

A. I. Nº - 110120.0003/07-0
AUTUADO - COLD AIR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0298-01/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. NULIDADE. A exclusão, de ofício, do contribuinte do Regime Simplificado de Apuração - 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/07, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 196.371,27, acrescido de multa de 60%, por ter recolhido a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Consta na “Descrição dos Fatos”, que a empresa faz parte do Grupo Cold Air e foi alvo de investigação fiscal, conforme documentação juntada aos autos, no curso da qual foram constatadas várias irregularidades, culminando com o desenquadramento da empresa do regime SimBahia, com base no art. 408-L, II e IV do RICMS/BA, para o regime Normal. Consta, ainda, que efetuado o desenquadramento, foi apurado que a empresa tem ICMS a recolher no exercício de 2002 no valor de R\$ 69.192,52; exercício de 2003 no valor de R\$ 68.380,03 e no exercício de 2004 no valor de R\$ 58.798,72, tudo conforme demonstrativos anexos cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 41 a 46), afirmando que a autuação está comprometida com diversas irregularidades.

Alega que a intimação se fez em pessoa estranha ao quadro do autuado, o que retardou o conhecimento da autuação fiscal e que o Auto de Infração não indica o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, o que dificulta o exercício de defesa.

Afirma que na descrição dos fatos considerados como infrações é que o Auto de Infração desatende ao RPAF, art. 39, III, pois a descrição feita não é clara, precisa e sucinta, limitando-se a fazer indicação de uma investigação fiscal que teria apurado irregularidades e que estas não são descritas na autuação, conforme exigido no mencionado dispositivo e diploma legal.

Argumenta que as acusações são genéricas fundamentadas na presunção de que existe um grupo Cold Air, e que o sistema tributário não admite tributação por presunção, salvo se as presunções são estabelecidas em lei de modo razoável. Diz que não é o caso ora em questão e que as presunções levantadas na investigação fiscal não estão previstas em lei e tampouco são razoáveis.

Acrescenta que o fato de haver parentesco entre os sócios, bem como, as empresas terem objeto idêntico, contadores comuns, ter promovido empregados destacados como sócios, não são relevantes a ponto de autorizar a tributação por uma presunção do homem, e diz que esses elementos são comuns no comércio varejista e estão longe de caracterizarem um grupo de empresas para sonegação, motivo pelo qual requer a nulidade do Auto de Infração.

Rechaça o mérito da autuação, dizendo que pelos dois únicos dispositivos indicados como infringidos, os incisos II e IV do art. 408 – L do RICMS vigente, cujo teor reproduz, se pode desenhar a improcedência do Auto de Infração, por não indicar quais foram as declarações inexatas ou falsas que a empresa utilizou e que não há indicação precisa e prova da inexatidão ou falsidade das declarações, e no seu entendimento, é dever dos autuantes apresentar as provas, sob pena de improcedência.

Quanto à acusação de que a empresa é constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, alega que se pode dizer que tal imputação é incorreta, além de incoerente, pois, a empresa autuada é de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, que é titular de 332.500 cotas, e de Judite Cardoso da Silva, que possui 17.500 cotas. Diz que, como se vê, a primeira sócia detém mais de 90% do capital, sendo essa sócia que é acusada de utilizar laranjas. Afirma que não se pode coerentemente manter a acusação, pois, a dona e controladora da sociedade é Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente.

Sustenta que, mesmo na lógica da autuação, a Cold Air não deveria ser autuada, e sim as outras empresas que não têm Maria da Conceição como sócia, sendo evidente a incoerência da tese da autuação.

Assevera que se trata de mera presunção, sem origem legal e sem condição de conduzir às conclusões que inspiraram a autuação fiscal. Diz que a Cold Air foi criada em 08/11/82, dela não fazendo parte Maria da Conceição, que só ingressou nela em 26/03/97, substituindo o seu esposo.

Afirma que não há como dizer que a empresa é fictícia, que os seus sócios são fictícios, pelos menos nem a empresa nem as suas sócias poderiam ser tidas como fictícia, dentro do raciocínio da autuação, pois somente poderiam ser fictícias as sociedades que lhe seguiram.

Registra que a investigação fiscal pautou-se pelo ódio nutrido pela ex-empregada Selma Maria dos Santos Batista, que comprovadamente fraudou os recolhimentos do ICMS da empresa, apossando-se dos valores alheios.

Continuando, aponta erros no cálculo do tributo, dizendo que na presente autuação, indicou-se como base de cálculo de 31/12/02 a quantia zero, sob a qual se faz incidir a alíquota de 17% e se encontra misteriosamente R\$69.192,52 e, que este cálculo não procede. Acrescenta que não se justifica que no cálculo de crédito se aplique apenas 8%, quando se sabe que a alíquota interestadual é de 12%.

No respeitante ao crédito de ICMS pago não deduzido, diz que a autuação fiscal com a mudança dos créditos devidos pelo desenquadramento do SimBahia, operou-se pelo exercício inteiro, calculando-se o total das saídas, apurando-se o imposto e deduzindo-se os valores pagos, conforme DAEs.

Sustenta que a autuação não contemplou os valores que foram quitados espontaneamente, em razão de anistia, conforme os DAEs juntados com valores de R\$84.503,99, R\$57.800,61 e R\$14.143,22. Diz que tais valores devem ser deduzidos do ICMS devido nos respectivos períodos.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração e se por economia processual, for examinado o mérito da autuação, a sua improcedência.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 68 a 70), esclarecendo, inicialmente, que a empresa foi autuada por desenquadramento da condição de empresa inscrita no regime SimBahia para o regime Normal. Diz, ainda, que o desenquadramento foi baseado no resultado do relatório da investigação fiscal, anexada às fls. 15 a 37, que concluiu pela exclusão do contribuinte do regime SimBahia para o regime normal, de acordo com o artigo 408- L, II e IV do RICMS/BA.

Esclarece também que o cálculo do desenquadramento foi efetuado considerando o valor lançado no item "Vendas de mercadorias e/ou produção" do Demonstrativo do Movimento Econômico (DME), apresentado pelo próprio contribuinte. Acrescenta que, sobre o valor do item "Vendas de

mercadorias e/ou produção” constante na DME foi calculado débito do ICMS de 17% e crédito de 8%, sendo deduzido do resultado obtido os valores do ICMS empresa de pequeno porte e ICMS antecipação pagos pelo contribuinte.

No que concerne à alegação defensiva de que não foram deduzidos do ICMS devido os valores de R\$ 84.503,99, R\$ 57.800,61 e R\$ 14.143,22, referentes ao pagamento do Auto de Infração nº 2069910018/05-5, lavrado em 30/09/2005, esclarece que o referido Auto de Infração apontou diversas irregularidades, conforme expõe:

Infração 01- Omissão de saídas apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 44.508,34;

Infração 02- Falta de pagamento do ICMS antecipação parcial nos meses de março a setembro de 2004, no valor de R\$ 102.289,38;

Infração 03- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas no valor de R\$ 4.360,53;

Infração 04 - Recolhimento a menos do ICMS por erro na apuração do ICMS na condição de empresa de pequeno porte, no valor de R\$ 4.262,45;

Infração 05- Multa por falta de apresentação de livros fiscais no valor de R\$ 79,42.

Acrescenta que o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, conforme o Acórdão JF nº 0345-04/06, ficando as infrações reduzidas da seguinte forma:

Infração 01 – Passou de R\$ 44.508,34 para R\$ 40.659,71;

Infração 02 – Passou de R\$ 102.289,39 para R\$ 89.223,46;

Infração 03- Passou de R\$ 4.360,53 para R\$ 3.152,39;

Infração 04 - Passou de R\$ 4.262,45 para R\$ 3.221,36;

Infração 05 – Foi mantida a multa de R\$ 79,42.

Informa a autuante que o débito acima referido foi totalmente quitado, conforme DAEs anexados às fls. 48 a 50.

Prosseguindo, afirma que dos itens de autuação acima citados, apenas a infração 02 – falta de pagamento da antecipação parcial -, deveria ter sido deduzido da presente autuação, no exercício de 2004. Registra que, considerando o valor de R\$ 89.223,46, recolhido a título de antecipação parcial, deixa de existir a exigência referente ao exercício de 2004, ficando o débito exigido originalmente no Auto de Infração no valor total de R\$ 196.371,27 para R\$ 137.572,59.

Conclui mantendo a autuação no valor apontado acima.

Intimado para ciência sobre a informação fiscal o autuado se manifestou às fls. 75/76, dizendo que, apesar de a autuante admitir a improcedência da autuação referente ao exercício de 2004, não admite, de forma injustificada, a dedução das outras parcelas quitadas, haja vista que o Auto de Infração em lide fez o levantamento por exercício, segundo as regras do ICMS normal, o que exige que todos os recolhimentos de ICMS feitos, independentemente do tipo de infração, deve ser compensado do levantamento total feito por exercício completo. Pede que as demais parcelas sejam compensadas.

Afirma que os demais itens da defesa, no caso, os itens 02-Nulidade da autuação fiscal; 03 – Improcedência do Auto de Infração; 04-Erros no cálculo do tributo, não foram contestados pela autuante, valendo dizer que em tais itens a defesa é procedente, diante do silêncio da informação fiscal.

Reitera quanto aos itens acima referidos os termos da defesa inicial, requerendo que seja decretada a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência.

A autuante se pronunciou à fl. 79, dizendo que confirma o teor da informação fiscal prestada às fls. 68 a 70, acrescentando, ainda, que não houve erro de cálculo do tributo, conforme alegado pelo defendente no item 04(fl. 45). Esclarece que a base de cálculo referente ao exercício de 2002, apontada no demonstrativo do Auto de Infração(fl. 01 e 03) como zerada, em decorrência de um problema no sistema de emissão do Auto de Infração, tem por valor R\$ 407.014,82, ficando o demonstrativo conforme abaixo:

31/12/2002 – 407.014,81 X 17% = 69.192,56

31/12/2003- 402.235,47 X 17%= 68.380,03

31/12/2004- 345.874,82 X 17%= 58.798,72

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à Inspetoria Fazendária de origem(fl. 82), a fim de que a autuante elaborasse novo demonstrativo de débito, excluindo a exigência referente à ocorrência de 31/12/2004, reconhecida na informação fiscal como indevida e, posteriormente, fosse dada ciência ao autuado, inclusive sobre a informação fiscal prestada referente ao erro da base de cálculo do exercício de 2002.

Cumprindo a diligência a autuante se pronunciou à fl. 85, esclarecendo que os valores devidos pelo autuado dizem respeito aos exercícios de 2002 e 2003, respectivamente, nos valores de R\$ 69.192,52 e R\$ 68.380,03, conforme demonstrativos que apresenta.

Intimado o contribuinte para conhecimento do resultado da diligência(fl. 89/90), este acusou o recebimento, contudo, silenciou.

O processo foi instruído para julgamento.

Nos termos do Acórdão nº 0144-01/99, a 1ª JJF, em decisão unânime, julgou procedente em parte o Auto de Infração, contudo, tal decisão foi julgada nula pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme o voto do ilustre Conselheiro Álvaro Barreto Vieira, proferido no Acórdão CJF Nº 0352/12/09, sob os seguintes fundamentos:

- por ter sido a decisão proferida pela primeira instância com cerceamento do direito de defesa, pois concedeu o prazo de 10 (dez) dias para manifestação do contribuinte sobre o resultado da diligência quando deveria ter sido dado o prazo de 30 (trinta) dias;

- por falta de comprovação do regular desenquadramento do autuado do Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, tendo sido sugerido que a Primeira Instância solicitasse à INFAZ VAREJO os documentos que comprovassem os atos praticados relativamente ao desenquadramento do contribuinte do Regime do SimBahia, no caso, autorização do Inspetor Fazendário e ciência ao recorrente do desenquadramento realizado.

A 1ª JJF, a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0352-12/09, converteu o processo em diligência a INFAZ/ATACADO, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências: a) Repartição Fazendária - intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópias dos documentos de fls. 15 a 37, 68 a 70, 82, 85 a 88, informando-o, na oportunidade, da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento desta intimação. b) anexasse aos autos, os documentos relativos aos atos praticados relativamente ao desenquadramento do Regime SimBahia, no caso, autorização do Inspetor Fazendário e ciência do contribuinte do desenquadramento realizado.c) em seguida, havendo manifestação do autuado, fosse dada ciência a autuante para que elaborasse nova informação fiscal,

com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

A autuante se pronunciou (fls. 68 a 70), esclarecendo que o desenquadramento do contribuinte do Regime SimBahia foi feito com base no relatório de Informação Fiscal anexado às fls. 15 a 37 dos autos.

A 1ª JJF, considerando a informação trazida pela autuante de que o desenquadramento do contribuinte do Regime SimBahia foi feito com base no relatório de Informação Fiscal anexado às fls. 15 a 37, converteu o processo em diligência à INFAZ/VAREJO, a fim de que o senhor Inspetor Fazendário esclarecesse se o desenquadramento fora formalizado, também, por meio de Edital publicado no Diário Oficial. Foi solicitado ainda que caso o desenquadramento tivesse ocorrido por meio de edital, ou por outro meio além do apontado pela autuante, juntasse cópia aos autos do documento do desenquadramento, ou informasse se inexistiu qualquer outro procedimento nesse sentido.

A resposta da diligência (fl. 158.v) foi no sentido de que a formalização não foi efetuada, tendo o Inspetor Fazendário acrescentado que foi utilizado o Relatório de Informação Fiscal elaborado pelo grupo de analistas que fazia a investigação.

O ilustre Julgador desta 1ª JJF, Álvaro Barreto Vieira, declarou-se impedido de participar do julgamento por ter proferido o voto no julgamento de segunda instância deste Auto de Infração.

VOTO

A princípio, no que concerne à nulidade arguida pelo autuado por ter sido a intimação feita à pessoa estranha, verifico que, muito embora não conste nos autos a relação jurídica existente entre a pessoa da senhora Fátima Maria Neves Gomes, que tomou ciência do Auto de Infração, com a empresa autuada, é certo que houve por parte da empresa a outorga para representação ao Dr. Johnson Barbosa Nogueira com finalidade de impugnar o lançamento de ofício, o que foi feito tempestivamente, comprovando que o autuado tomou conhecimento da autuação a partir do momento que apresentou sua defesa, inexistindo cerceamento ao seu direito de defesa e do contraditório.

No respeitante a inexistência de dispositivo legal aplicável à infração, constato que o enquadramento indicado e o dispositivo legal da multa aplicada, se coadunam com a descrição dos fatos, onde foi complementado com a indicação dos dispositivos infringidos, no caso art. 408 L do RICMS/BA e descrição dos fatos. Certamente, todos esses elementos possibilitaram a compreensão da infração imputada ao autuado, tanto que o impugnante apresentou alegações e documentos, no intuito de tentar provar a improcedência da infração, valendo dizer que, este compreendeu e se defendeu do que estava sendo acusado.

Quanto à alegação de que o imposto foi exigido por presunção, constato que, conforme processo de investigação fiscal (fls. 15 a 37), a empresa se encontrava enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, sendo desenquadrada, em decorrência de irregularidades constatadas no seu aspecto constitutivo.

Em decorrência do desenquadramento, o imposto foi apurado com observância do Regime Normal de Apuração, tendo sido deduzido os valores recolhidos pelo Regime Simplificado de Apuração-SimBahia, bem como os valores referentes à antecipação parcial, sendo a irregularidade constatada na investigação fiscal levada a efeito pela Inspetoria de Inteligência Fiscal – INFIP.

Ocorre que, em recentes decisões da segunda instância deste Conselho de Fazenda, diversos julgamentos de primeira instância que, no mérito, deram pela procedência da autuação, foram reformados para nulidade do lançamento, em face de o desenquadramento levado a efeito pela

Fiscalização não ter sido efetivado com observância do devido processo legal e ofensa ao direito de defesa do contribuinte.

Nesse sentido, invoco e reproduzo abaixo, na sua integralidade, pela relevância da decisão, o Acórdão 0424-12.10, proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, cujo voto do ilustre Relator/Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois, bem como o voto em separado do nobre Presidente/Conselheiro Carlos Fábio Cabral Ferreira, apontam a nulidade do lançamento.

“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 estaria desenquadrado do regime Simbahia por força da investigação fiscal que constatou indícios de simulação.

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 “*incorreções 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 formação do quadro societário das empresas sob análise**, faz-se necessária a adoção das seguintes medidas: (grifos não originais)*

1. Cientificar os representantes da empresa do GRUPO COLD AIR para que possam se pronunciar, se 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 contribuinte do Regime SimBaha deveria ser efetivado através de ato administrativo formal, tendo como autoridade competente o Inspetor Fazendário, com a consequente notificação do ato de desenquadramento, também denominado, 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 escólio do mestre acima citado que congrega nosso entendimento ao assinalar que “Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (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 do contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal), que constitui pilar do Estado Democrático de Direito. Ao cidadão e/ou contribuinte é assegurado o exercício de ampla defesa quer seja no âmbito particular quer seja em lide com o Poder Público.

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 pronunciamento da representante da 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.”

Desta forma, considerando os termos da decisão acima transcrita, não há como prosperar o Auto de Infração em exame, haja vista que se trata da mesma situação tratada no Auto de Infração julgado nulo, ou seja, o desenquadramento do contribuinte do Regime Simplificado de Apuração do ICMS– SimBahia, foi efetivado sem observância do devido processo legal, cerceando o direito de defesa do contribuinte.

Vale consignar que em resposta a diligência solicitada por esta 1ª JJJ, o Inspetor Fazendário esclareceu que não houve formalização do desenquadramento, sendo utilizado para tanto o Relatório de Informação Fiscal elaborado pelo grupo de analistas que fazia a investigação.

Diante do exposto, o Auto de Infração é nulo, podendo ser verificado mediante novo procedimento fiscal a existência de crédito tributário a ser exigido do contribuinte.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110120.0003/07-0**, lavrado contra **COLD AIR COMERCIAL LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 18 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR