

**PROCESSO** - A. I. Nº 110120.0104/07-1  
**RECORRENTE** - CARDOSO VALENTE COMERCIAL LTDA. (COLD AIR)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0345-02/09  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 22/12/2010

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0424-12/10

**EMENTA:** ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). LANÇAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. A exclusão, de ofício, do contribuinte do regime do SimBahia, por meio de procedimento sumário realizado pela própria autuante no transcurso da ação fiscal, não encontra amparo na legislação tributária. Esse procedimento sumário cerceou o direito de defesa do contribuinte, bem como violou o devido processo legal. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração nulo. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, impugnando a Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2007 contra o contribuinte, debitando este no valor equivalente a R\$72.041,90, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de maio a dezembro de 2006, janeiro a maio de 2007, conforme demonstrativos às fls. 05 a 81.

Consta na descrição dos fatos: *“A empresa foi alvo de Investigação Fiscal cujo relatório (anexo) concluiu pelo desenquadramento da empresa do regime do Simbahia para o Regime Normal, com base no Artigo 408-L Incisos II e IV do RICMS em vigor. Efetuada a fiscalização constatamos, após o desenquadramento, que a empresa possui Icms a recolher, conforme segue: Exercício de 2006-ICMS a recolher referente ao apurado no desenquadramento do regime do Simbahia para o regime Normal no valor de R\$ 42.269,71. Exercício de 2007 – ICMS a recolher referente ao apurado no desenquadramento do regime do Simbahia para o regime Normal no valor de R\$ 54.911,13. Tudo conforme demonstrativos cujas cópias foram entregues ao contribuinte. A fiscalização teve por finalidade, também, informar o processo de baixa protocolado sob nº 217297/2006-0. Opinamos pelo indeferimento do pedido de baixa.”*

O sujeito passivo ingressou com defesa inicial às fls. 111 a 116, arguindo a nulidade da autuação fiscal sob alegação de que os dados do estabelecimento autuado não correspondem com a realidade, isto porque, o CNPJ nº 06.253.802/0002-70, consignado no Auto de Infração, está em desuso desde 2006, conforme alteração contratual que foi efetuada.

Além disso, diz que o endereço também está incorreto, pois se trata de endereço fechado da empresa, que não faz operação de compra e venda de mercadorias em 0003-50.

Desta forma, aduz que o relatório de cartão de crédito refere-se à movimentação do estabelecimento matriz, pois a filial estava desativada e o depósito fechado não realiza essas operações.

Quanto ao desenquadramento do Regime do SimBahia, alega cerceamento de defesa, dizendo que, além de não ter sido indicado o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, a descrição dos fatos não atende ao artigo 39, inciso III, do RPAF/99, pois se limita a fazer indicação de uma investigação fiscal que teria apurado irregularidades, sem descrever estas irregularidades no Auto de Infração.

Sustenta que o que se tem é uma acusação genérica de que existe um grupo Cold Air, a partir de meras presunções levantadas na investigação fiscal que não estão previstas em lei. Argumenta que o fato de haver parentesco entre os sócios, de as empresas terem objeto idêntico, de terem contadores comuns, de serem promovidos empregados destacados a sócios, não são relevantes para autorizar a tributação por presunção, por entender que estes fatos coincidentes não estão elencados como presunções legais.

Por estes fundamentos, requer a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, no que se refere aos débitos dos exercícios de 2006 e 2007, em razão do desenquadramento do Regime do Simbahia para o Regime Normal, argui a improcedência da autuação com base no artigo 408-L, incisos II e IV, do RICMS/97, por entender que a autuação não indica quais foram as declarações inexatas ou falsas de que se utilizou a empresa.

Quanto à acusação de que a empresa é constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, esclarece que a empresa foi criada com, apenas, os dois filhos de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, e desvinculada de outras empresas.

Repudia a existência de um grupo de empresa comandado por Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, e diz que toda a prova documental, as declarações de imposto de renda e as escritas fiscal e contábil, comprovam que a citada pessoa não é titular ou sócia da empresa autuada.

Salienta que a investigação fiscal pautou-se pelo ódio da ex-funcionária Selma Maria dos Santos Batista, que, comprovadamente fraudou o recolhimento do ICMS da empresa, apossando-se dos valores alheios.

Ressalta que o estabelecimento matriz, no desenquadramento do Simbahia para o Regime Normal não foi autuado, diante da apuração, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, dos saldos credores nos valores de R\$10.992,02, R\$13.315,27 e R\$25.402,52, respectivamente, conforme Termo de Encerramento de Fiscalização lavrado em 28/09/2007.

Portanto, reafirma a nulidade da imputação de omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de levantamentos de vendas com pagamento em cartão de crédito, pois tais operações não se referem ao estabelecimento autuado.

Ao final, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário, se examinado o mérito, pede a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fls. 125 a 126, a autuante esclareceu e rebateu as razões defensivas dizendo que:

1. a inscrição estadual 68.853.300 e o CNPJ nº 06.253.802/0002-70 pertencem a empresa Cardoso Valente Comercial Ltda, a qual, solicitou baixa da inscrição, por encerramento de suas atividades comerciais, conforme pedido protocolado sob nº 217.297/2006-0.
2. dando cumprimento ao processo de baixa foi efetuada a fiscalização sendo constatado que a empresa efetuou vendas com cartão de débito/crédito cujos v: nem efetuado o recolhimento do ICMS devido.
3. Conforme demonstrado às fls. 10 a 81, a inscrição estadual e o C

com cartão de débito/crédito é do estabelecimento autuado, e foram retirados do sistema da SEFAZ/BA.

4. O movimento apresentado pela fiscalização não se refere ao estabelecimento matriz, pois os dados existentes no banco de dados da SEFAZ apontam a inscrição estadual do estabelecimento que solicitou a baixa da inscrição, no caso, a de nº 68.853.300.
5. Foi citado à fl. 01 do processo que o dispositivo legal aplicável à infração, é o artigo 408-L, incisos II e IV.
6. A autuação não está baseada em presunção, mas sim, em fatos e provas materiais coletadas e analisadas, que comprovaram a irregularidade do enquadramento da empresa no Regime do Simbahia, conforme Relatório de Investigação Fiscal anexado às fls. 16 a 38.

Conclui pela procedência de seu procedimento fiscal.

Na fase de instrução foi verificado que o sujeito passivo em sua impugnação alegou que a conclusão fiscal é genérica e está baseada em meras presunções, deixando a entender que não recebeu cópia do Relatório de Investigação Fiscal que ensejou o desenquadramento do regime do Simbahia, com a exigência do imposto pelo regime normal.

Diante disso, na pauta suplementar do dia 07/10/2008, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para que fosse providenciada a assinatura das autoridades fiscais no Relatório de Investigação Fiscal às fls.82 a 104 e, posteriormente, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, mediante a entrega do referido RIF e da informação fiscal às fls. 125 a 126.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls.134 a 135), a INFAZ Varejo cumpriu integralmente o despacho de diligência desta Junta, tendo o sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, se manifestado às fls.139 a 141, nos seguintes termos.

Ratificou todas as razões apresentadas na primeira defesa, e arguiu que as considerações do Relatório de Investigação Fiscal de fls.62 a 104, são genéricas e se baseiam em meras presunções *hominis*, por entender que se limita a pretender comprovar a denúncia da ex-empregada Selma Maria dos Santos Batista, que fraudou os recolhimentos do ICMS da empresa, cuja referida denúncia, segundo o patrono do autuado, não encontrou eco na Autoridade Policial nem no Ministério Público.

Aduz, ainda, que o Auto de Infração e o relatório de fiscalização, em que se baseia, parte do pressuposto de que uma empresária não pode ajudar a seus filhos abrirem um comércio próprio, cujas doações efetuadas são normais e foram comprovadas nas declarações do imposto de renda da mãe e dos filhos.

Conclui, requerendo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

A autuante se manifesta dizendo que o autuado apenas ratificou a primeira defesa, e disse que nada tem a acrescentar à informação fiscal às fls. 125 a 126.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Decisão, concluindo pela procedência do supracitado Auto de Infração, conforme os termos transcritos abaixo:

*“Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade, a pretexto de cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, observo que a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, ou seja, os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.*

*Quanto a alegação defensiva de que o desenquadramento está baseado em presunção, considerando que o processo não continha provas de que tivesse sido entregue ao autuado o Relatório de Investigação Fiscal (RIF) constante às fls.82 a 104, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para assinatura das autoridades fiscais no referido RIF, conforme despacho à fl. 129, sendo reaberto o prazo de defesa com a entrega do citado relatório, além da informação fiscal.*

*Consta às fls.134 a 135, Termo de Intimação e AR dos Correios, expedido e entregue ao autuado dos documentos às fls.82 a 194, 125 a 1126, e 129, com*

Created with

*permitindo ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e contraditório.*

*Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.*

*Pelo que consta na descrição dos fatos, o débito apurado pela fiscalização é decorrente da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (Simbahia), tendo em vista que o estabelecimento autuado foi alvo de investigação fiscal, que concluiu que houve indícios de simulação na formação do quadro societário de diversas empresas, cujo relatório (fls.82 a 104), opina pelo desenquadramento do regime do SIMBAHIA para o regime Normal, com base no art.408-L, incisos II e IV, do RICMS/97.*

*O débito foi apurado pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-S, § 1º do RICMS/97, e do ICMS recolhido a título do SIMBAHIA e do ICMS antecipação tributária, tudo conforme levantamento e documentos às fls. 05 a 81.*

*Foi constatado que na intimação sobre a lavratura do Auto de Infração (fls. 108/109) não constava a entrega do Relatório TEF, mas tão-somente os documentos acima citados, pendência essa, que foi saneada, a pedido desta Junta, com a reabertura do prazo de defesa.*

*Ao se manifestar o autuado, além da arguição de nulidade da ação fiscal, acima rejeitada, reiterou que a conclusão fiscal é genérica e está baseada em meras presunções, pois o estabelecimento autuado é um depósito e que o CNPJ consignado no Auto de Infração está em desuso desde 2006.*

*Na análise das peças processuais, verifico que não existe erro nos dados do estabelecimento autuado, pois a documentação juntada ao processo pela fiscalização demonstra de forma inequívoca que todos os dados cadastrais correspondem com os que foram consignados à fl. 01, ou seja: nos “Relatório Diários Operações TEF” às fls. 11/81 consta a inscrição estadual nº 68.853.300, e na SEFAZ o CNPJ desta inscrição é 06.253.802/0002-70, idêntico ao que foi consignado no Auto de Infração, não existindo qualquer registro de que este CNPJ está em desuso desde 2006, e o autuado não comprovou que tivesse havido alteração contratual nesse sentido. Também não existe no cadastro fazendário registro de que o endereço se trata do depósito fechado da empresa, que não faz operação de compra e venda de mercadorias, cujo CNPJ termina em 0003-50.*

*Quanto a alegação de que o relatório de cartão de crédito refere-se à movimentação do estabelecimento matriz, o documentos comprovam o contrário, haja vista que neles constam que as operações foram efetuadas pelo estabelecimento com inscrição estadual idêntica ao do estabelecimento autuado.*

*Quanto ao desenquadramento do Regime do SIMBAHIA, alega cerceamento de defesa, dizendo que não foi indicado o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, observo que a descrição dos fatos atende, de forma satisfatória, ao artigo 39, inciso III, do RPAF/99, pois faz referência ao Relatório de Investigação Fiscal que apurou irregularidades, relatório esse, que o autuado tem conhecimento, pois recebeu cópia da própria Infaz a pedido desta Junta.*

*No mérito, a infração no corpo do Auto de Infração foi descrita como “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”, alusiva ao período de maio de 2006 a maio de 2007.*

*Verifico que, na data da autuação, o estabelecimento era uma empresa de pequeno porte, e a exigência fiscal decorre da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), tendo em vista que a empresa foi alvo do Relatório de Investigação Fiscal – Grupo Cold Air, expedido pela Inspetoria de Fiscalização de Varejo (fls.82 a 104), que concluiu que houve indícios de simulação na formação do quadro societário das empresas Cold Air Comercial Ltda; Eletronox Comercial Ltda; G. Cardoso Comercial Ltda; Cardoso Valente Comercial Ltda; e M & J Comércio de Confecções e Eletrônicos Ltda. Ainda que relatório não existisse, a constatação da infração descrita na inicial, por si só, autoriza a exigência fiscal pelo regime normal, mediante o cotejo entre as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito com as vendas registradas na escrita fiscal.*

*Diante da conclusão constante no Relatório de Investigação Fiscal, o lançamento fiscal encontra amparo nos artigos abaixo:*

*Lei 7.357/98:*

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

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elenc autoridade competente.”*

**RICMS/97:**



*“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.*

*Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).*

*Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

*§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”*

*Portanto, pelo que se vê, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SimBahia, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado, sob pena de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.*

*Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interposição de pessoa, para efetuar a sua opção pelo Regime do SIMBAHIA (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.*

*Pelas considerações acima alinhadas, o estabelecimento foi desenquadrado nos termos do inciso V, do art. 408-L do RICMS/97, que se refere ao fato de o autuado ter sido constituído com interposição de pessoa que não seja o efetivo sócio ou proprietário, comprovado por meio de farta documentação e provas anexados aos autos e relacionados na descrição dos fatos, fls. 02 a 05 do PAF, destacando-se o Relatório de Investigação Fiscal nº 2804 da SEFAZ/INFIP (fls. 24 a 39). Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deva ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme art. 408-S, do RICMS/97.*

*A ação fiscal está baseada no citado Relatório de Investigação Fiscal, nos demonstrativos intitulados “Desenquadramento Cálculo do Saldo do ICMS”; “Icms a Recolher”; “Relatório de Informações TEF – Anual” e “Relatório Diário de Operações TEF”, às fls.05 a 104, cujo débito foi apurado pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-S, § 1º do RICMS/97.*

*Observe que de acordo com a descrição do fato no corpo do Auto de Infração, a acusação fiscal está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n.º 8.542 de 27/12/02, e diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito.*

*Quanto ao cálculo do débito, verifico que por se tratar de uma presunção legal de operações anteriores não levadas à tributação, no demonstrativo à fls. 05 a 07, foi deduzido indevidamente os valores correspondentes ao ICMS recolhido pelo regime do SimBahia e pela antecipação parcial.*

*Mantenho o lançamento, pois o autuado não apontou erros nos números utilizados na apuração da exigência fiscal, cuja adoção do regime normal se justifica plenamente pelos comentários acima alinhados, e pelo fato de o autuado não ter apresentado documentos capazes de elidir a conclusão fiscal. Represento a autoridade fazendária competente para determinar a instauração de procedimento fiscal complementar visando o lançamento das parcelas relativas ao ICMS recolhido pelo regime do SimBahia e pela antecipação parcial deduzidos indevidamente no levantamento fiscal.*

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

O recorrente, inconformado com a Decisão proferida em 1ª Instância, interpôs Recurso Voluntário (fls. 165 a 169) contra tal Decisão, uma vez que a considerou equivocada. Nas suas razões recursais, reiterou os mesmos argumentos apresentados na defesa inicial. Concluiu sua peça recursal, requerendo pela nulidade, ou caso essa não seja acórdão recorrido.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce

Parecer opinativo (fls. 179 e 180), alegando que a razão da autuação-presunção de omissão de saídas anteriores pela constatação de divergências entre os valores lançados pelo contribuinte e os informados pelas administradoras de cartões de crédito, já são suficientes para justificar a apuração do ICMS pelo regime normal, nos termos do art. 15, V, da Lei nº 7.357/98, c/c art. 408-L do RICMS. Logo, entendeu como afastadas as alegações de nulidade do procedimento fiscal.

Em relação ao mérito, sustentou que o argumento de que as receitas não são da empresa autuada, e sim de outra, não deve imperar, pois os relatórios das administradoras de cartões de crédito (fls. 11 a 81) indicam a IE 68.853.300, que é do autuado.

Concluiu seu Parecer, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em assentada de julgamento, dada a palavra à representante da Procuradoria Geral do Estado, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, esta apresentou as seguintes ponderações:

- a) tanto a PGE/PROFIS, quanto este Egrégio CONSEF, já assentaram entendimento no sentido de que, tratando-se de Auto de Infração lavrado por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada com base em levantamentos fiscais, não seria necessário proceder ao desenquadramento definitivo da empresa do regime Simbahia, para que se pudesse apurar o imposto com base nos critérios aplicáveis ao regime normal, tudo com supedâneo nos art. 15, inciso V, e 19, ambos da Lei nº 7.357/98, assim como nos arts. 408-L, inciso V e 408-P, ambos do RICMS/97;
- b) não obstante, na hipótese dos autos, o autuante expressamente fundamentou a autuação em suposto desenquadramento previamente efetuado pela Administração Fazendária, com base em relatório de Investigação Fiscal produzido pela INFIP, que concluiu restarem configuradas as hipóteses do art. 408-L, incisos II e IV do RICMS/97;
- c) neste caso, se, por opção do próprio autuante, o Auto de Infração foi lastreado em prévio ato de desenquadramento supostamente praticado pela Administração Fazendária, seria mister que tal ato efetivamente existisse, que tivesse sido praticado pela autoridade competente, e que tivesse sido devidamente comunicado ao contribuinte, em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório;
- d) não foi isso, todavia, que se observou a partir da análise dos autos, porque, conquanto o mencionado relatório de Investigação Fiscal tenha recomendado que a autoridade competente – qual seja, o Inspetor Fazendário – praticasse o ato de desenquadramento, não consta dos autos qualquer indício de que tal recomendação tenha sido observada, nem de que o suposto ato de desenquadramento, se porventura praticado, tenha sido informado ao contribuinte, previamente à lavratura do Auto de Infração;
- e) nesse contexto, ousamos discordar, com a devida vênia, do Parecer lançado nos autos às fls. 179/180, para sugerir que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, com recomendação de que seja renovado o lançamento tributário, livre dos vícios que ora o maculam.

## VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que o valor da infração constante do Auto de Infração do presente PAF - por omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela administradora de cartão de crédito - se valeu do desenquadramento do autuado do regime Simbahia, com base em relatório resultante de uma Investigação Fiscal que se encontra anexado aos autos.

A descrição dos fatos, constantes à fl. 01 dos autos, demonstra que a autuação focou-se em apurar o débito fiscal do recorrente considerando que o mesmo estar Simbahia por força da investigação fiscal que constatou indícios de

No citado relatório ficou consignado que o autuado utilizava-se da criação de empresas diversas em nome de parentes para permanecer no regime SimBahia, o que ensejou seu desenquadramento. A 2ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu que o autuado não conseguiu elidir a conclusão fiscal que firmou seu entendimento acerca do montante da infração calculado pelo regime Normal por conta do desenquadramento do recorrente.

Entendo que pode ter havido a infração no montante constante no Auto de Infração em epígrafe ou até em valor maior, como bem assevera a 2ª JJF em sua Decisão, entretanto a conclusão fiscal contida nos autos não está precisa e a salvo de falhas. A condução do procedimento fiscal para firmamento do valor da infração contém omissões, presunções e inferências que geram uma insegurança e cerceamento de defesa e do contraditório. É mister ainda ressaltar que o desenquadramento não estava revestido das formalidades legais.

Por exemplo: tal desenquadramento se deu por conta dos indícios de fraude contidos no relatório resultante da investigação fiscal ou por força do não recolhimento do ICMS? ; o autuado foi notificado, devidamente, de todos os procedimentos fiscais que se fariam necessários tomar conhecimento?

Pelo cotejado, é de meridiana clareza que o procedimento fiscal, tal como foi realizado, gerou uma insegurança que prejudica a verdade material e a justiça fiscal, ou seja, que se cobre do sujeito passivo o que for devido, mas com a devida precisão e coerência entre os fatos apurados e a infração imputada.

Conforme preceitua o art. 18, inciso IV. Alínea “a”, combinado com o § 1º deste mesmo dispositivo do RPAF/99, deve ser decretada a nulidade do auto sempre que houver “*incorrekções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais*” e não for possível determinar a “*natureza da infração*”, “*o montante do débito tributário*”.

Por tudo exposto, na busca da verdade material e da plena justiça fiscal, com fulcro no susomencionado artigo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar NULO o Auto de Infração, objeto desta lide, recomendando que seja feito novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

#### VOTO EM SEPARADO

Apesar de concordar com o entendimento do ilustre relator no sentido de que o Auto de Infração em tela está eivado de vício que o inquina de nulidade insanável, acrescento outros fundamentos à decretação da nulidade do lançamento.

Conforme consta no campo da descrição dos fatos do Auto de Infração, a ação fiscal foi desenvolvida com base em “*Relatório de Investigação Fiscal que concluiu pelo desenquadramento da empresa do regime SimBahia para o regime normal, com base no Art. 408-L, incisos II e IV do RICMS em vigor*”.

Cita ainda, a autuante, que iniciou a fiscalização “após o desenquadramento” entretanto é flagrante a ausência nos autos do ato formal do desenquadramento. O que se verifica é que, no curso da ação fiscal, a autuante, para chegar à conclusão consignada no lançamento de ofício, apenas considerou os valores das vendas efetuadas através de cartões de débito e/ou crédito – **TEF anual** e, sobre esse montante, aplicou a alíquota interna (17%), concedeu o crédito presumido de 8% e deduziu o imposto recolhido a título de antecipação parcial bem como os valores pagos na condição de empresa de pequeno porte, para chegar ao valor considerado como devido.

Analisando os dados acima, temos inicialmente que o relatório de investigação fiscal de fls. 82 a 104, no qual se fundamentou a autuação, contempla a seguinte conclusão:

*“Diante do exposto e considerando que há indícios de simulação na fe empresas sob análise, faz-se necessária a adoção das seguintes medidas: (gr*

*1. Cientificar os representantes da empresa do GRUPO COLD AIR pa*

Created with



**nitroPDF**

**professional**

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](https://nitropdf.com/professional)

*desejarem, a respeito do teor deste relatório no prazo de 10 (dez) dias;*

*2. Decorrido o prazo e desde que mantidas as presentes conclusões, efetuar o desenquadramento do Sistema SimBahia das seguintes empresas (...) com fulcro nos artigos 408-L e 408-T do RICMS/BA, com fulcro incisos II, III, IV e VII do artigo 408-P e 408-S (...)."*

Isto posto, tem-se, com clareza, que o relatório reporta-se apenas à existência de indícios de simulação na formação do quadro societário da empresa autuada e determina que seja cientificado o representante da empresa para se pronunciar a respeito do teor do relatório, providência esta que não se encontra satisfeita nos autos. O próprio relatório de investigação já mencionado foi juntado aos autos sem assinatura da Supervisora e da Inspetora da Infaz Varejo, fato este que demandou diligência da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (fl. 129) para que fossem providenciadas as assinaturas pelas autoridades que emitiram o relatório de investigação fiscal, efetuar a entrega do relatório ao autuado e reabrir prazo de defesa. Isto denota que, quando da execução da ação fiscal, o ora recorrente sequer tinha conhecimento desse relatório para que pudesse exercer seu direito de defesa acerca do seu conteúdo.

Por outro lado, está explícito no multicitado relatório de investigação fiscal que só após decorrido o prazo que deveria ter sido concedido ao recorrente para se manifestar a respeito do seu conteúdo e, se mantidas as conclusões nele contidas, fosse processado o desenquadramento com base na legislação tributária então em vigor. Não consta dos autos que isto tenha ocorrido. Logo, o desenquadramento não atendeu ao quanto determinado pela Inspetora fiscal, ocorrendo, tão-somente, no momento da fiscalização.

Ademais, o RICMS/BA, em sua redação vigente à época da ocorrência dos fatos, em seus artigos 404-A, 407-A e 408-B, disciplinava os procedimentos que deveriam ser adotados antes de se consolidar o efetivo desenquadramento do contribuinte do regime instituído através do SimBahia. De igual forma, não consta dos autos que estes procedimentos foram adotados.

Já existe neste Conselho de Fazenda uma jurisprudência consolidada a respeito dos trâmites legais que devem ser seguidos visando desenquadrar o contribuinte do SimBahia. A este respeito, transcrevo os Votos proferidos nos Acórdãos nºs 0182-11/10 e 0281-12/09, respectivamente:

*"Inicialmente, de logo devemos consignar que constatamos no presente lançamento mácula que o inquina de nulidade insanável.*

*E, de fato, ao imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto (item 1) ou o seu recolhimento a menos (item 2) sob a fundamentação de que o mesmo extrapolou em mais de 30% o limite fixado para seu enquadramento na condição de empresa de pequeno porte no regime SimBaha, nos exercícios de 1999 e 2000, apurando-se o imposto devido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a ação fiscal importou no efetivo desenquadramento (ou exclusão de ofício) do contribuinte do referido Regime, não sendo, entretanto, o fiscal autuante a autoridade competente para a exclusão de ofício, nem o ato de lançamento o meio próprio para tal.*

*Frise-se que o próprio autuante expressamente assevera, no campo "Descrição dos Fatos" da peça inicial da autuação, que desconsiderou a condição do contribuinte como empresa de pequeno porte optante do Regime SimBaha, cobrando o imposto pelos critérios normais, ao consignar que "...a digitação dos valores constantes nas reduções Z e nas notas fiscais de aquisições de mercadorias, permitiu que fossem levantados os valores de receita bruta e aquisições acumuladas no ano de 1999, .....possibilitou o recálculo do imposto devido, de que constatei recolhimentos a menor, além de revelar que o contribuinte ultrapassou em mais de 30% o limite fixado para enquadramento na condição de EPP, o que ocorreu no mês de 09/1999, perdendo o direito ao uso do regime Simbahia nessa condição. Por consequência disso, a partir do mês de 10/1999 até o mês 12/1999, calculei o imposto devido com base no critério previsto no parágrafo primeiro do art. 408-S do RICMS/BA, aplicando a alíquota utilizada nas operações internas do contribuinte, ou seja, 17%, sobre todos os valores de receitas desses meses e concedendo crédito de 8% sobre esses mesmos valores de receita, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos..... A mesma regra foi aplicada para o exercício de 2000, já que o contribuinte perdeu o direito ao enquadramento como EPP em 1999, e não poderia gozar de tal benefício no exercício subsequente."*

*Ora, é cediço, e já é pacífico neste Órgão Julgador, que o desenquadramento do SimBaha deveria ser efetivado através de ato administrativo formal, tendo o Inspetor Fazendário, com a consequente notificação do ato de desenquadramento,*

Created with



**nitroPDF**

**professional**

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)



*exclusão de ofício, ao contribuinte excluído, permitindo-lhe o direito de impugnar, querendo, o ato de exclusão.*

*Registre-se, por outro lado, que, embora a legislação não determinasse qual o rito a ser aplicado na exclusão do regime do SimBahia, a regra do artigo 408-B estabelecia que uma vez determinado o desenquadramento do contribuinte da condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, deveria o contribuinte, “... **no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento**, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque .....”.*

*Ora, está expressa, portanto, a necessidade de que o contribuinte que foi excluído (desenquadrado) do regime SimBahia seja comunicado deste fato, até para que pudesse adotar o procedimento disciplinado no dispositivo citado ou ainda o procedimento regrado no art. 407-A do RICMS, que determinava que ao ser efetuada de ofício a sua exclusão, o contribuinte poderia optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar as providências que se fizessem necessárias para permanecer na categoria anteriormente adotada, quando admissível, desde que preenchidos os requisitos regulamentares.*

*E não poderia ser de outra forma, posto que a comunicação ao administrado do ato administrativo que diretamente lhe afeta não é mera formalidade, é regra que tem lastro no princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa e no princípio da segurança jurídica, ainda mais no caso específico em que a referida exclusão importou em cobrança retroativa do imposto. No entanto, além de não constar dos autos a prova de que houve o referido ato de exclusão, também não há prova de que houve tal comunicação. Aliás, registre-se que ainda no campo “Descrição dos Fatos” da peça inicial da autuação, consignou o autuante que: “... sugiro que sejam tomadas as providências para o imediato desenquadramento do contribuinte do Regime Simbahia em nosso sistemas, voltando a condição normal, com efeito retroativos a 01.01/2001”, o que somente comprova que, de fato, não havia até o momento da ação fiscal ato formal de desenquadramento do contribuinte. Registre-se, ainda, que o contribuinte continuou na condição de EPP/ SimBaha, mesmo após a autuação.*

*Por outro lado, a regra do art. 406-A, que determinava a exclusão de ofício do contribuinte que deixasse de requerê-la quando obrigatória, no caso da ultrapassagem dos limites estabelecidos no art. 384-A em mais de 10% em dois exercícios consecutivos, ou em mais de 30% em um único exercício, para ME ou EPP, não afasta a necessidade de ato formal neste sentido, e muito menos sua comunicação ao contribuinte, e nem ampara que tal exclusão seja feita via lançamento de ofício, como no presente caso.*

*Por outro lado, ainda, determinava o § 9º do art. 384-A do RICMS/BA, com efeitos de 01/01/00 a 22/11/02 - alcançando, assim, o exercício de 2000, também objeto da autuação - que anualmente, com base na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME) do exercício anterior, a Secretaria da Fazenda, se for o caso, reenquadraria de ofício os contribuintes optantes pelo SimBahia, sendo que o reenquadramento se daria no mês subsequente ao prazo de entrega da DME e produziria efeitos a partir do segundo mês subsequente ao prazo estabelecido para entrega da DME. Assim, como visto, tal regramento não foi observado na ação fiscal.*

*Ainda, devemos registrar que sendo detectado na ação fiscal que o contribuinte ultrapassou o limite de EPP, caberia ao autuante solicitar ao Inspetor Fazendário a exclusão de ofício do contribuinte - que se daria através de um ato formal, com a subsequente comunicação deste ato ao contribuinte, como já esclarecido acima - e só a partir daí exigir-se o imposto pelos critérios normais, sem a concessão de crédito presumido de 8%, mas sim o crédito normal, consignado nos documentos fiscais de aquisição, pois o crédito presumido em tela somente é aplicável na existência de infração de natureza grave, nos termos dos artigos 408-L e 408-S do RICMS, que não foi o caso da infração imputada ao sujeito passivo.*

*Do exposto, como não consta do presente processo ato formal de desenquadramento do contribuinte autuado, não há como validarmos o presente lançamento de ofício, sob pena de estarmos convalidando procedimento sem o mínimo amparo legal, com o risco de levarmos ao Poder Judiciário uma demanda temerária, que fatalmente sucumbirá acrescida do ônus da sucumbência.*

*Neste sentido, assim leciona, Weida Zancaner: “A impugnação do interessado, quer expressamente, quer por resistência, constitui barreira ao dever de convalidar, isto é, a Administração Pública não mais poderá convalidar seus atos eivados de vícios, mas passíveis de convalidação, quando estes forem impugnados pelo interessado. Merecem ressalva os atos obrigatoriamente sanáveis, que são aqueles com irrelevante defeito.” Também Celso Bandeira de Mello, leciona que “a Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à ordem jurídica”.*

*Assim, impende a decretação de ofício da nulidade de todo o Auto de Infração em epígrafe, posto que baseado em exclusão de ofício não comprovada, amparando-se nosso julgamento no congregar nosso entendimento ao assinalar que “Os atos administrativos pra prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética (validade)”.*

*Quanto ao Recurso de Ofício, diante da decretação da nulidade do Auto de Infração, torna-se PREJUDICADO, ao tempo que votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, decretando de ofício a Nulidade do Auto de Infração epigrafado”.*

*“A infração 1 do presente processo diz respeito ao recolhimento a menos ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, por ter sido constatado pelo fisco a exclusão, na base de cálculo do imposto, do valor constante na Nota Fiscal nº 00723. mod. 1, de emissão própria, a título de devolução de mercadoria, sem comprovação de sua saída anteriormente, bem como, do recorrente ter deixado de incluir valores tributáveis de saídas de mercadorias através de Notas Fiscais mod. 1, sem anexar a primeira via do Cupom Fiscal à via fixa do talão. O imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, por se tratar de infração de natureza grave, de acordo com o artigo 408-L, inciso VII, e na forma do artigo 408-S, todos do RICMS/97.*

*O recorrente traz questão preliminar de nulidade da ação fiscal que deve, de pronto, ser analisada. Diz que foi irregularmente desenquadrado do SimBahia, sendo que este desenquadramento possui vícios insanáveis: foi praticado por autoridade incompetente (pelo autuante e não pelo Inspetor Fazendário), realizado através de ato não previsto em lei, ou seja, através de Auto de Infração e, conseqüentemente, existindo flagrante cerceamento do seu direito de defesa e, inclusive, a “cassação” do regime simplificado teve por base uma acusação de natureza grave, sendo acusado de agir com dolo e má-fé, sem que lhe fosse concedido o direito ao contraditório.*

*Inicialmente, observo que o imposto foi calculado pelo regime normal de apuração já que a fiscalização concluiu que o contribuinte excedeu ao limite de sua receita bruta, no período fiscalizado, para permanecer enquadrado no SimBahia. Portanto, aqui não se trata da cobrança do imposto por uma falta grave no período fiscalizado que determina a apuração do ICMS pelo regime normal de apuração sem que exista desenquadramento da empresa do referido regime. Houve o seu desenquadramento do regime simplificado de apuração do imposto. Esta situação é corroborada pelo enquadramento legal indicado pelo agente fiscal, ou seja, art. 408-L, VII e não o art. 408-L, V, ambos do RICMS/97.*

*Isto posto, discordo do recorrente quando afirma que o ato de desenquadramento foi realizado por autoridade incompetente. Quem o desenquadrou foi o Inspetor Fazendário, conforme prova à fl. 883 dos autos, ou seja, ele após o “de acordo” na solicitação feita pelo autuante. Porém uma ação fiscal é ato administrativo vinculado às determinações legais, que lhes dão limites de ação. No caso, deve-se analisar o argumento do recorrente de que somente foi comunicado deste desenquadramento quando do lançamento através do Auto de Infração.*

*Eram determinações do RICMS/97 quanto ao desenquadramento de uma empresa no SimBahia:*

*Art. 404-A. A exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime será feita de ofício ou por solicitação do sujeito passivo por meio de programa aplicativo fornecido pela Receita Federal*

*Parágrafo único. O contribuinte que deixar de recolher o imposto por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados ou incorrer na prática de infrações de natureza grave poderá ser excluído do Regime, a critério da autoridade competente, na forma em que dispuser o regulamento”*

*Art. 407-A. Ao ser requerida pelo sujeito passivo ou ao ser determinada de ofício a sua exclusão, o contribuinte poderá optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar as providências que se fizerem necessárias para permanecer na categoria anteriormente adotada, quando admissível, desde que sejam preenchidos os requisitos regulamentares.*

*Art. 408-B. Na hipótese de alteração de inscrição, passando o contribuinte da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, uma vez determinado o desenquadramento da condição anterior, deverá o contribuinte, no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, especificando, separadamente:*

- I - ... ..*
- II - .....*
- III - .....*

*Pela análise dos dispositivos regulamentares acima transcritos, e no caso em tela, é dever do Órgão Fazendário comunicar ao contribuinte este desenquadramento antes de autuar, uma vez que a norma determinava a possibilidade da empresa em discutir administrativamente tal desenquadramento, recolhendo o imposto devido espontaneamente, se fosse o caso. Não existindo a possibilidade de permanecer no SimBahia, deveria ajustar seus estoques, utilizar os créditos fiscais e, mais uma vez, recolher o imposto. Se assim não agisse, aí sim, deve ser lavrado o Auto de Infração.*

*Toda esta norma decorre do princípio constitucional da ampla defesa e (Constituição Federal), que constitui pilar do Estado Democrático de Direito, assegurado o exercício de ampla defesa quer seja no âmbito particular quer*

No caso presente, o autuante solicitou ao Inspetor Fazendário o desenquadramento da empresa do SimBahia e, ato contínuo, cobrou o valor do imposto pelo regime normal de apuração sem que tenha havido, anteriormente, notificação ao contribuinte deste ato por parte da Administração Tributária. Em assim sendo, resta insofismável o cerceamento do direito da ampla defesa da empresa. E, nesta linha de conduta, entendo pertinente transcrever trecho da Decisão do Sr. Juiz de Direito Substituto da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Dr. Leonardo Tochetto Pauperio (Mandado de Segurança Individual nº 673862-2/2005):

.....  
*Com efeito, o Parecer final de fls. 32/34 demonstra nitidamente que a cassação do benefício fiscal operou-se independentemente da oitiva da impetrante, não lhe tendo oportunizado o exercício do seu direito de ampla defesa nos termos do mandamento constitucional. A leitura do Parecer e da Decisão demonstra, a partir do breve relatório deles constantes, a completa inexistência de participação da impetrante antes da Decisão proferida.*

*Sem adentrar na análise dos requisitos exigidos para o gozo do benefício criado pelo Decreto Estadual nº 7.488/98 e posteriormente alterado pelo Decreto Estadual nº 7.799/2000, é de se reconhecer a arbitrariedade da Decisão tomada a partir de provocação interna no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado, haja vista não ter a contribuinte sido informada previamente da instauração do procedimento, sendo-lhe furtado, neste particular, o direito de defesa.*

*A Decisão deve ser anulada para que a autoridade estatal promova um novo procedimento para revogação do benefício fiscal, desta feita dando ciência de sua instauração à impetrante e oportunizando-lhe o exercício da ampla defesa.*

*E esta Decisão espelha diversas outras prolatadas pelo Poder Judiciário e por este Conselho de Fazenda Estadual em casos semelhantes.*

*Em vista do exposto e comungando com o opinativo da Douta PGE/PROFIS, meu voto é pela nulidade do lançamento referente a este item da autuação com base no art. 18, II, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).*

*Recomendo ao órgão competente que renove a ação fiscal, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente mediante denúncia espontânea”.*

Por outro ângulo, a fiscalização levada a efeito no estabelecimento do recorrente foi decorrente de pedido de baixa de inscrição. Isto denota, mais uma vez, que não houve qualquer ato formal que antecederesse a realização da auditoria fiscal. De qualquer sorte, os documentos utilizados pela autuante para execução dos trabalhos de fiscalização, Relatórios TEF Anual e Diário fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por si sós seriam suficientes para que a fiscalização fosse realizada independente de desenquadramento, cujo imposto poderia ser lançado desde que ocorressem as hipóteses previstas pelos Arts. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96 e 2º, § 3º, VI do RICMS/BA, *verbis*:

**Art. 4º**

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

**Art. 2º**

(...)

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

(...)

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;

É oportuno ainda salientar que os relatórios TEF Anual e Diário utilizados pela autuante para fim de determinação do valor da base de cálculo do imposto lançado, sequer foram entregues ao recorrente no sentido de lhe possibilitar o mais amplo poder de defesa.

Em decorrência de todo o exposto e em consonância com o pronunciado,

PGE/PROFIS presente à sessão deste julgamento, voto pelo Provimento do Recurso Voluntário para que seja decretado NULO o Auto de Infração em tela, podendo ser verificado através de novo procedimento fiscal a existência ou não de débito para com a Fazenda Pública Estadual.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 110120.0104/07-1, lavrado contra **CARDOSO VALENTE COMERCIAL LTDA. (COLD AIR)**. Recomenda-se novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS