

A. I. N° - 298917.0059/02-2
AUTUADO - GILVANO DIAS DE SOUZA
AUTUANTE - ANITA MARCIA PIRES AZEVEDO
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 19.02.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032/01-04

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. MICROEMPRESA. SIMBAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Reduzido o valor do débito. **2.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES REALIZADAS À CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Lançamento indevido, haja vista a norma do art. 393-A, que somente atribui a responsabilidade pela retenção a Microempresa e Empresa de Pequeno Porte industrial, relativamente a mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/12/02 exige ICMS no valor de R\$ 27.327,99, pelos seguintes motivos:

- 1) omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada através de saldo credor da conta “Caixa”. Assegurado ao autuado o direito de compensação dos créditos decorrentes das aquisições de mercadorias, em atenção ao estabelecido na ON 001/2002. Elaboradas planilhas: Demonstrativo da Alíquota Média para quantificação do crédito fiscal e Demonstrativo do Cálculo do Débito de ICMS, que sintetiza o levantamento, meses de agosto, setembro e outubro/02, valor total de R\$ 18.144,81;
- 2) deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A infração está demonstrada na planilha: Demonstrativo da Falta de Retenção do ICMS na Fonte, vendas para contribuintes não inscritos, para empresas canceladas, baixadas e inexistentes, peça que compõe este processo juntamente com as vias dos documentos fiscais emitidos para tais categorias de contribuintes, valor R\$ 9.183,18.

Na descrição dos fatos, a autuante informou que o autuado solicitou a sua inscrição cadastral em 18/07/02 apresentando previsão de compras no valor de R\$25.000,00 e venda de R\$30.000,00. Entretanto, o volume de suas operações nos meses de agosto a outubro/02 importaram em R\$738.705,24, sem considerar as aquisições de serviços especialmente de frete, e demais despesas cujos documentos não foram apresentados ao Fisco.

Também, na escrituração do livro Caixa do autuado, este não registra a ocorrência de ingressos de numerários, senão os decorrentes de vendas de mercadorias (cópia anexa) havendo evidente insuficiência do Caixa.

Intimada a comprovar a origem dos recursos que compuseram o capital social, no valor de R\$40.000,00, o autuado apresentou dois contratos particulares de compromisso de compra e venda pretendendo demonstrar a disponibilidade para arcar com o capital inicial da empresa auditada, sem comprovar o real ingresso de tal numerário no caixa da empresa, além do que tais documentos particulares prescindem até mesmo de reconhecimento oficial das assinaturas neles apostas.

Outros fatos como venda de mercadorias a contribuinte não inscrito, inexistente, baixados, cancelados, sem a correspondente retenção do ICMS e mesmo indícios de simulação de devolução de mercadorias também determinaram a presente autuação. Quanto a este último ilícito, pela impropriedade da operação (devolução de arroz beneficiado adquirido da fornecedora Camil Alimentos S/A, estabelecida no Rio Grande do Sul), disse ter efetuado a terceirização e pode confirmar o pagamento de tal mercadoria e a inexistência da devolução constante da NF 0266, emitida pelo autuado em 25/09/02.

Foi sugerido à autoridade fazendária através do processo nº 257896/2002-1 de 30/12/02, a exclusão do autuado do regime simplificado de apuração.

O autuado, às fls. 408 a 423, apresentou sua defesa argumentando que na descrição dos fatos consta que a empresa iniciou suas atividades em 18/07/02 e que só está obrigado a declarar a importância destinada à formação do capital social em 2003. Fez citação ao Regulamento do Imposto de Renda, para entender que sua comprovação depende da sua apresentação da declaração de bens à Receita Federal que vencerá em 30/04/03.

Questionou não merecer acolhida a argumentação da autuante de que não houve o ingresso na conta CAIXA da quantia de R\$ 40.000,00, haja vista que consta do livro a consignação, em 01/08/02, do valor relativo à integralização do capital social. Disse não existir obrigatoriedade em que se faça prova do depósito do valor do capital, no momento da constituição da empresa, que tal disposição só é válida para as sociedades anônimas.

Teceu comentários de que o capital foi integralizado em moeda corrente e que a acusação de que são inservíveis como prova os contratos de compra e venda de bens imóveis não tem qualquer pertinência, mesmo porque não estava, o autuado, obrigado a fazer tal prova.

Asseverou que apesar de ter feito a opção como Microempresa (ME-1), indicando previsão de compras e vendas, e como se trata de previsão tal movimentação poderia ser para mais ou para menos, não cabendo a alegação de excesso de compras, já que a atividade comercial é livre, desde que seja lícita.

Voltou a reafirmar que fará prova da integralização do capital social, no valor de R\$40.000,00, por ocasião da apresentação da declaração do Imposto de Renda pessoa física, em abril/03.

Transcreveu o art. 60, I, do RICMS/97 que trata das hipóteses em que se considera receita não declarada, cuja previsão legal é a de omissão de receitas tributadas, operações sujeitas ao ICMS. Argumentou que a lei silencia quando ao capital inicial, subscrito antes do início das atividades comerciais, e que mesmo, por remotíssima possibilidade admitida tal presunção, não teria como dar credibilidade a interpretação da autuante, que confundiu suprimimento de origem não comprovada com capital inicial.

Alegou que o livro Caixa foi escriturado em obediência as regras do art. 408-C, “a”, do RICMS/97. Que a autuante o desclassificou gerando outro livro Caixa, com o único objetivo de cobrar tributo. Citou lição dos mestres Roque Antonio Carraza e Hely Lopes Meirelles, ao tratarem de

assuntos relacionados com o princípio da legalidade. Concluiu dizendo que objetivando elucidar os fatos apresentou em anexo, demonstrativo da conta caixa, feito com dados extraídos de sua contabilidade, afastando todas as possibilidades de saldo credor da aludida conta.

No tocante ao segundo item da autuação, argumentou que estando inscrito na condição de Microempresa (ME - 1) não estava obrigado a efetuar qualquer tipo de retenção do ICMS. Que a autuante citou como infringidos os artigos 363, I, 50, 51, 126, I c/c 61, do RICMS/97.

Disse que a autuante deu interpretação extensiva a lei com o fim de cobrar tributo, ferindo, mais uma vez, o princípio da legalidade. Não existe prova de que tenha vendido mercadorias a contribuinte não inscrito e que a norma impõe a obrigação de recolher o imposto, no caso de o contribuinte ter recebido as mercadorias, objeto das saídas, sem a antecipação do ICMS. Que estando inscrita no SIMBAHIA, cuja tributação é com base no faturamento, e para os produtos constantes do Anexo 88, no momento da aquisição é feita a antecipação do ICMS.

Requeru a nulidade da cobrança da retenção do ICMS por falta de enquadramento legal. Afirmou que no caput do art. 61 não define qual será a base de cálculo para fins de apuração do imposto. Se não há base definida em lei, se o fato foi tipificado pela autuante, deve ser decretada a nulidade de todos os demonstrativos denominados Demonstrativo da Margem de valor Adicionado.

Concluiu requerendo a nulidade do 2º item da autuação e a improcedência do 1º item, além de protestar em provar o alegado por todos os meios de prova úteis em direito.

Anexou à fl. 424, documento intitulado “RECIBO” onde o titular da empresa Gilvano Dias de Souza, declara ter recebido da pessoa física Gilvano Dias de Souza a quantia de R\$ 40.000,00, para integralização do capital social em moeda corrente do país; à fl. 425, cópia da Declaração de Firma Mercantil Individual, onde consta como atividade o comércio atacadista de outros produtos alimentícios (armazém).

A autuante, às fls. 445 a 447, informou que intimou o autuado a comprovar sua capacidade econômico-financeira, já que desenvolvia atividade de Atacadista de Produtos Alimentícios. No entanto, apresentou um documento particular demonstrando um ganho de capital em 2002, no valor de R\$36.600,00, que, a princípio, não corresponde ao montante do capital social declarado.

Posteriormente, juntou um recibo no valor de R\$ 40.000,00 tecendo longa dissertação acerca de tal operação, tendo-a como determinante da impropriedade do presente lançamento. Também ressalta que a diferença por saldo credor de caixa foi da ordem de R\$165.851,58, não sendo, apenas, o fato da não inclusão do montante do capital social que provocou o saldo credor do Caixa em discussão.

Esclareceu, a autuante, que causou estranheza o fato de o autuado dizer que o seu livro Caixa foi desprezado, haja vista que foram considerados para tal procedimento, exclusivamente, documentos fiscais de compras e vendas apresentados pelo autuado, e que, portanto, fazia parte de sua contabilidade. Que os dados levantados por esta auditoria só fizeram confirmar a existência de saldo credor de caixa.

No tocante ao segundo item da autuação, a autuante informou que foram juntadas inúmeras notas fiscais de vendas (fls. 87 a 406) emitidas para contribuintes inexistentes, com inscrições baixadas ou canceladas. Esclareceu que o instituto da substituição tributária, por ser um mandamento constitucional, prevalece sobre qualquer regime de apuração e recolhimento do imposto, assim mesmo na condição de Microempresa do Simbahia, deveria, o autuado, ter procedido ao recolhimento do imposto nas vendas que efetuou aos contribuintes não inscritos.

Esclareceu, ainda, que os produtos comercializados não constam do Anexo 88, não houve o pagamento por antecipação no momento de sua aquisição. Citou o art. 61, II, “b”, item 1, do

RICMS/96, que trata da base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, sendo o adquirente pessoa não inscrita no cadastro estadual.

Asseverou que, em relação ao demonstrativo da margem de valor adicionado foi elaborada em atendimento a norma legal, tendo como finalidade compor fórmula para determinação do crédito fiscal a que faz jus o autuado, para fins de abatimento do débito do ICMS no levantamento da Auditoria das Disponibilidades.

Manteve a acusação fiscal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado em diligência a PROFAZ, solicitando daquele órgão emissão de parecer jurídico esclarecendo se no presente caso o autuado, na condição de microempresa comercial atacadista, inscrita no SimBahia, está sujeita a retenção do imposto, se porventura efetuar vendas de mercadorias enquadradas ou não no regime de substituição tributária, com destino a contribuinte não inscrito neste Estado.

A Procuradoria Fiscal, através de parecer, às fls. 454 a 460, dentre os esclarecimentos e fundamentos analisados, informou que no cenário legislativo atual vislumbra-se uma dissociação de tratamento tributário entre as pequenas empresas industriais e as pequenas empresas comerciais. A partir da Lei nº 7.357/98 este cenário sofreu profunda modificação, deixando de incluir, no conceito de microempresa, empresa de pequeno porte e ambulante, critérios relativos ao tipo de atividade (industrial ou comercial, por atacado ou a varejo), classificando-as apenas em função do volume da receita bruta ajustada, tornando possível a inscrição de pequenas empresas comerciais atacadistas no SimBahia. Que inexistente responsabilidade tributária das microempresas e empresas de pequeno porte, sejam industriais ou comerciais atacadistas ou varejistas, pelo imposto devido na operação subsequente, quando das saídas internas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, com destino a contribuintes não inscritos. E que se tratando de mercadoria sujeita à substituição tributária por antecipação, qualquer que seja o destinatário (inclusive contribuintes não inscritos), há que se perquirir da subsunção do caso concreto às normas dos arts. 391-A, I e 393-A, a fim de estabelecer-se, ou não, a responsabilidade tributária por substituição às microempresas ou empresas de pequeno porte.

VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS, tendo sido apontada as seguintes irregularidades:

- 1) omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada através de saldo credor da conta “Caixa”. Assegurado ao autuado o direito de compensação dos créditos decorrentes das aquisições de mercadorias, em atenção ao estabelecido na ON 001/2002, o levantamento se refere aos meses de agosto, setembro e outubro/02;
- 2) deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Falta de Retenção do ICMS na Fonte nas vendas para contribuintes não inscritos, para empresas canceladas, baixadas e inexistentes.

No tocante ao valor de R\$ 40.000,00, relativo a constituição do capital social, tenho a esclarecer que como se trata de início de atividade só é possível caracterizar-se a realização de operações com mercadorias a partir da constituição da empresa. A integralização do capital

antecede a formalização da empresa perante a Junta Comercial, ou seja, a origem dos recursos para a constituição da empresa diz respeito a situações alheias aos negócios da empresa, pois tais negócios só se realizarão após o início de suas atividades. Sendo assim, a origem dos recursos, neste caso, é matéria de interesse exclusivo da Receita Federal.

Outro entendimento eu teria se se tratasse de aumento de capital, porque, aí sim, a não comprovação da sua origem poderia levar a presunção de operações não declaradas pela empresa. Desta forma, deve ser considerado, no roteiro de Auditoria de Caixa, o ingresso do numerário relativo ao capital inicial da empresa.

Foram anexados ao processo os seguintes documentos: a) dados cadastrais com informações extraídas do Sistema da SEFAZ, onde consta que o início da atividade da empresa se deu em 18/07/2002 (firma individual), na condição de Microempresa, com comércio atacadista de outros produtos alimentícios (armazém), código da atividade 5139099, tendo como capital inicial R\$ 40.000,00; b) cópia de formulário de opção – SimBahia, onde o contribuinte solicita o enquadramento como Microempresa – ME e informa previsão de compras para o exercício, no valor de R\$ 25.000,00 e previsão de vendas, no valor de R\$ 30.000,00 (doc. fl. 10); c) declaração de firma mercantil individual (fl. 12); d) cópia da nota fiscal nº 16345, emitida pela empresa Camil Alimentos S/A, em 19/09/02, referente a compra de 1.000 fardos de arroz, no valor de R\$ 30.500,00. Consta do documento fiscal como vencimento da aquisição o seguinte: 17/10/02, valor R\$ 10.166,66, 24/10/02 e 31/10/01, o valor de R\$ 10.166,67, respectivamente; e) nota fiscal nº 0266, emitida em devolução pelo autuado consta a observação: “motivo da devolução: Em desacordo com nosso pedido”; f) documento (fax) fls. 17 e 18, o fornecedor Camil Alimentos S/A, apontou a modalidade simples carteira, onde consta cobrança dos títulos nos dias 22/10/02, 24/10/02 e 31/10/02; g) cópia de folhas do livro Caixa (agosto a outubro/02) do autuado (fls. 19 a 22); h) cópia de notas fiscais de aquisição (fls. 38 a 79); i) demonstrativo de auditoria das disponibilidades (fl. 23); j) demonstrativo do cálculo do débito do ICMS (fl. 24); k) demonstrativo da margem de lucro bruto do estabelecimento (fl. 25); l) demonstrativo da margem de valor adicionado (média da MVA com parâmetro no Anexo 89 do RICMS/96 (fl. 26); m) demonstrativo da alíquota média para quantificação do crédito fiscal (fl. 27 a 37); n) demonstrativo falta de retenção do ICMS na fonte (fls. 80 a 86); o) cópias (via Fisco) de notas fiscais emitidas pelo autuado nºs 001 a 0567 (fls. 87 a 406).

Ao reconstituir o livro Caixa, o autuante tomou por base as saídas de mercadorias e as aquisições de mercadorias com pagamento à vista, além dos pagamentos efetuados a prazo considerando o efetivo dia do pagamento integral ou parcelado, desde o início das atividades até o dia 31/10/02, cuja apuração foi feita diariamente. Já o autuado ao apresentar sua escrituração efetuou o lançamento, no mês de agosto, considerando lançamento de pagamento no final do mês, sem, entretanto, observar a efetiva data do pagamento do título relativo às compras à vista. Também omitiu o lançamento de diversas aquisições, conforme cópias das notas fiscais anexadas aos autos pelo autuante.

Constato que na escrituração do livro “Caixa” o autuado só efetuou o lançamento de pagamentos de compras, sem, contudo, observar que o referido livro se destina a escrituração de todas as receitas e despesas efetivamente recebidas e ou pagas no período, o que vale dizer que a omissão de escrituração do pagamentos das despesas como: consumo de energia, telefone, água, despesas de manutenção, ordenados a empregados, INSS, FGTS, pró-labore, honorários a contador, ICMS, etc, denotaria a existência de saldo credor de Caixa em valor superior ao apontado pelo autuante, que por não ter acesso a tais documentos, também não incluíra na reconstituição do “Caixa” .

No tocante a infração ora em análise, em que foi exigido imposto, na condição de contribuinte normal de apuração, por ter sido identificado omissão de receita apurada, mediante Auditoria

de Caixa, tendo sido detectado saldo credor, nos meses de agosto, setembro e outubro/02, período em que o contribuinte autuado se encontrava inscrito na condição de Microempresa, regime simplificado de apuração – SIMBAHIA.

Tal disposição prevista a partir da alteração do RICMS/97, mediante Decreto nº 7867/00, efeitos a partir de 01/11/00, alteração em relação ao inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, que passou a ter a seguinte redação:

V - que incorrer na pratica de infrações que tratam os incisos III, IV e a alínea “c” do inciso V, do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Desta maneira, como a infração praticada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/97, correta a metodologia utilizada para apuração do imposto devido em razão da infração cometida.

Na verdade, os trabalhos realizados pelo Fisco, adotando o roteiro de Auditoria das Disponibilidades, considerando os documentos fiscais do sujeito passivo foram feitos dentro da estrita legalidade e demonstraram, sem sombra de dúvida, o cometimento da infração, que foi a de omissão de saída de mercadorias tributadas, sem a emissão do documento fiscal, identificado através da existência de “Saldo Credor de Caixa”, presunção legal estabelecida em Lei (Art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96). No entanto, a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta nova redação, o imposto apurado em razão de omissão de saída de mercadorias, deve ser tomado como base os critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. E os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art 19 da citada Lei). Assim, considerando que a lei, ora vigente, determina que o crédito fiscal seja de 8% sobre as omissões de saídas, foi refeito o demonstrativo de débito, tomando por base o Demonstrativo de Caixa, à fl. 23, a exceção do valor do débito apontado no mês de agosto de 2002 por ter sido deduzido do valor da base de cálculo a quantia de R\$ 40.000,00, referente ao capital inicial não considerada na elaboração do demonstrativo da conta Caixa. Assim, os valores a serem exigidos na presente ação fiscal, em relação ao primeiro item da autuação, são os abaixo demonstrados:

DATA OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	ICMS DEBITADO (17%)	ICMS CREDITADO (8%)	ICMS A RECOLHER
ago/02	26.690,96	4.537,46	2.135,27	2.402,19
set/02	32.550,94	5.533,66	2.604,07	2.929,59
out/02	66.609,68	11.323,65	5.328,77	5.994,88
Total	165.851,58	28.194,77	13268,11	11.326,66

Já no tocante ao segundo item da autuação, esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou que o processo fosse encaminhado em diligência a Procuradoria Fiscal solicitando emissão de parecer jurídico esclarecendo se na condição de microempresa comercial atacadista, inscrita no SimBahia, o autuado estaria sujeito a retenção do imposto ao efetuar vendas de mercadorias enquadradas ou não no regime de substituição tributária, com destino a contribuinte não inscrito neste Estado, uma vez que de conformidade com o que dispõe na seção IV do capítulo IV do título III do RICMS/97, que trata especificamente dos contribuintes do SimBahia, precisamente, no art. 393-A, onde prevê a obrigação de as microempresas e empresas de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, quando produzirem mercadorias enquadrados no regime de

substituição tributária, sempre que efetuarem a saída dessa mercadoria, assumem a condição de sujeito passivo por substituição e silencia, contudo, com relação às microempresas e empresas de pequeno porte de natureza comercial.

Em resposta, a Procuradoria Fiscal, através de parecer, às fls. 454 a 460, esclareceu que a Lei nº 7.014/96 fixa como regra geral a inclusão, no regime de substituição tributária por antecipação, das operações de saída de mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito, hipótese em que o vendedor deverá efetuar a retenção e recolhimento do imposto devido na operação subsequente realizada pelo adquirente, salvo se já tiver sido recebida com a cobrança antecipada do imposto. Transcreveu o art. 8º, I, II e § 2º, da Lei nº 7.014/96, dizendo que a regra fixada no art. 8º, inciso I, comporta as exceções prescritas na norma regulamentar, por autorização legal expressa.

Também, a Lei nº 7.357/98, que instituiu o regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia, expressamente excluiu do tratamento tributário o pagamento do ICMS devido nas operações sujeitas à antecipação ou substituição tributária (ar. 5º, I, II e III).

Que disciplinando a matéria, o RICMS/97, com a alteração Dec. 7.466/98 e alterações posteriores, destinou uma seção inteira para cuidar especificamente da antecipação tributária e da substituição tributária por antecipação nas operações com microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes (arts. 390-A a 394-A).

Asseverou ser necessário investigar se é possível reconhecer às empresas inscritas no SimBahia a condição de contribuinte substituto, nas saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos, com base na regra geral estabelecida no art. 8º, I da Lei nº 7.014/96. e de conteúdo semelhante ao do art. 353, I, do RICMS/97. No entanto disse que a resposta a essa questão deva ser negativa, uma vez que entre as normas genéricas (Capítulo III, Seção II) e as normas específica, no tocante a microempresas empresas de pequeno porte e ambulantes (Capítulo IV, Seção IV), induz a conclusão de que o Poder Executivo estadual pretendeu conceder, às empresas inscritas no SimBahia, tratamento tributário diferenciado, inclusive no tocante à substituição tributária.

Entendeu, ainda, que se as normas gerais sobre substituição tributária valessem também para as empresas do SimBahia, seria totalmente dispensável a regra contida no art. 390-A do RICMS/97, que atribui responsabilidade por substituição tributária aos contribuintes que realizarem operações de saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com destino a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. Assim, concluiu que a intenção do Poder Executivo foi a de deixar normas específicas sobre antecipação e substituição tributária para as empresas inscritas no SimBahia, retirando-as, portanto, da incidência das normas gerais estabelecidas acerca da matéria. Não existindo norma específica aplicável a microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes, as condição de sujeito passivo por substituição, nas operações de saídas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, realizadas com contribuintes não inscritos.

Continuou dizendo que no cenário legislativo atual vislumbra-se uma dissociação de tratamento tributário entre as pequenas empresas industriais e as pequenas empresas comerciais. A partir da Lei nº 7.357/98 este cenário sofreu profunda modificação, deixando de incluir, no conceito de microempresa, empresa de pequeno porte e ambulante, critérios relativos ao tipo de atividade (industrial ou comercial, por atacado ou a varejo), classificando-as apenas em função do volume da receita bruta ajustada, tornando possível a inscrição de pequenas empresas comerciais atacadistas no SimBahia. Desta maneira, se manifestou sob o entendimento de não haver responsabilidade tributária das microempresas e empresas de pequeno porte, sejam industriais ou comerciais atacadistas ou varejistas, pelo imposto devido na operação subsequente, quando das saídas internas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por

antecipação, com destino a contribuintes não inscritos. E que se tratando de mercadoria sujeita á substituição tributária por antecipação, qualquer que seja o destinatário (inclusive contribuintes não inscritos), há que se perquirir da subsunção do caso concreto às normas dos arts. 391-A, I e 393-A, a fim de estabelecer-se, ou não, a responsabilidade tributária por substituição às microempresas ou empresas de pequeno porte.

Desta maneira, acompanho o posicionamento da Procuradoria Fiscal e concluo pelo descabimento da exigência do tributo, em relação ao segundo item da autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298917.0059/02-2, lavrado contra **GILVANO DIAS DE SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 11.326,66**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA