

PROCESSO - A. I. Nº 298965.0303/06-7
RECORRENTE - A.R. COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (MEDIC FARMA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0386-03/06
ORIGEM - INFRAZ IRECE
INTERNET - 24/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-11/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. **a)** MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente subsistente. Reduzido o valor do débito pelo autuante na informação fiscal. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Vencido o voto do relator. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, que foi lavrado em 30/03/2006, para fins de lançar ICMS no valor de R\$13.051,37, com aplicação da multa de 50%, em razão da apuração das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- Recolhimento a menos do ICMS, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Consta na descrição dos fatos que o contribuinte deixou de informar no prazo legal, a mudança de faixa de recolhimento e, por conseguinte, de recolher valores na condição de microempresa. Total do débito: R\$160,00

INFRAÇÃO 2- Recolhimento a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Consta na descrição dos fatos que o contribuinte deixou de informar no prazo legal, a mudança de faixa de recolhimento e, por conseguinte, de recolher valores na nova condição de Empresa de Pequeno Porte. Total do débito: R\$12.891,37.

A JJF, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, ao argumento de que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Aduz, ainda, que foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. Quanto à alegação de vícios e erros cometidos por não considerar os descontos e cancelamentos, afirma que as correções devidas foram acatadas pelo autuante, quando da apresentação de sua informação fiscal.

No mérito, verificou que o autuante elaborou demonstrativo das vendas realizadas pelo autuado (fls. 05/15), posteriormente retificado (fls. 145/150), para comprovar que o contribuinte recolheu a menos o ICMS devido em razão da mudança de faixa de faturamento para efeito de enquadramento no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Deixou de acatar as alegações defensivas de que o autuante não identificou corretamente os faturamentos mensais da empresa, bem como as suas respectivas bases de cálculo, pois, restou demonstrado nos autos a correta aplicação das disposições legais contidas no RICMS-BA , com as devidas alterações. Observou que o autuante se ateve às mudanças ocorridas no artigo 386-A, do mencionado diploma legal.

Entendeu, também, que não houve cerceamento de defesa alegado pelo impugnante, haja vista que o autuado tomou ciência de todos os demonstrativos elaborados pelo autuante (fl. 153), permitindo o exercício na sua plenitude da ampla defesa e do contraditório.

Com relação à irresignação sobre a data da mudança de faixa de faturamento para efeito de enquadramento no regime do SimBahia, aduziu que, com base no artigo 386-A, IV do RICMS-BA, a comunicação do contribuinte à Secretaria da Fazenda da Bahia sobre os valores de entradas e serviços tomados e do faturamento obtidos no exercício, para efeito de determinação de novo valor mensal devido, deve ocorrer até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurar o fato determinante da alteração, todavia o novo enquadramento deve ser efetivado no mês do novo faturamento. Assim, como o limite previsto para o enquadramento como microempresa é de R\$240.000,00, o autuado ultrapassou esse valor no mês de maio de 2004, conforme se observa na Receita Bruta Acumulada no valor de R\$240.275,64 (fl. 50), razão pela qual deveria comunicar à Secretaria da Fazenda da Bahia até o dia 15 do mês de junho de 2004, e o novo enquadramento seria levado a efeito no 2º mês subsequente à ocorrência do fato, ou seja, no mês de julho de 2004.

Nestes termos, afirmou que o autuado procedeu de forma correta apurando o imposto a partir do mês de julho de 2004, concluindo pela procedência parcial da autuação, para que fosse lançado o imposto no valor de R\$12.738,42.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fl. 175, reafirmando os termos da inicial (*rectius*, impugnação) e chamando a atenção para os erros cometidos pelo autuante, tanto que teve de elaborar novo demonstrativo de débito. Acrescentou, ademais, que a maioria das mercadorias objeto da autuação são submetidas ao regime de antecipação tributária, e que, por isso, a cobrança do imposto lançado no presente auto, conduz a um *bis in idem*.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 180/183, manifestou-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com as normas integrantes da legislação tributária, bem assim, que o processo administrativo desenvolveu-se segundo as regras constantes do RPAF.

Quanto ao mérito, afirma que, da análise dos documentos juntados aos autos e do acórdão recorrido, verifica-se que a JJF já considerou a infração parcialmente subsistente, justamente em razão de ter sido reduzido o valor do débito, pelo autuante, em sua informação fiscal, não fazendo qualquer sentido a alegação do contribuinte, quanto aos novos demonstrativos apresentados pelo preposto fiscal.

Assevera que, a partir de maio de 2004, o contribuinte passou a ostentar a condição de empresa de pequeno porte, por ter ultrapassado a faixa de faturamento das microempresas, sendo que o art. 404-A, vigente à época, estabelecia a exclusão do regime simplificado de apuração ou a alteração do enquadramento no referido regime de ofício ou por solicitação do sujeito passivo, concluindo que o procedimento fiscal está pautado na legalidade.

Invoca, ainda, o art. 405-A, segundo o qual o contribuinte deve solicitar a alteração do enquadramento quando sua receita bruta extrapolar os limites regulamentares. Assim, como na espécie o limite foi ultrapassado em maio de 2004, o contribuinte tinha até 15 de junho de 2004 para comunicar à Fazenda e o novo enquadramento foi levado a efeito no mês subsequente à ocorrência do fato gerador, conforme prevê o parágrafo único, do art. 405-A, do RICMS.

Aduz que o contribuinte não comprovou a alegação de que a autuação geraria bitributação por se tratarem de mercadorias com imposto pago antecipadamente.

VOTO VENCIDO

O contribuinte, em suas razões recursais, reitera integralmente a defesa apresentada, acrescentando, apenas, que o fato de o autuante ter elaborado novo demonstrativo de débito confirma a existência de equívocos na ação fiscal, bem assim, que a cobrança engendrada representa *bis in idem*, porquanto as mercadorias com que trabalha estão submetidas ao regime de antecipação tributária.

Com relação às matérias de defesa, tenho que tudo quanto alegado pelo contribuinte foi adequadamente apreciado na Decisão impugnada, que fica inteiramente referendada nesta

oportunidade.

No que tange à alegação recursal de que o Auto de Infração encontra-se eivado de equívocos, fica patente que a alegação, da forma genérica como foi lançada no inconformismo, é imprestável para fins de alterar a Decisão alvejada. Ademais, o fato de o preposto fiscal ter elaborado novos demonstrativos de débito, reduzindo o montante do imposto a ser lançado, longe de evidenciar qualquer ilegalidade, apenas demonstra o efetivo cumprimento das normas regulamentares aplicáveis, afastando da autuação valores indevidos, em benefício do próprio contribuinte.

Quanto ao fato de as mercadorias comercializadas pelo recorrente estarem submetidas às regras da antecipação tributária, verifica-se que, de fato, tratando-se de farmácias, como é caso do contribuinte autuado, o RICMS prevê, expressamente, o pagamento do imposto antecipado, seja em razão da atividade desenvolvida (art. 353, parágrafo 2º), seja em virtude dos produtos comercializados (art. 353, I, item 13 e seus sub itens). O art. 399-A, do regulamento de regência, de seu turno, veda, expressamente a aplicação do regime simplificado de tributação às operações submetidas à antecipação tributária, *in verbis*:

“Art. 399-A. A adoção do regime de apuração do SimBahia será feita com as seguintes restrições:

I - não se aplicam os critérios de apuração do ICMS nele estabelecidos para o pagamento do imposto:

(...)

b) nas operações e prestações sujeitas a antecipação ou substituição tributária;”.

Nestes termos, conquanto a adesão ao SimBahia dependa de anuência expressa do contribuinte, que, no caso, ao que tudo indica, existiu, não se pode olvidar da disposição legal que afasta a incidência de tal regime sobre as operações submetidas à antecipação tributária. Logo, há um empecilho legal para que se cobre o imposto da forma como foi lançado, porquanto é o próprio regulamento que afasta a sua incidência no particular, sem qualquer ressalva acerca de ato voluntário do contribuinte tendente a tornar legítima a cobrança tributária.

Não se desconhece os benefícios que o contribuinte teve com o seu enquadramento no regime simplificado, entretanto tal circunstância não é suficiente para deflagrar o liame obrigacional noticiado no presente lançamento, sobretudo quando se sabe que caberia ao Fisco, atentando à disposição regulamentar, indeferir o pedido de adesão ao SimBahia.

Registre-se, ademais, que das reduções “Z” do contribuinte, relativas às operações objeto da autuação, já demonstram que o estabelecimento autuado sempre foi uma farmácia, não havendo, assim, dúvidas quanto à aplicação do regime de antecipação tributária.

Por derradeiro, frise-se que, tratando-se de contribuinte submetido integralmente às regras da antecipação tributária, não se vislumbra, *prima facie*, sequer a existência de prejuízos para o Fisco, tornando ainda mais evidente a insubsistência do lançamento.

Nas circunstâncias, não pode subsistir a cobrança do imposto tal como lançado pelo autuante, uma vez que, estando o recorrente submetido às regras da antecipação tributária, não poderia recolher imposto na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em análise.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para discordar do entendimento do nobre relator, quanto à sua Decisão de Prover o Recurso Voluntário, para julgar Improcedente o Auto de Infração, sob a justificativa de que não pode subsistir a cobrança do imposto tal como lançado pelo autuante, uma vez que, estando o recorrente submetido às regras da antecipação tributária, em razão da atividade de farmácia, não poderia recolher imposto na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Tal discordância decorre do simples fato de que, à época da sua vigência, era facultativa a adoção

do tratamento previsto no Regime SimBahia, de que cuidava a Lei nº 7.357/98, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º, cabendo ao interessado formalizar a opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, ou em qualquer outro momento, desde que se enquadrasse nas condições e limites fixados, consoante disposto no art. 3º da citada Lei, cuja adoção ao regime de apuração simplificado era feita com a restrição de não se aplicar aos critérios de apuração do ICMS nele estabelecidos para o pagamento do imposto nas operações e prestações sujeitas a antecipação ou substituição tributária, conforme previsto no art. 399-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Logo, resta patente que a opção pelo regime SimBahia era uma faculdade do contribuinte, como também que seus critérios para apuração do ICMS de forma simplificada não se aplicavam às operações e prestações sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Desta maneira, caberia ao contribuinte mensurar a sua conveniência em adentrar e/ou permanecer no aludido regime simplificado de apuração do imposto, desde que prenchesse as condições legais preestabelecidas, não sendo da competência da autoridade fiscal o seu indeferimento do pedido de inclusão ou mesmo o desenquadramento do multicitado regime SimBahia, conquanto sua adesão dependesse unicamente da anuência expressa do contribuinte, desde que preenchidos os requisitos legais, no caso do contribuinte operar exclusivamente, ou não, com mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Há de se ressaltar que, o art. 384-A, § 1º, do RICMS, vigente à época dos fatos geradores, não previa a exclusão das operações sujeitas à substituição tributária para efeito do cálculo da receita bruta ajustada, na apuração do imposto pelo regime SimBahia.

Diante de tais considerações, e por ficar evidente que o nobre relator se fundamentou numa premissa falsa, ao interpretar que a disposição legal (art. 399-A, I, “b”, do RICMS) afasta a incidência de tal regime sobre as operações submetidas à antecipação tributária, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298965.0303/06-7, lavrado contra A.R. COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (MEDIC FARMA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$12.738,42, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Fernando Antonio Brito de Araújo, José Hilton de Souza Cruz e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO: Conselheiros: Fábio de Andrade Moura; Valnei Sousa Freire e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALLI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS