

A. I. Nº - 269141.0009/05-1
AUTUADO - NATULAB LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 10/01/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N.º 0385-05/06

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. DESENQUADRAMENTO DO REGIME. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Levantamento fiscal efetuado sem observância dos critérios legais próprios para o desenquadramento do sujeito passivo tributário do regime do SIMBAHIA. Infração insubsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO E FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NA QUALIDADE DE RESPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO. Infrações não elididas. Rejeitadas as arguições de nulidade ao lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 28/12/2005, exige ICMS no valor de R\$285.389,49, acrescido das multas de 60% e 150%, em decorrência:

1. Recolhimento a menos do imposto ICMS por erro na apuração dos seus valores. O autuante consignou que a empresa, enquadrada no regime SimBahia, perdeu a adoção do tratamento tributário previsto neste regime, conforme determina o art. 408-L, V, VI e VII combinado com os art. 408-P e art. 408-S, todos do RICMS/97, tendo em vista terem sido detectadas as seguintes infrações: 1 - saldo credor do caixa (exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004); 2 - ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição e não recolhido (exercícios de 2002, 2003 e 2004); 3 - falta de apresentação dos documentos fiscais de saídas (exercício de 2000 e parte de 2001); 4 - apresentou declarações inexatas ou falsas na DME relativamente às entradas e saídas de mercadorias e serviços (exercícios de 2003 e 2004). Adicionalmente, foi informado de que o contribuinte também excedeu a receita bruta ajustada em 20% nos exercícios de 2003 e 2004, conforme determinado no art. 383-A, § 5º e art. 405-A, II, “b”, do RICMS/97. Imposto exigido nos exercícios de 2000 a 2004 – R\$R\$255.155,06;
2. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (fevereiro de 2001 a novembro de 2004) - R\$13.962,85;
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (dezembro de 2004) - R\$16.271,58.

O autuado contestou, tempestivamente e por advogado qualificado, em sua totalidade a ação fiscal (fls. 272/296), apresentando-se, preliminarmente, como uma empresa que tem como objetivo social a fabricação de medicamentos similares e genéricos e que desenvolver um trabalho social com deficientes visuais, através de convênios com entidades da região, bem como, no mercado de trabalho da região em que atua.

Em seguida, apresentou preliminares à nulidade do lançamento fiscal por ausência de requisitos

legais e cerceamento do seu direito de defesa.

Na primeira, observou que das cópias do auto de infração a ele fornecidas não constava o Termo de Início de Fiscalização, elemento fundamental à consecução da autuação, consoante dicção do art. 28 combinado com o art. 29, do RPAF/99, que transcreveu. Como o Termo de Intimação está intrinsecamente ligado ao direito de defesa, este fato violava o seu direito de realizar uma denúncia espontânea, se fosse o caso. Desta forma, acaso não fosse o Auto de Infração declarado nulo, que o mesmo fosse tomado como denúncia espontânea, afastando da autuação a multa, correção e acréscimos moratórios, por evidente impossibilidade de comprovar quando teria sido dado início do procedimento fiscal.

Como segunda preliminar, disse que no momento em que foi notificada do Auto de Infração, não lhe foi entregue as cópias dos documentos que consubstanciaram a autuação, conforme determina o art. 46, do RPAF/99. Portanto, não havendo a entrega de tais documentos em tempo hábil, o Auto de Infração estava fadado à nulidade, em consonância com o art. 18, II do citado RPAF,

Como terceira nulidade, entendeu existir na autuação dados contraditórios e desconexos, bem como *bis in idem*. Afirmou que o Auto de Infração tipifica três infrações sobre o mesmo fato gerador do imposto. Observou que as infrações 2 e 3 tratam da falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição. Entretanto estas infrações se encontravam inclusas na infração 1. Em sendo assim, restava caracterizado o *bis in idem* da mesma. E, se não bastasse este fato:

1. as multas aplicadas eram incoerentes, pois para as infrações 1 e 3 foi aplicada aquela de 60% e para a segunda a de 150%;
2. além da acusação de três infrações que representavam uma só, o critério de penalização não foi idêntico nos três casos. Entendeu que este fato decorreu da repetição da irregularidade, ao arrepio da legislação aplicável à matéria.
3. havia sido apurada base de cálculo completamente diversa nas três infrações apesar de existir períodos comuns às mesmas, conforme exemplificou. Assim, disse ter constatada a total falta de critério na apuração das bases de cálculos para efeito de recolhimento de ICMS, referente à meses iguais.

Aduziu novamente e em relação à infração 1 a sua nulidade pela falta de entrega dos documentos base da autuação. Citou o art. 18, do RPAF/99 e comentou as determinações do art. 333, do CPC. Chamou a atenção para o que disse ser “a astúcia do Fisco Baiano de aguardar 05 (cinco) anos para, de uma hora para outra, dar um golpe letal na empresa fiscalizada”. Narrou que iniciou suas atividades em 30/3/1998 e, durante todo este tempo sempre foi regularmente fiscalizado, sem que fosse apontada qualquer irregularidade. O fisco havia preferido aguardar o decurso do prazo de 5 anos para “poder engordar os cofres públicos com um artifício que vem nada mais nada menos majorar tributo, sem lei que o autorize, sob o auspício de auto de infração”, já que este fato implica em majoração do imposto devido tendo em vista os acréscimos tributários. Neste sentido, discorreu sobre o fato da doutrina e jurisprudência coibirem a prática da aplicação indiscriminada de subterfúgios fiscais para majorar o tributo em forma não prevista por lei e ao arrepio do direito do contribuinte, reduzindo multas e juros de mora indevidamente aplicados.

Quanto à alegação do autuante de que a empresa prestou declarações inexatas ou falsas através das DME nos exercícios de 2003 e 2004, os arquivos magnéticos apresentados ao fisco atestavam a veracidade delas. Além do mais, diferenças em relação às informações constantes nos livros fiscais e DME não possuíam o condão de descaracterizar o cumprimento da obrigação acessória que se exaure

com o fornecimento do arquivo magnético. Afora que após este envio não tem qualquer tipo acesso aos mesmos, ficando apenas com o recibo de sua entrega. Tornou a requerer a nulidade da ação fiscal. Ademais, conforme comprovado pelos levantamentos realizados pelo próprio fisco em relação às suas vendas, nos exercícios de 2000 a 2004, não existiram excessos dos limites de faturamento em todos os exercícios apurados.

Em relação ao suposto saldo credor de caixa nos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004, esclareceu que embora tenha sido constituída em 30/3/1998, somente começou a operar a partir do segundo semestre de 2000, já que por se tratar de laboratório farmacêutico, existem procedimentos legais junto ao órgão fiscalizador do setor (ANVISA). Informou que iniciou suas atividades com um capital familiar de R\$10.000,00, o suficiente para operar com no máximo dois produtos, sendo que somente no segundo semestre de 2000 foi produzido um único produto e o segundo aprovado no exercício de 2001. Atuando em um mercado extremamente competitivo, teve de realizar investimentos para o exercício de 2003, quando veio a aderir ao programa DESENVOLVE e obter recursos de parceiros que passaram a financiar a compra das matérias primas para produção de lotes piloto (lotes para testes da ANVISA), e arcar com as despesas de registro no órgão competente. Além destes problemas, outros se apresentaram como aqueles de ordem judicial em relação a concorrentes de produtos similares (documento anexado aos autos), bem como, foi obrigado pelo órgão fiscalizador a eliminar vários lotes produzidos que foram aprovados mais ainda não havia sido publicado em diário oficial como a legislação determina. Com esta situação, mais uma vez e em 2004, buscou mais parceiros para investimentos, o que veio acontecer com o ingresso de três novos investidores de nacionalidade italiana, através de um acordo preliminar de cotas (Anexo V), com ingresso de valores ao câmbio da época (Anexo VI). Desta forma, promoveu alteração contratual com os ingressos de recursos internacionais dos investidores e conseqüentemente aumentou seu Capital Social (Anexo VII). Ademais, estava autorizada a utilizar o DESENVOLVE, que somente passou a fazê-lo a partir do exercício de 2005.

Prosseguindo na sua argumentação, entendeu não ter havido qualquer irregularidade que pudesse desenquadrá-lo do SimBahia, inclusive ao arrepio do art. 97, do CTN, que transcreveu. Assim a aplicação de alíquota e base de cálculo conforme apurados caia por terra e, na pior das hipóteses, o imposto somente poderia ser calculado com fulcro no SimBahia. Requereu a nulidade ou a improcedência deste item da autuação.

No que tange às infrações 2 e 3, o imposto foi apurado como se a empresa autuada apurasse o imposto pelo regime normal, quando á época se encontrava enquadrado como microempresa e não ultrapassou o limite da receita bruta ajustada para os exercícios em questão. Portanto as infrações não poderiam subsistir.

Passou a seguir a impugnar a multa de 70% aplicada por ter cunho confiscatório. Observou que o art. 150, IV, da Constituição Federal veda o confisco tributário e que o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado a respeito da matéria. Citou, ainda, texto da obra de Paulo César Bária de Cartilho sobre a matéria. De igual forma, dissertou sobre o que chamou de multa moratória, a entendendo de cunho confiscatório com claro enriquecimento ilícito do Erário.

Requereu diligência fiscal para apuração da verdade dos fatos e voltou a insistir que sendo empresa enquadrada no Simbahia, não é obrigado a escriturar o livro Registro de Apuração do ICMS nem o Registro de Entradas.

Por fim, requereu que todas as intimações referentes ao presente processo fossem dirigidas ao escritório de advocacia cujo endereço constava no rodapé da impugnação, revisão do lançamento fiscal, a aceitação de todos os meios de provas em Direito admitidas, oitiva de testemunhas, a

nulidade ou a improcedência da ação fiscal.

O autuante contra arrazoou as alegações de defesa (fls. 775/776), apresentando as seguintes considerações:

1. quanto à nulidade da autuação suscitada, informou que o Termo de Intimação encontrava-se apensado à fl. 12 dos autos. E quanto à falta de apresentação dos documentos que consubstanciaram a autuação, os mesmos foram ao contribuinte entregues. Além do mais, os art. 11 e art. 124, do RPAF/99 facultam o acesso do sujeito passivo ao processo durante o prazo de defesa. Considerou inexistirem elementos que ensejassem a declaração de nulidade do auto de infração;

2. em relação ao mérito, entendeu que o impugnante não havia apresentado qualquer dado objetivo. Sobre a infração 2 afirmou ser estranho o raciocínio do defendente, pois considerou-se desobrigado a recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição nas vendas internas de medicamento, por ser microempresa, porém “não achou nenhum inconveniente em reter o imposto junto aos seus compradores e não repassá-lo ao Estado”. E, sobre a infração 3, o autuado estava obrigado, em obediência à legislação tributária, em reter e recolher o ICMS.

Pugnou pela total procedência da autuação.

O autuado apresentou à esta Secretaria da Fazenda (fls. 780/784), em 24/3/2006, aditamento à sua defesa inicial apresentando alguns aspectos que considerou relevante para apreciação.

Em primeiro lugar, reafirmou que como os demonstrativos que integraram o auto de infração não foram entregues à empresa no momento da ciência do Auto de Infração, não foi cumprido o prazo previsto no artigo 46 do RPAF/99, cerceando seu pleno direito de defesa;

Em segundo lugar e abordando o mérito da infração 1, disse que os levantamentos elaborados pelo fiscal autuante apresentavam graves erros técnicos. O autuante acusou a empresa de ter apresentado saldo credor de caixa nos exercícios de 2000 a 2004, entretanto, para apurá-lo, excluiu todos os lançamentos a débito referente às receitas de vendas auferidas conforme provava a planilha por ele elaborada e intitulada "Demonstrativos de Constituição de Caixa".

Como terceiro ponto, afirmou que quando do cálculo do imposto apurado não houve a concessão do crédito presumido de 9% sobre o total das entradas no período, conforme estabelece o art. 408 do RICMS/BA.

Em quarto lugar e até 2004, não havia ultrapassado sua receita bruta ajustada em 20%. E, mesmo que ao longo do ano de 2004 tenha ultrapassado este limite, solicitou em 2005 o seu desenquadramento do Simbahia. Além deste fato, o autuante não apresentou qualquer demonstrativo a respeito de sua afirmativa, o que, no seu entendimento e mais uma vez, se constitui, no mínimo, cerceamento de defesa.

Afora de que não poderia concordar com a afirmativa de que havia prestado informações falsas na DME e que extraviou parte dos documentos de saídas de 2000 e 2001, pois em nenhum momento o autuante indicou quais informações teriam sido falsas. Mais uma vez alegou cerceamento de defesa. Quanto à documentação de 2000 e 2001, lembrou que já tinha sido fiscalizado nesses períodos por outro auditor fiscal, inclusive sido lavrado o Auto de Infração nº 110429.0009/03-5.

Com relação às infrações 2 e 3, informou que adotou o tratamento previsto para as microempresas industriais. Portanto não havia cometido qualquer irregularidade conforme indicou a fiscalização.

Requeru a improcedência do lançamento fiscal.

Esta 5ª JJF encaminhou o processo à Inspeção de Santos Antonio de Jesus para que o autuado

tomasse conhecimento de todos os levantamentos produzidos pelo preposto fiscal. Nesta oportunidade deveria lhe ser fornecido cópias dos mesmos, contra recibo, e que lhe fosse informado da abertura de seu prazo de defesa para que, querendo, se manifestasse (fl. 786).

Em 12/5/2006 (fl. 789) o autuado recebe intimação objetivando conhecer os levantamentos produzidos pelo autuante. Nesta intimação a Repartição Fiscal informou que as cópias dos mesmos seriam entregues ao contribuinte quando ele se apresentasse. Reabriu prazo de defesa de 30 dias a contar da data de recebimento da intimação. Neste mesmo dia o autuado manifestou-se (fls. 792/798), apresentando seu inconformismo de como foi realizada esta intimação, pois afrontou as determinações do ar. 46, do RPAF/99, ou seja, não foi observado o trintídio legal, nem, tampouco, lhe foram fornecidos os documentos que este Colegiado havia solicitado. Observou, como de “extrema importância”, a exigência feita pela Repartição Fiscal de que a empresa, antes de lhe serem dadas cópias dos documentos, indicasse quais as que desejava. Com esta exposição, requereu, mais uma vez, a nulidade do lançamento fiscal.

No mérito, repetiu todos os seus argumentos já anteriormente expostos.

Em 19/6/2006 foi expedita nova intimação para o cumprimento da solicitação deste Colegiado. Nesta intimação (fl. 790) foi reaberto prazo de defesa de trinta dias e encaminhado, conjuntamente, documentos e levantamentos fiscais relativos à infração 1, conforme se observa no Recibo de Entrega de Documentos, assinado pelo sócio da empresa e apensado aos autos à fl. 791. O contribuinte não se manifestou. Em 9/8/2006 o processo foi encaminhado à este CONSEF.

Mais uma vez esta 5ª JJF enviou os autos à Inspeção para que fossem fornecidos ao autuado os levantamentos fiscais relativos às infrações 2 e 3 e constantes às fls. 257/269 dos autos. Foi reaberto prazo de defesa (fl. 802). A Repartição Fiscal cumpriu o solicitado (fl. 804). O defendente não se pronunciou, porém utilizando-se do benefício concedido pela Lei nº 10.328/06 recolheu o imposto exigido na infração 3 (fls. 807/811).

VOTO

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as intimações sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo.

O impugnante invocou preliminares à nulidade da ação fiscal que devo me pronunciar.

Na primeira afirmou que a autuação contrariou as disposições do art. 28 combinado com o art. 29, do RPAF/99, uma vez que a ele não foi entregue o Termo de Início de Fiscalização, o que cerceou o seu direito de recolher o imposto espontaneamente caso tal termo perdesse sua validade no decorrer da fiscalização. E, se assim não entendesse este Colegiado, que as infrações detectadas fossem consideradas como denúncia espontânea, portanto livre da multa e dos acréscimos tributários. Este é argumento que não posso aceitar. De fato o Termo de Início de Fiscalização apensado aos autos à fl. 12 não consta que foi entregue ao autuado. Porém às fls. 13 e 14 consta dois Termos de Intimação, assinados pelo sujeito passivo, para apresentação de livros e documentos fiscais. O RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) é claro e expresso no seu art. 26, III que se *considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização*. Além do mais, à luz do disposto no art. 28, II, do citado RPAF, o Termo de Intimação conforme descrito acima dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização. E, se houve extrapolação do prazo dos termos lavrados e entregues

ao contribuinte, ele poderia ter recolhido o imposto espontaneamente durante este período. Assim, seu pleito de que sejam dispensados acréscimos tributários e multas aplicadas, caso as infrações sejam subsistentes não pode ser aqui acolhido.

Na segunda preliminar afirmou que no momento em que foi notificado do Auto de Infração não houve a entrega das cópias dos documentos que consubstanciam a autuação, contrariando o princípio do contraditório que rege o processo administrativo fiscal. De fato, este argumento é pertinente, porém sanável. Esta JJF solicitou à Repartição Fiscal que cópias de todos os levantamentos e documentos que embasaram o Auto de Infração fossem ao sujeito passivo tributário entregues e foi reaberto prazo de defesa. A Inspetoria em 12/5/2005 intimou o autuado à comparecer ao Órgão Fazendário. Informou que quando deste comparecimento lhe entregaria os aduzidos documentos (fl. 789). Neste mesmo dia o defendente entregou manifestação (fls. 793/798) requerendo, mais uma vez, a nulidade da ação fiscal, diante da forma como foi conduzida esta intimação. No entanto, em 19/5/2005, a Repartição Fiscal sanou este erro (fl. 790/791) e entregou cópia do Auto de Infração dos Termos de Início de Fiscalização e dos demonstrativos e levantamentos relativos à infração 1. Mais uma vez esta 5ª JJF baixou os autos em diligência para que todos os levantamentos e demonstrativos relativos às infrações 2 e 3 fossem dados a conhecer ao impugnante e, novamente, reaberto prazo de defesa. Esta providência foi tomada. O autuado não mais se manifestou, inclusive recolhendo em sua totalidade o ICMS exigido na infração 3. Diante das determinações do § 1º, do art. 18, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) entendo sanada a situação.

Na terceira nulidade afirmou que na autuação existiam dados contraditórios e desconexos bem como, *bis in idem*. Entendeu que o Auto de Infração tipifica três infrações sobre o mesmo fato gerador do imposto. Não tem razão o impugnante. As infrações não são as mesmas. O que se cobra na primeira infração é o imposto devido pelo próprio contribuinte. Na segunda, o imposto retido pela empresa, por substituição tributária, dos adquirentes de suas mercadorias e que não foi recolhido ao Erário, real proprietário desta receita. E na terceira, o imposto que deveria ter sido retido pela empresa autuado, como responsável tributário, e não feito. Portanto, a natureza das infrações é diversa, uma não estando incluída na outra.

O defendente ainda entendeu que as multas aplicadas eram incoerentes, pois para as infrações 1 e 3 foi aplicada a de 60% e para a segunda a de 150%. Não existe qualquer incoerência na aplicação das multas. Na primeira e terceira infração foi aquela de 60%, conforme determina o art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, respectivamente. Na segunda, de cunho gravíssimo (150%), já que imposto recebido pelo contribuinte e não repassado aos Cofres Públicos e que consta determinada no art. 42, V, “a”, da mesma Lei. Ainda entendeu que a multa de 70% aplicada tinha cunho confiscatório. Observo que a multa aplicada não foi de 70% e sim de 60% e 150%, e, como dito, determinadas em lei.

A respeito do entendimento do defendente de que o fisco estadual “prefere” aguardar o decurso do prazo de 5 anos para “poder engordar os cofres públicos com um artifício que vem nada mais nada menos majorar tributo, sem lei que o autorize”, neste foro administrativo não tem pertinência para ser discutido. Observo, apenas que diante das determinações emanadas do Código Tributário Nacional, o fisco estadual tem cinco anos para homologar os lançamentos realizados pelo contribuinte.

Por fim:

1. quanto ao pedido de diligência formulado pelo impugnante o indefiro como realizado diante do meu convencimento sobre a lide.
2. pelo fato da empresa não ser obrigada a escriturar o livro Registro de Entradas e de Apuração do

ICMS, esta situação não interfere na presente lide.

No mais, a infração 1 do presente Auto de Infração exige o ICMS por ter sido, mensalmente, recolhimento a menos. O autuante entendeu que a empresa perdeu a adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia, conforme determina o art. 408-L, V, VI e VII combinado com os art. 408-P e art. 408-S, todos do RICMS/97 tendo em vista terem sido detectadas as seguintes infrações: 1 - saldo credor do caixa nos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004; 2 - ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição e não recolhido (exercícios de 2002, 2003 e 2004); 3 - falta de apresentação dos documentos fiscais de saídas (exercício de 2000 e parte de 2001); 4 - apresentação de declarações inexatas ou falsas na DME relativamente às entradas e saídas de mercadorias e serviços (exercícios de 2003 e 2004). Afirmou, ainda, que o contribuinte também excedeu a receita bruta ajustada em 20% nos exercícios de 2003 e 2004, conforme determinado no arts 383-A, § 5º e art. 405-A, II, “b”, do RICMS/97. Foi exigido o imposto, apurado sem os benefícios do citado regime nos exercícios de 2000 a 2004 no valor de R\$R\$255.155,06.

Ao analisar a forma como foi conduzida a fiscalização, entendo que houve equívoco do autuante. É verdade que a legislação tributária estadual determina que, em se apurando irregularidades cometidas por empresas enquadradas no benefício do SimBahia, ela pode ser desenquadrada deste regime. Assim, se expressava, á época da autuação, o RICMS/97:

Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:

I - sempre que o contribuinte deixar de requerê-la, quando obrigatória;

IV - sendo comprovado, mediante ação fiscal, que o contribuinte não preenche os requisitos regulamentares que caracterizam a microempresa, a empresa de pequeno porte ou o ambulante;

VII - quando o contribuinte cometer quaisquer das irregularidades constantes nos incisos II, III e IV do art. 408-L.

§ 1º O contribuinte que deixar de recolher o imposto por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados dentro do mesmo exercício ou incorrer na prática de infrações de natureza grave poderá ser excluído do Regime, a critério da autoridade competente.

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, será permitida a utilização dos documentos fiscais remanescentes pelo prazo de trinta dias, contado da data do desenquadramento, devendo ser indicado no corpo da nota fiscal:

[...]

Porém para este desenquadramento é necessário que o fisco realize uma série de procedimentos antes de autuar, uma vez que:

1. o art. 407-A do citado Regulamento determina: *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.*

2. o art. 408-A também impõe: *A desabilitação da inscrição cadastral de microempresa, empresa de pequeno porte e ambulante, em decorrência de pedido de baixa ou de inaptidão de ofício, dar-se-á na forma dos arts. 165 a 173.*

Assim, através de ação fiscal ao ser detectado saldo credor de caixa (quando deveria ser exigido o

imposto apurado pela alíquota de 17% e concedido o crédito de 8% sobre o ICMS que deixou de ser recolhido, não havendo, nesta situação, *de per si*, o desenquadramento da empresa no regime do SimBahia e a acusação é *jurus tantum*), a falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária e não recolhido, declarações falsas nas DME e a comprovação de que a receita bruta ajustada do contribuinte não era mais condizente com a sua condição de micro ou pequena empresa, a autoridade competente deveria desenquadrá-lo do referido regime, com base nas normas legais vigentes e exigir o imposto. Caso o contribuinte se omitisse, após cientificado da situação, aí sim, o Auto de Infração deveria ser lavrado, sendo o imposto apurado pelo regime normal de apuração.

E, como observação: analisando as aquisições de mercadorias constantes na DME de 2003 (fl. 251) com o levantamento efetuado pelo autuante (fls. 52/63), observo que os valores são bastantes divergentes. No entanto não consta dos autos a prova material desta divergência, ou seja, os documentos fiscais que na DME não foram lançados. Além do mais, não ficou demonstrado, nos autos, de que a empresa tenha ultrapassado os limites de receita para seu desenquadramento do SimBahia.

Diante do exposto, não vejo necessidade de abordar os erros que o autuado afirmou que o preposto fiscal cometeu para apuração do saldo credor de caixa, de que não prestou declarações inexatas através das DME, ou mesmo de que não ultrapassou os limites de faturamento em todos os exercícios apurados, pois, neste momento, a infração não pode ser mantida.

A infração 2 exige ICMS que, embora retido pelo autuado como responsável tributário, não foi recolhido ao Erário e a infração 3, o imposto que não foi retido quando das vendas das mercadorias e que, de igual forma, cabe á empresa a responsabilidade tributária.

O defendente as impugnou conjuntamente. Apresentou duas razões para desconstituí-las.

Na primeira disse que como se encontrava enquadrado no SimBahia e não havia ultrapassado o limite da receita bruta ajustada, o imposto não poderia se apurado pelo regime normal. Equivoca-se o impugnante. Para a apuração do ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, caso presente, a regra a ser seguida é aquela determinada para as mercadorias neste regime enquadradas, já que o imposto calculado é o que encerra a fase de tributação e devido pelo adquirente da mercadoria.

Na segunda, informou que adotou o tratamento previsto para as microempresas industriais. Portanto, não havia cometido qualquer irregularidade. Este, de igual forma, é argumento que não pode ser sustentado. Teria razão o impugnante se a operação fosse de aquisições de mercadorias por empresa industrial, conforme disposições do art. 391-A, do RICMS/97. Acontece que aqui se estar a cobrar o imposto sobre vendas realizadas por empresa industrial enquadrada no SimBahia. Neste caso, determina o art. 393-A, do RICMS/97:

Art. 393-A. A microempresa e a empresa de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, quando produzirem mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, sempre que efetuarem a saída dessa mercadoria, assumem a condição de sujeito passivo por substituição.

Parágrafo único. O ICMS a ser retido será calculado na forma do art. 357, sendo que o valor do imposto referente à operação própria do vendedor, para fins de dedução na apuração do tributo a ser retido, será o calculado de acordo com o critério normal de tributação.

Diante da norma regulamentar, o autuado é o responsável tributário pela retenção e recolhimento do imposto sobre mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária.

Além de tudo exposto, ressalto que a empresa em várias ocasiões, conforme apurado na infração 3, assim se posicionou. Cometeu grave ilícito em se apropriar do imposto que reteve e que não lhe pertencia, pois receita do Estado (infração 2). No mais, as infrações foram apuradas conforme levantamentos fiscais acostados às fls. 257/269 dos autos, cujos valores não foram contestados pelo autuado, inclusive sendo recolhido, integralmente, o imposto exigido na infração 3. Em vista do exposto, mantenho a autuação relativa a estes dois itens nos valores de R\$13.962,85 e R\$16.271,58, respectivamente.

Pelo exposto voto pela procedência em parte do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$30.234,43, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269141.0009/05-1**, lavrado contra **NATULAB LABORATÓRIO FRAMACÊUTICO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.234,43**, acrescido das multas de 150% sobre R\$13.962,85, e de 60% sobre R\$16.271,58, previstas no art. 42, V, “a”, II, “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR