princípio da eventualidade, caso esta Junta de Julgamento Fiscal não

entenda pelo cancelamento desta infração, que seja corrigido o cálculo, pelas alíquotas corretas, descontados os valores pagos a mais nos meses de janeiro e fevereiro de 2004 e excluída a incidência de multa em decorrência da denúncia espontânea preterida pelo Fisco.

Infração 03: Alega que igualmente não pode prosperar esta infração, porque foram revogadas expressamente pelo art. 10 da Lei 10.646/07 as normas que fundamentam a sansão indicada nesta parte do presente Auto de Infração, não podendo utilizar o autuante o regime normal para apenar o contribuinte porque estaria violando o art. 106, II do CTN. Assegura que além desta alegação, é visível, pela documentação, fundamentação e descrição dos fatos do Auto de Infração que a razão para o desenquadramento do contribuinte foi a alegada superação em 20% da receita bruta no ano de 2004. Lembra que na ocasião, o patamar estabelecido era em até 20%, ou seja, inclui-se esse percentual, e a empresa não atingiu o limite que o excluía do “Simples”, e se considerarmos correta a afirmação do autuante e negarmos o benefício em 2005, este seria restabelecido em 2006, perdendo toda a importância, a exigência fiscal no citado exercício. Cita uma decisão do TRF4, transcrevendo a ementa, e salienta que a receita bruta acumulada em 2005 não atingiu o limite para impossibilitar o benefício fiscal em 2006 e por isso, não poderá ser mantida a autuação no mencionado ano, considerando que foi eliminada a causa de exclusão para a concessão do benefício, inclusive na época, esse limite foi ampliado. Argumenta, ainda, que de acordo com o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte seria necessário à atualização monetária dos limites estabelecidos para inclusão de micro ou pequena empresa e por isso, entende que o Poder Executivo Estadual deveria ter corrigido o valor, que em janeiro de 2004 seria de aproximadamente de R\$2.263.000,00. Diz que contesta o possível argumento de inviabilidade de aplicação da correção no limite de inclusão no SIMBAHIA, usando erroneamente a analogia, uma vez que não se pode utilizar a analogia no presente caso, e mesmo que não se considere toda argumentação apresentada, salienta que o Decreto Federal nº 5028/04 modificou o limite para R\$2.133.222,00, com vigência a partir de 31/03/2004. O defendente requer o cancelamento integral desta infração 03, e pelo princípio da eventualidade, requer que se for considerada devida a exclusão, que seja declarada a sua inclusão no SIMBAHIA no ano de 2006, bem como excluído toda a exigência da multa em razão da denúncia espontânea preterida unilateralmente pelo Fisco e pela aplicação imediata do art. 51, inciso IV do RPAF.

Prosseguindo, o defendente diz que constatou a falta de aplicação da Orientação Normativa 01/2002, que assegura ao contribuinte inscrito no SIMBAHIA o direito de compensação dos créditos para preservar a legalidade da exigência fiscal, no caso de seu enquadramento no regime normal. Portanto, alega que deve ser concedido o crédito fiscal de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do imposto exigido, conforme art. 19, § 1º, da Lei 7.357/98. Afirma que ficou evidente que o imposto devido foi calculado erroneamente, porque não foi considerado o crédito de 8%, e o autuante se negou a refazer os cálculos (fl. 431). Entende que ficou caracterizado vício material, devendo os julgadores se manifestarem sobre o citado vício, determinando a sua origem, se material ou formal, uma vez que este posicionamento ataca a exigibilidade do crédito tributário em um novo lançamento. O autuado requer a completa anulação do Auto de Infração, por existência de vícios no cálculo do imposto, pela falta do crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito apurado.

Por fim, o defendente requer a suspensão de qualquer procedimento fiscal criminal até o julgamento final do presente PAF, uma vez que pretende realizar o pagamento do novo valor, assim que seja estabelecido. Pede que a JJF exclua todas as multas das infrações indicadas na autuação fiscal, possibilitando o pagamento do débito com a redução integral da multa em decorrência do instituto da denúncia espontânea. Quanto à infração 01, pede que seja excluída a multa em razão da denúncia espontânea, e que sejam utilizadas as alíquotas constantes nas tabelas relativas ao SIMBAHIA. Requer o cancelamento da infração 02, por vício material pela aplicação da alíquota de 17%, bem como pela inexistência do enquadramento legal apontado no Auto de Infração, e pelo princípio da eventualidade, caso esta JJF não decida pelo cancelamento da autuação, que sejam corrigidos os cálculos pelas alíquotas corretas e excluída a multa em

razão da denúncia espontânea preterida pelo Fisco. Com relação à infração 03, pede que a mesma seja cancelada, mantendo o contribuinte enquadrado no SIMBAHIA em todo período fiscalizado. Caso sejam mantidas as exações, requer a completa anulação do Auto de Infração por existência de vício material no cálculo do imposto, especialmente pela falta do crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito.

Quanto à numeração irregular encontrada nos autos, o contribuinte requer seja conferido e renumerado o PAF em todas as suas folhas, verificando no setor competente a existência de páginas faltantes em homenagem ao princípio da legalidade, bem como, a autoridade fiscal em seu relatório complementar, aponte quais as folhas que se refere o Termo de Início de fiscalização. O contribuinte diz que se dispõe, caso seja necessário, de junta qualquer documentação relevante ou realizar complemento de informações, e desde já impugna todas as vias e cópias de notas fiscais do presente PAF que diferem dos documentos fiscais de posse do contribuinte. Requer seja intimado o procurador do contribuinte, Dr. Luís André Beckhauser, da data de julgamento com antecedência mínima de cinco dias para que possa exercer seu direito de sustentação oral e apresentação de memoriais, indicando o endereço, inclusive eletrônico.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 461/462, aduzindo que na manifestação apresentada pelo autuado apenas foram incluídas pequenas alegações, que serão analisadas, tendo em vista que o restante já foi exaustivamente explicado na informação fiscal de fls. 422/425 do PAF. Quanto ao documento de fl. 8A, diz que o autuado tenta distorcer os fatos acontecidos durante o procedimento fiscal, na intenção de se eximir do pagamento do imposto resultante de seus atos. Assevera que o citado documento foi assinado pela autoridade competente como procedimento preparatório para a lavratura do Auto de Infração, o que está conforme as normas vigentes para este tipo de autuação. Quanto ao Termo de Início de Fiscalização e prorrogação, salienta que de acordo como o RPAF, a ação fiscal é iniciada com a intimação para apresentação de documentos, constando quatro intimações às fls. 09 a 12, e apesar de a primeira ter sido recebida em 23/05/2007 para o exercício de 2005, se constata que a última data de 16/07/2007 para os exercícios de 2003 e 2004, ficando caracterizado que houve uma extensão da fiscalização aos períodos citados, tendo sido lavrado o Auto de Infração em agosto. Quanto ao argumento de falta de concessão do crédito de 8% na infração 03, diz que não há nada de novo a comentar, já estando esclarecido o procedimento às fls. 424/425 da informação fiscal anterior e se pode constatar no demonstrativo de cálculo de fls. 195 a 198 que foram concedidos os créditos por entradas de mercadorias, estando correta a metodologia de cálculo. Salienta que inexistindo fato novo na manifestação do autuado e face à natureza infundada das alegações defensivas, mantém a posição de manutenção do presente Auto de Infração.

Tendo em vista que no cálculo do imposto efetuado pelo autuante nos demonstrativos de fls. de fls. 107 e 124/125, pelo regime normal de apuração, com a alíquota de 17%, não foi computado o crédito presumido de 8%, por se tratar de contribuinte do SIMBAHIA à época dos fatos, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 465) para o diligente refazer os mencionados demonstrativos incluindo o crédito de 8%, apurando o valor do imposto devido.

Conforme PARECER ASTEC N° 110/2008 (fls. 466/467), em atendimento ao solicitado, foi refeito o cálculo do imposto apurado pelo autuante no demonstrativo de fls. 107 e 124/125, com a concessão do crédito presumido de 8%, conforme planilha elaborada à fl. 466. Assim, a diligente informa que após o refazimento dos cálculos referentes aos fatos geradores compreendidos entre janeiro de 2005 e março de 2006, mantendo os valores apurados pelo autuante nos demais meses, o débito da infração 01 ficou alterado de R\$485.304,63 para R\$295.835,91, conforme demonstrativo de débito à fl. 467.

O autuante tomou conhecimento (fl. 471), do PARECER ASTEC N° 110/2008 e não se manifestou quanto ao mencionado parecer.

O advogado do autuado apresentou petição à fl. 474, alegando que a intimação acerca do PARECER ASTEC Nº 110/2008 foi assinada por um terceiro totalmente estranho ao contribuinte, e caso seja necessário poderá trazer provas aos autos de que o autuado deixou de operar no local muito antes do envio da correspondência. Pede que seja devolvido o prazo para manifestação do contribuinte.

À fl. 477, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o defendant no endereço indicado na petição do seu advogado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia do PARECER ASTEC Nº 110/2008, mediante recibo, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 110/2008, o autuado apresentou manifestação às fls. 483 a 485, aduzindo que em relação à forma de cálculo do imposto exigido, não foram incluídos os créditos de 8% referentes aos meses de abril de 2003 a outubro de 2004 e de abril de 2006 a agosto de 2006, conforme o confronto entre os valores da primeira infração e os demonstrativos de fls. 467 ou 459. Diz que se depreende que as alíquotas utilizadas na planilha de fls. 467 ou 469 foram todas de 17%, em detrimento da correta, de 12%. Assim, o defendant alega que os cálculos ainda não foram realizados na forma correta, e que seria necessário que fosse enviada uma cópia do demonstrativo de débito com a tabela de redução de multa, possibilitando que o impugnante pudesse quitar os débitos com o Fisco deste Estado. Entende que ficou caracterizada a existência de vício material no presente Auto de Infração, devendo os julgadores se pronunciarem sobre o mencionado vício, determinando a sua origem, se material ou formal, uma vez que esse posicionamento atraca a exigibilidade do crédito tributário. Reitera o pedido de completa anulação deste Auto de Infração, por existência de vícios no cálculo do imposto exigido, especialmente pela falta do crédito de 8%, referente ao valor das saídas computadas na apuração do imposto exigido, o que está claramente visualizado pelas planilhas de fls. 459 ou 467. Apresenta o entendimento de que é inviável que o simples recálculo pela planilha apresentada possa modificar um lançamento tributário, tendo em vista que não se trata de um simples erro de digitação. Diz que foi configurado o vício pelo erro na interpretação da legislação e a própria planilha de fls. 459 ou 467 demonstra que o erro no lançamento ultrapassa o montante de R\$200.000,00, e se os valores tivessem sido calculados corretamente, poderiam ser os valores reduzidos muito superiores ao montante já indicado. Enetnde que não há no ordenamento tributário brasileiro qualquer possibilidade de modificação de ofício pelo Fisco do lançamento tributário realizado em sede de Processo Administrativo Tributário, mesmo que seja dado conhecimento ao contribuinte desta intenção. Salienta que cabe ao Fisco efetuar novo lançamento no prazo legal, e reafirma que ficou caracterizado erro material e que o único deslinde do feito seja o total provimento dos pedidos formulados anteriormente em relação à primeira infração. Informa que após a decisão final administrativa irá exercer seu direito à Denúncia Espontânea. Por fim, requer seja sempre intimado o procurador do contribuinte, Dr. Luis André Beckhauser de todos os despachos e decisões, em especial a data de julgamento com antecedência mínima de cinco dias para que possa exercer o direito de sustentação oral e apresentação de memoriais. Para tanto, cita o endereço do referido procurador.

VOTO

Inicialmente, apreciando a alegação do autuado de que em virtude da demora no encerramento da fiscalização, entrou em contato com o Fisco no sentido de pagar os tributos em aberto, e não foi permitido apresentar denúncia espontânea, observo que de acordo com o art. 26 do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; da intimação ao contribuinte para prestar esclarecimentos ou exibir documentos solicitados pela fiscalização.

O procedimento de fiscalização deve ser concluído no prazo de noventa dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo

que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, conforme o § 1º do art. 28 do RPAF/BA.

No caso em exame, a primeira intimação para apresentação de livros e documentos fiscais ocorreu em 23/05/2007 (fl. 13), sendo acostadas aos autos outras intimações datadas de 26/06/2007 e 16/07/2007 (fls. 15/16). Portanto, na data de lavratura do Auto de Infração (14/08/2007) o procedimento fiscal ainda estava no prazo de conclusão, não cabendo aceitar qualquer denúncia espontânea, haja vista que a denúncia espontânea se caracteriza quando o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, comunica a irregularidade à repartição fiscal ou recolhe o tributo não pago na época própria (art. 95 do RPAF/99). Neste caso, a denúncia espontânea excluiria a aplicação de multa por infração à obrigação tributária principal ou acessória, conforme art. 98 do mencionado Regulamento.

Outra alegação preliminar apresentada pelo defendant se refere à Notificação Fiscal, argumentando a revogação do art. 32 do RPAF/BA, tornou obrigatória a possibilidade de pagamento do imposto no prazo de dez dias, sem incidência de qualquer multa fiscal, em toda notificação fiscal emitida, e que esta situação está descrita no art. 51, inciso IV do citado Regulamento, o que não está sendo aplicado pelo fisco. Entretanto, não pode ser acatado tal argumento, tendo em vista que o presente lançamento não se enquadra nas situações previstas no art. 48 do RPAF/99 para emissão de Notificação Fiscal.

Vale salientar que a redação da parte inicial do referido art. 48 do RPAF/BA, que previa a comunicação do contribuinte acerca do lançamento de ofício pela repartição fazendária, teve vigência até 30/12/2002.

O autuado também suscitou nulidade da autuação alegando vício material na aplicação da alíquota de 17% em detrimento daquelas alíquotas estabelecidas para o “Simples”, bem como pela inexistência de enquadramento legal apontado pelo fiscal (arts. 384-A e 387-A do RICMS/BA), contrariando os princípios da legalidade e da ampla defesa. Em relação à alíquota, trata-se de questão de mérito relacionada à apuração do imposto e será analisada oportunamente neste voto.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal da segunda infração, observo que não implica nulidade da autuação possível erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte, o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA. Por isso, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa.

No mérito, a primeira infração trata da exigência de imposto em decorrência de “calçamento” constatado em notas fiscais emitidas pelo autuado, havendo divergência entre os valores de suas vias, conforme documentos anexados aos autos, fls. 21 a 187, tendo sido apurado o imposto correspondente aos valores reais das operações realizadas, consoante os demonstrativos de fls. 18 a 20, 107 e 124/125 do presente processo.

Em sua impugnação, o autuado alegou que contesta as alíquotas de 17% e 12% constantes dos demonstrativos elaborados pelo autuante, entendendo que os enquadramentos legais indicados na autuação não determinam a utilização da alíquota normal; que a alíquota correta é a do “Simples Estadual”, conforme tabela em função da receita bruta, elaborada à fl. 394, considerando que à época dos fatos geradores estava enquadrado no SIMBAHIA. Assim, o autuado não apresentou qualquer documento para contrapor o levantamento fiscal, tendo contestado apenas a aplicação das alíquotas normais na apuração do imposto devido.

Vale ressaltar, que está comprovado pelos dos documentos fiscais constantes dos autos que existem divergências entre as vias da mesma Nota Fiscal, a exemplo da NF 001942 (fls. 21/22), encontrando-se em uma via o valor total dos produtos de R\$67.500,00 e na outra o valor de R\$1.260,00. O mesmo fato acontece em relação aos demais documentos fiscais que foram anexados ao PAF, ficando caracterizada a irregularidade que resultou na exigência fiscal.

Em relação às alíquotas utilizadas pelo autuante, observo que por se tratar de empresa inscrita no SIMBAHIA, o cometimento da infração apurada, que é de natureza grave, enseja a perda de benefícios, e por isso, a exigibilidade do tributo deve ser efetuada considerando a alíquota normal, e sobre o valor do imposto apurado ser aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal, calculado sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98.

Tendo em vista que no cálculo do imposto efetuado pelo autuante nos demonstrativos de fls. 107 e 124/125, pelo regime normal de apuração, com a alíquota de 17%, não foi computado o crédito presumido de 8%, e por se tratar de contribuinte do SIMBAHIA à época dos fatos, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, conforme PARECER ASTEC Nº 110/2008 (fls. 466/467), em atendimento ao solicitado, foi refeito o cálculo do imposto apurado pelo autuante no demonstrativo de fls. 107 e 124/125, com a concessão do crédito presumido de 8%, conforme planilha elaborada à fl. 466. A diligente informa que refez os cálculos referentes aos fatos geradores compreendidos entre janeiro de 2005 e março de 2006, considerando que a partir de abril de 2006 o contribuinte passou do regime SIMBAHIA para o regime normal. Assim, mantendo os valores apurados pelo autuante nos demais meses, o débito da infração 01 ficou alterado de R\$485.304,63 para R\$295.835,91, conforme demonstrativo de débito à fl. 467.

Vale salientar, que intimado do PARECER ASTEC Nº 110/2008, o autuado apresentou o entendimento de que em relação à forma de cálculo do imposto exigido, não foram incluídos os créditos de 8% referentes aos meses de abril de 2003 a outubro de 2004 e de abril de 2006 a agosto de 2006, conforme o confronto entre os valores da primeira infração e os demonstrativos de fls. 467 ou 459. Diz que se depreende que as alíquotas utilizadas na planilha de fls. 467 ou 459 foram todas de 17%, em detrimento da correta, de 12%. Portanto, o deficiente alega que é inviável que o simples recálculo pela planilha apresentada possa modificar um lançamento tributário, tendo em vista que não se trata de um simples erro de digitação.

Não acato as alegações do deficiente, haja vista que no levantamento fiscal originalmente efetuado foram aplicadas as alíquotas de 17% e 12%, de acordo com o destinatário das mercadorias a exemplo da planilha de fl. 107. Tomando como exemplo o mês 12/2005 o débito apurado pelo autuante à alíquota de 12% foi R\$27.583,56; a diligente utilizou o mencionado valor e deduziu o crédito presumido de 8% (fl. 466). Portanto, foram consideradas as alíquotas de acordo com o destinatário das mercadorias, não merecendo prosperar as alegações defensivas.

No demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 18 a 20, foi considerado o crédito presumido de 8% no período de abril de 2003 a dezembro de 2004, e conforme o demonstrativo elaborado pela diligente à fl. 466, esse crédito presumido de 8% também foi computado no período de janeiro de 2005 a março de 2006. A partir de abril de 2006, o autuado já se encontrava no regime normal de apuração do imposto, por isso, não há crédito presumido a ser concedido, haja vista que os documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias devem ser escriturados no livro Registro de Entradas e os respectivos créditos lançados no Registro de Apuração do ICMS.

Quanto ao demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 467, foi indicada a alíquota de 17% por imposição do programa, Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente por esta Secretaria da Fazenda, e não obstante isso, não houve qualquer alteração no débito apurado, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal e planilha à fl. 466 com o demonstrativo de débito (fl. 467). Assim, não acato a alegação defensiva em relação à alíquota, tendo em vista que a mesma foi

utilizada de acordo com a destinação das mercadorias constante dos documentos fiscais objeto da autuação fiscal.

Entendo que está comprovado nos autos o cometimento da infração apurada, conforme photocópias e vias das notas fiscais utilizadas na instrução do PAF, e não foi apresentado pelo defensor elemento suficiente para elidir a exigência do imposto. Infração subsistente em parte, no valor total de R\$295.835,91, conforme demonstrativo elaborado pela diligente da ASTEC à fl. 467.

A infração 02 se refere ao recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, nos exercícios de 2003 e 2004, e não foram incluídas as Notas Fiscais com divergências de valores em suas vias, que são objeto da primeira infração.

O autuado alega que se trata de falta de recolhimento do imposto no prazo correto, cujos valores foram corretamente informados, estando sujeito apenas à multa de 50%, conforme art. 42, inciso I da Lei 7.014/96. Afirma que além da alíquota ilegalmente utilizada, no demonstrativo de débito elaborado pelo Fisco, em especial dos meses de janeiro e fevereiro de 2003, não foi considerado o crédito em favor do contribuinte, relativamente aos valores pagos a mais; não há previsão legal de pagamento inferior a R\$460,00, e o pagamento a mais que o devido deve ser considerado como crédito para o contribuinte.

Observo que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais e nas notas fiscais de saídas, conforme demonstrativos de fls. 188 a 203 e photocópias dos livros fiscais (fls. 210 a 384), sendo constatado que nos meses de janeiro e fevereiro de 2003 o valor devido foi R\$382,61 e R\$68,58, respectivamente. Neste caso, a legislação prevê que em se tratando de empresa de pequeno porte, o valor mínimo a ser recolhido em cada mês não poderá ser inferior ao valor fixado para as microempresas (Parágrafo único, inciso II do art. 7º da Lei 7.357/98). Portanto, constou no levantamento fiscal o valor recolhido de R\$460,00, e por isso, não houve recolhimento a mais, como alegou o defensor, e sim o pagamento correto do imposto. Quanto aos demais meses, se o ICMS recolhido foi superior ao devido, o autuado pode solicitar a restituição do indébito, não cabendo fazer compensações nesta fase processual.

O autuado não contestou os dados numéricos constantes do levantamento fiscal, alegando apenas que foram utilizadas alíquotas incorretas. Entretanto, observo nas planilhas de fls. 188 e 194 foram aplicados os percentuais sobre a receita bruta de cada mês, de acordo com a respectiva Receita Bruta Ajustada Acumulada, conforme quadro demonstrativo nos referidos demonstrativos de apuração do imposto exigido.

O defensor alega que houve equívoco na aplicação da alíquota de 17% em detrimento daquelas alíquotas estabelecidas para o “Simples”, bem como pela inexistência de enquadramento legal apontado pelo fiscal (arts. 384-A e 387-A do RICMS/BA), por isso, pede que seja corrigido o cálculo do imposto exigido pelas alíquotas corretas e descontados os valores pagos a mais nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, e excluída a multa em razão da denúncia espontânea não admitida pela fiscalização.

Conforme art. 387-A do RICMS/97, vigente à época, o ICMS devido pela empresa de pequeno porte será apurado, mensalmente, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A. No caso em exame não foi aplicada a alíquota de 17%, como alegou o autuado, e sim os percentuais citados no art. 387-A do RICMS/BA, reproduzidos no quadro constante do demonstrativo elaborado pelo autuante, e não foram apurados valores pagos a mais nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, o que já foi comentado neste voto.

Vale salientar, que o autuado recebeu cópia de todos os demonstrativos elaborados pelo autuante, conforme recibo à fl. 388, e não foi apresentado qualquer documento para contrapor o levantamento fiscal. A indicação da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de

Infração foi efetuada por imposição do programa, Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração, o que não onerou o autuado, conforme se pode constatar pelo cotejo entre os valores do imposto apurados no levantamento fiscal e o demonstrativo de débito.

Quanto ao pedido de exclusão da multa em razão da denúncia espontânea, também já comentado anteriormente, não ficou caracterizada a espontaneidade e não foi comprovada a denúncia, alegada pelo deficiente.

Assim, restou provado que o lançamento foi efetuado corretamente, ficando inalterado o valor do imposto exigido, conforme apurado no levantamento fiscal (fls. 188/194). Mantida a Exigência fiscal.

A infração 03 refere-se à exigência de ICMS, calculado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais (fls. 200 a 203), tendo em vista que o contribuinte estava enquadrado como contribuinte no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA foi instituído pela Lei 7.357, de 04/11/98, e de acordo com a referida lei em vigor à época, este regime consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, sendo exigido que os interessados em adotar este tratamento tributário, se enquadrem nas condições e limites fixados na lei, implicando renúncia expressa à utilização de quaisquer créditos fiscais.

O desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA é consequência dos seguintes fatores:

- a) opção manifesta do contribuinte, retornando à sistemática anterior de apuração do imposto;
- b) em decorrência de inclusão indevida do contribuinte no regime;
- c) quando o contribuinte extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado;
- d) constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;
- e) quando o contribuinte comete infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

Quanto aos fatos que levaram ao desenquadramento, além das irregularidades de natureza grave apuradas na primeira infração, de acordo com a descrição dos fatos, foi apurado que em dezembro de 2004 a Receita Bruta Ajustada Acumulada da empresa ultrapassou o limite legal de R\$1.200.000,00, vigente até 31/08/2005 para enquadramento como Empresa de Pequeno Porte. O contribuinte estava obrigado a comunicar o fato à SEFAZ, requerendo o seu desenquadramento do SIMBAHIA, passando a apurar pelo regime normal, o que não ocorreu.

O RICMS/BA estabelece no art. 2º, inciso II, da Lei 7.357/98, vigente à época, que se considera empresa de pequeno porte o contribuinte cuja receita bruta do ano anterior seja superior a R\$240.000,00 e inferior a R\$1.200.000,00 (efeitos no período de 01/01/00 a 31/08/05); e superior a R\$360.000 e igual ou inferior a R\$2.400.000,00 (efeitos a partir de 01/09/2005).

De acordo com os levantamentos efetuados e esclarecimentos prestados pelo autuante, somando-se as receitas apuradas nos demonstrativos de fls. 18/20 e 194, está comprovado nos autos que em 2004 a receita bruta do autuado foi superior a R\$1.900.000,00. Pela planilha de fls. 200/201, em 2005, a receita bruta foi superior a R\$2.400.000,00, somando-se os valores apurados nos demonstrativos de fls. 107 e 200/201; e em 2006 também foi superior a R\$2.400.000,00 (fls. 202/203).

O art. 15, inciso I da Lei 7.357/98 estabelece:

Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

I - que efetuar operações ou prestações cujo somatório exceda, em mais de

10% (dez por cento), em dois exercícios consecutivos, ou em mais de 20% (vinte por cento) em um único exercício, os limites estabelecidos no art. 2º, desta Lei (redação vigente até 31/08/2005).

A partir de 01/09/05 o inciso I do art. 15 passou a vigorar a seguinte redação: “que efetuar operações ou prestações cujo somatório exceda os limites estabelecidos no art. 2º desta Lei”.

Portanto, entendo que de acordo com os dados constantes do levantamento fiscal em confronto com a previsão legal reproduzida neste voto, além da irregularidade de natureza grave apurada na infração 01, nos exercícios fiscalizados, o somatório das operações realizadas pelo autuado ultrapassou os limites estabelecidos na legislação para a sua condição de empresa de pequeno porte, e por isso, deveria estar enquadrado como contribuinte do regime normal do imposto, excluindo-se do SIMBAHIA.

O defensor alega que de acordo com os relatórios emitidos pelo autuante, a empresa não atingiu o limite para exclusão do “Simples Estadual”, e se fosse considerada correta a afirmação do autuante e negado o benefício em 2005, este seria restabelecido em 2006, perdendo a importância a autuação. Entretanto, não acato a alegação defensiva e concordo com a informação prestada pelo autuante, de que somando-se os valores declarados pelo autuado em seus livros fiscais com os montantes correspondentes às operações constantes do demonstrativo de fls. 14 e 15, referentes às notas fiscais “calçadas”, se obtém o real valor das Receitas Brutas para os exercícios de 2004 e 2005, que excederam o valor limite então vigente para enquadramento no SIMBAHIA. Portanto, é correto exigir o imposto pelo regime normal de apuração.

O defensor também alegou que, conforme o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte seria necessário à atualização monetária dos limites estabelecidos para inclusão de micro ou pequena empresa e por isso, entende que o Poder Executivo Estadual deveria ter corrigido o valor. Entretanto, não há previsão neste sentido na Lei 7.357/98 (vigente à época dos fatos).

Como já foi comentando anteriormente, a Lei 7.357/98 (vigente à época) estabelecia: o contribuinte perde o direito à adoção do tratamento simplificado quando incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. Também perde o direito à adoção do tratamento do SIMBAHIA, quando o estabelecimento extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado (art. 15, I e V). Neste caso, contribuinte deveria informar à Secretaria da Fazenda os reais valores de entradas e serviços tomados e do faturamento obtidos no exercício, para efeito de determinação de novo valor mensal devido. Assim, tendo em vista que o contribuinte fica sujeito à exclusão do regime SIMBAHIA, o imposto é calculado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, como foi efetuado nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 200 a 203),

Quanto ao levantamento fiscal, o defensor não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante, ou seja, não houve contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal, e a exigência do imposto está amparada na legislação em vigor. Portanto, entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o tributo apurado às fls. 200/203, haja vista que foram considerados os créditos fiscais e os valores recolhidos no período fiscalizado.

Em relação à multa indicada no Auto de Infração, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou no presente lançamento, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Infração subsistente, tendo em vista que, em caso de desenquadramento de contribuinte no Regime Simplificado de Apuração - SIMBAHIA, a legislação determina a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento

inscrito no regime SIMBAHIA quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios.

Também não acato o argumento do autuado de que se aplica o art. 106 do CTN haja vista que se trata de exigência do imposto, aplicando-se a legislação vigente na época de ocorrência dos fatos geradores.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Entretanto, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271581.0002/07-1, lavrado contra **ACEE ACESSÓRIOS EQUIPAMENTOS ELETRO ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$482.487,75**, acrescido das multas de 50% sobre R\$25.001,47, 60% sobre R\$161.650,37 e 150% sobre R\$295.835,91 previstas no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3, II, alínea “a”, V, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR