

AI Nº - 276473.0903/03-8
AUTUADA - MADEIREIRA PAU BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 19.02.04

1º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034/01-04

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. 1. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações não elididas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações não contestadas. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/03, reclama ICMS no valor de R\$10.841,55, acrescido das multas de 50% e 60%, mais multa de R\$460,00 em decorrência de:

1. Recolhimento a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia (maio/01 a novembro/02) - R\$5.501,03;
2. Falta de recolhimento do imposto no(s) prazo(s) regulamentar(es), na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (dezembro/02 – R\$1.393,88;
3. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 (junho/01, julho/01, dezembro/01 e janeiro/02) – R\$177,18;
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 (janeiro a maio de 2001, agosto/01, outubro/01, fevereiro a abril/02, outubro/02 e dezembro/02) - R\$3.769,46;
5. Falta de escrituração do Livro Registro de Inventário. Multa no valor de R\$460,00.

O autuado, por advogado legalmente habilitado, impugnou o lançamento fiscal exclusivamente quanto às infrações 1 e 2 (fls. 56/59). Deu a notícia de que a empresa era enquadrado no SimBahia, na condição de microempresa. Entretanto, em 05/12/02, recebeu "Aviso de Reenquadramento", sendo informado que a partir de 01/12/02 estaria sendo enquadrada como "empresa de pequeno porte", vez que existia a participação societária do autuado nas empresas Luzitana Material de Construção Ltda, Gouveia & Sabadini Ltda, Apoio Sul Ferragens Ltda ME e Extra Hidráulica e Elétrica Ltda. Neste mesmo aviso foi informado que o impugnante deveria rever todos os recolhimentos efetuados a

partir de abril de 2001, para o recolhimento das diferenças existentes naquele período.

Após tal informação, afirmou que a autoridade administrativa na elaboração do ato administrativo, não dispõe de plena liberdade, pois seu ato é vinculado aos ditames de uma norma, com o objetivo de atender ao princípio de legalidade. Porém, objetivando avaliar a legalidade do ato administrativo que discutia, elaborou análise dos arts. 399-A e § 9º do art. 384-A, do RICMS/97 para afirmar:

1. os dispositivos acima mencionados impedem o enquadramento no Simbahia, quando o total da receita das empresas cujo titular ou sócio seja participante do capital, ultrapasse o limite estipulado no citado art. 384-A, II, que é o valor de R\$1.200.000,00 de receita bruta ajustada no ano. Portanto, o embasamento legal, como motivador do desenquadramento, não se coadunava com a motivação do ato administrativo, pois o faturamento de todas as empresas apontadas como "vinculadas", no ano anterior, não atingiram o valor determinado e, acaso houvesse ocorrido a hipótese de superação da receita total das empresas do citado valor e no ano anterior, não seria o caso de desenquadramento, como feito, mas sim, de exclusão.
2. O § 9º do art. 384-A do Regulamento estabelece as regras que devem ser observadas no tocante ao reenquadramento, que tem como data limite àquela da entrega do DME, ou seja, 28/02, produzindo efeitos a partir do segundo mês subsequente, ou seja 01/04. Assim, o ato administrativo emitido em 29/11/2002, obviamente atendo-se a DME entregue em 28/02/2002, que se referiu ao ano base de 2001, contrariou ao disposto que regula o reenquadramento, vez que retroagiu seus efeitos ao mês de abril de 2001.

Afora tais considerações, disse ainda que a vinculação entre as empresas, base do reenquadramento, não tinha fundamentação legal, vez que não existe imposição legal que impeça pessoas de uma mesma família serem titulares e sócios de empresas e que possam exercer a opção pelo sistema simplificado de pagamento do ICMS.

Diante do que tudo expôs, ao entender que o ato administrativo que promoveu o reenquadramento havia nascido com o vício de nulidade, uma vez que sem fundamentação legal.

No mérito, entendeu devedor da quantia de R\$540,00 pois no ano de 2002 havia ultrapassado as faixas estabelecidas no art. 386-A, II, do RICMS/97, conforme relatório que anexou à sua defesa.

A autuante prestou informação (fl. 77) observando que o ato administrativo foi realizado em consonância com a lei tributária, pois perfeito em sua constituição: agente competente, forma, motivo, finalidade, objeto. Além do mais, o contribuinte não havia sido desenquadrado do SimBahia, mas sim, alterado seu enquadramento dentro do próprio regime, conforme as regras dos arts. 404-A e 405-A, do RICMS/97, de modo a não o prejudicar, retornando-o à condição de contribuinte "normal".

Em seguida, observou que se o contribuinte se sentiu ferido em seu direito, deveria, ao ser informado de sua nova condição, ter procurado os meios legais a fim de defender-se.

Ratificou o procedimento fiscal.

VOTO

O autuado não contestou as infrações 3, 4 e 5 do presente Auto de Infração que dizem respeito a recolhimento a menor e falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e a multa aplicada pela falta de

escrituração do livro Registro de Inventário. Não havendo lide a ser discutida subsiste a ação fiscal no valor de R\$3.946,64 de ICMS mais a multa no valor de R\$460,00.

Toda a discussão se resume às infrações 1 e 2, que tratam da cobrança do imposto dito recolhido a menos e não recolhido. Quando da defesa se toma conhecimento de que o sujeito passivo foi intimado pelo Inspetor Fazendário (fl. 62), em 29/11/02, com data de recebimento em 5/12/02, a recolher uma diferença de imposto desde abril de 2001, uma vez que foi constatada que existia vinculação da empresa em outras sociedades comerciais. Como não houve manifestação sobre o assunto por parte da empresa, foi lavrado o Auto de Infração.

O impugnante pautou sua defesa no fato de que o ato administrativo motivador do seu reenquadramento era viciado, pois em desacordo com as determinações das normas tributárias, precisamente aquelas inseridas no art. 399-A e 384-A, do RICMS/97. Em sendo assim, as infrações detectadas, na forma que foram calculadas não poderiam subsistir. Em seguida, reconheceu ser devedor de diferença de imposto nos meses de maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2002 (infração 1) e que não havia recolhido o ICMS do mês de dezembro de 2002 (infração 2). Estes valores reconhecidos pela autuado foram calculados com base no seu enquadramento como microempresa e não como empresa de pequeno porte, conforme realizado pela autuante.

Para o deslinde da matéria em discussão pauto-me na norma tributária e nas peças processuais, uma vez que a matéria enfocada pelo impugnante, ou seja, equívocos existentes no seu reenquadramento, não pode neste momento ser aqui abordada. Este fato deveria ter sido questionado antes da ação fiscal, inclusive podendo haver recurso a este Colegiado na forma do art. 386-A, Parágrafo único, “e”, do RICMS/97 caso o pleito da empresa fosse indeferido pelo órgão competente. O que agora estar em discussão é a validade ou não da cobrança conforme realizada.

O autuado teve início de suas atividades em abril de 2001. Conforme já expresse, em 29/11/02, o Inspetor Fazendário da Inspetoria de Teixeira de Freitas enviou correspondência comunicando ao autuado seu desenquadramento a partir de 1/12/02 de microempresa para empresa de pequeno porte. O fato motivador do reenquadramento foi a participação societária do contribuinte em outras empresas. Destas informações e analisando as determinações legais, tenho a dizer:

1. Quando do pedido de enquadramento do SimBahia, o contribuinte deve informar que seus titulares e sócios participam ou não de outra sociedade comercial pois para o cálculo da receita bruta ajustada leva-se em consideração o somatório da receita bruta decorrente das operações e dos serviços de transportes e comunicações de todos os estabelecimento da empresa no período considerado, com as deduções legais (§ 4º do art. 384-A, do RICMS/97). Pelos Contratos de apresentados, as sociedades foram constituídas antes do início da ora autuada.
2. Para fins de adoção do tratamento tributário de que cuida o SimBahia, considera-se microempresa o contribuinte com receita bruta ajustada do ano anterior igual ou inferior a R\$240.000,00 (art. 382-A, I do Regulamento). No caso de início de atividade o contribuinte deverá apresentar declaração estimando o valor de sua receita bruta anual ajustada (§ 3º do art. 384-A). Além disto, considera-se que a receita bruta ajustada de uma empresa ultrapassou o limite para enquadramento em determinada faixa ou condição no SimBahia, quando o volume de suas entradas de mercadorias e serviços de transportes tomados no período considerado for superior em 20% (vinte por cento) aos limites respectivos, ainda que sua receita bruta seja inferior aos mesmos.

Diante das determinações legais e fatos provados, o contribuinte não poderia ter solicitado seu

enquadramento como microempresa, desde a sua constituição, e sim como empresa de pequeno porte. Neste caso, deve recolher a diferença do imposto que foi omitido durante todo o período considerado.

Ressalto, nesta oportunidade, que mesmo havendo equívoco na Notificação da Inspeção de que o contribuinte estaria sendo reenquadrado a partir de dezembro de 2002, este fato não invalida a situação pré-existente. Diante do exposto, voto pela procedência da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276473.0903/03-8**, lavrado contra **MADEREIRA PAU BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.841,55**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.946,64, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 e 50% sobre R\$6.894,91, prevista, no art. 42, II, “d” do mesmo diploma legal, e demais acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96.

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

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR