

PROCESSO - A. I. Nº 087163.0002/06-1
RECORRENTE - SMM DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0151-04/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/09/2006

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0317-11/06

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada, pois a empresa encontrava-se inscrita na condição de microempresa 4 até 01/04/2005. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 01/02/2006, exigindo o ICMS no valor de R\$81.592,64, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). (Valor histórico: R\$11.281,51; percentual da multa aplicada: 50%).
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. (Valor histórico: R\$70.311,13; percentual da multa aplicada: 50%).

As informações fiscais às fls. 193 informam não ter havido o desenquadramento da empresa, mas somente uma mudança em sua condição, passando a constar no SimBahia, desde outubro de 2003, como empresa de pequeno porte; e aduzem que a empresa jamais procedeu ao recolhimento do ICMS antecipado relativo a mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, conforme atestam as notas fiscais dispostas às fls. 53 e 169 do presente PAF.

Vindos aos autos, os ilustres julgadores da 4ª JJF negam o pedido de diligência solicitado, consideram os elementos apensos ao PAF suficientes para a formação do convencimento.

Dizem pela análise dos elementos presentes que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, e que a lavratura do Auto de Infração atendeu plenamente ao disposto no artigo 39, do RPAF/99.

Adentrando ao mérito, esclarecem que o autuado é empresa inscrita no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte, a partir de abril de 2005, data em que ultrapassou as faixas de microempresa, conforme planilhas de fls. 09, 10 e 11

do PAF.; confirmam consulta ao INC - Informações do Contribuinte, que a partir de 01/04/2005, a empresa passou à condição de empresa de pequeno porte-EPP.

Assim, complementa a ilustre 4ª JF, daquela data em diante é devida a cobrança do ICMS em questão, devendo remanescer na infração as datas de ocorrências em outubro e em dezembro de 2005, nos valores de R\$ 1.062,70 e de R\$ 1.350,73 respectivamente, de acordo com os cálculos das planilhas acima citadas.

Citam o artigo 404-A, do RICMS/97 o qual estabelece que *“a exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime, será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício”*, e o artigo 405-A, que prevê a exclusão ou alteração no enquadramento, mediante iniciativa do contribuinte, por opção ou obrigatoriamente, quando a receita bruta ajustada exceder aos limites estabelecidos no mencionado dispositivo regulamentar, o que se adequa ao caso em questão.

À vista destes dispositivos, considera a ilustre 4ª JF a Infração parcialmente elidida.

Na infração 2, apontam tratar-se de recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação. Nessas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, ocorre o fato gerador do ICMS relativo à antecipação parcial, e independente do regime de apuração ou da condição de inscrição cadastral do contribuinte.

As planilhas às fls. 12 a 29 demonstram a base de cálculo, e a partir do “valor total da nota”, foi aplicada a alíquota interna de 17%, deduzindo os valores dos ICMS destacados nas notas fiscais a título de crédito fiscal. Também foram considerados os valores do imposto recolhido sob o código de receita 2175.

E julgam procedente este item da autuação, e a Procedência em Parte do auto em comento.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente representado por advogado, ao início aponta serem válidas as contestações vindas na defesa inicial, para serem analisadas em grau de Recurso.

Aduz que as informações fiscais às fls. 193 se contradizem com a realidade dos fatos, e que ao proceder ao lançamento desenquadrado o recorrente do SimBahia, situação na qual figurava desde outubro de 2003, e que desta forma a autuação é improcedente.

Pugna o recorrente pela procedência do Recurso ora em apreciação.

A PGE/PROFIS traz em seu opinativo, elaborado pela ilustre procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, que a alegada falta de intimação acerca do desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração SimBahia, não pode prosperar porquanto o aludido não ocorreu.

A partir de 01 de abril de 2005, destaca, passou à condição de EPP (Empresa de Pequeno Porte), por ter superado às faixas de faturamento estabelecidas para as microempresas. Cita a ilustre procuradora o art. 404-A do RICMS/BA o qual estabelece a alteração do enquadramento, de ofício ou por solicitação do sujeito passivo, pelo que se conclui estar revestido de legalidade o procedimento fiscal em tela. Realça não cumprida a determinação do inciso II do art. 405-A do Regulamento, mediante a qual o contribuinte deveria solicitar, obrigatoriamente, a alteração no enquadramento quando sua receita bruta excedeu os limites expressos no RICMS/BA.

Observa e concorda a ilustre procuradora, com relação à infração 01 do Auto de Infração em exame, o acerto da exclusão fiscal relativa ao mês de abril de 2005, dada a condição de microempresa do sujeito passivo naquele período.

Quanto à alegação da não observação do princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155 inciso I do CF/88, indica a D. procuradora razão não assistir ao recorrente, haja vista a adequação dos valores constantes das planilhas, demonstrando a base de cálculo do lançamento, e as

aplicações, da alíquota interna de 17% e do crédito do ICMS indicado nas notas fiscais, assim como considerados foram os recolhimentos efetuados pela empresa sob código 2175.

Narra a ilustre procuradora, com referência à multa no percentual de 50% do valor do imposto, que a sua previsão legal figura na Lei nº 7014/96, art. 42, I, b, itens 1 e 3, onde cita sua incidência na falta de recolhimento de impostos em seus prazos regulamentares, tratando-se de contribuintes dispensados da escrituração regular, microempresas ou empresas de pequeno porte, nas entradas de mercadorias providas de fora do Estado, com no caso em comento. Aponta ainda a inaplicabilidade do invocado inciso IV do art. 150 da CF/88, dado este dispositivo tratar-se da vedação à utilização de tributo, com efeito, confiscatório, e não de multa como no caso presente.

Emite Parecer, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado, e que sejam mantidos integralmente os termos da Decisão recorrida.

VOTO

As preliminares suscitadas pelo recorrente quando de sua impugnação inicial e referendadas no Recurso Voluntário apresentado, foram suficientemente enfrentadas no curso deste PAF, das quais cabe relevar;

- a) o desenquadramento havido foi o da condição de microempresa, a partir da ultrapassagem do limite previsto da receita bruta ajustada, mantendo-se na condição de EPP (empresa de pequeno porte);
- b) o alegado princípio da não-cumulatividade do imposto não está presente no lançamento, haja vista considerados os créditos do ICMS indicados nas notas fiscais vindas de fora do Estado, assim como deduzidos também os recolhimentos sob código 2175;
- c) a multa de 50% decorre de previsão legal, art. 42, inciso I, “b”, itens 1 e 3 da Lei nº 7.014/96, quando do não recolhimento do imposto no prazo previsto, ao qual estão obrigadas empresas dispensadas da escrituração regular de livro fiscais (microempresas e empresas de pequeno porte enquadradas que estão no Regime Simplificado de Apuração-SimBahia);
- d) o tratamento do inciso IV do art. 150 da CF/88 dirige-se à utilização de tributo com efeito confiscatório, e não de multa punitiva consoante questiona o recorrente;
- e) da mesma sorte, a jurisprudência apontada pelo recorrente não se enquadra à hipótese aludida por se referir à incidência da taxa referencial como índice de indexação e não de multa, como no presente caso.

No mérito, acato os mesmos termos da Decisão recorrida, exarada pela ilustre 4ª JJF, no tocante a dever permanecer ou resistir nos autos, completamente, o lançamento relativo à infração 02, suficientemente demonstrada analiticamente as fls. 12 a 29 do PAF, donde se extrai a pertinência do débito de imposto, pelo não recolhimento da Antecipação Parcial do ICMS em mercadorias tributáveis providas de outras Unidades da Federação, com as corretas deduções dos impostos incidentes nas origens e destacados nas notas fiscais correspondentes.

Restou caracterizada esta infração 2, pelo que voto pela manutenção da mesma.

Analisando a infração 1 do Auto de Infração em questão, observo pertinente a manifestação apropriada da ilustre 4ª JJF, relevando o lançamento de ofício não alcançar períodos durante os quais o contribuinte estava abarcado por procedimentos distintos em virtude de, até 31/03/2005, tratar-se de enquadrado como microempresa comercial.

Assim, remanescem nesta infração 1, apenas os lançamentos relativos aos períodos de apuração dos meses lançados de outubro e dezembro de 2005, nos valores de R\$1.062,70 e de R\$1.350,73, respectivamente, com os quais concordo.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, e pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em exame.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087163.0002/06-1**, lavrado contra **SMM DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.724,56**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, itens 3 e 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS