

PROCESSO - A. I. Nº 083440.0021/07-8
RECORRENTE - NOVO TEMPO FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA. (FARMO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0237-03/07
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 08/01/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0421-11/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o autuado não recolheu o imposto devido. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado o recolhimento a menos do ICMS no mês de setembro de 2006. Infração subsistente. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada pelo Acórdão nº 0237-03/07, decidindo pela Procedência do Auto de Infração em referência, lavrado em 28/03/2007, para reclamar ICMS no total de R\$4.513,22, com aplicação da multa de 50%, em razão das irregularidades abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1- Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), no valor de R\$4.246,03.

INFRAÇÃO 2- Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), no valor de R\$267,19.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no voto a seguir transcrito:

“Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18, e o autuado apenas argüiu a nulidade de forma genérica.

No mérito, o Auto de Infração em lide, reclama a falta de recolhimento como também recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Da análise das peças processuais, verifico que não assiste razão ao autuado para sua irresignação, tendo em vista que a autuante acostou ao processo extrato do Sistema Informações do Contribuinte (INC) da SEFAZ-BA (fls. 07/08), indicando que a partir de 01/01/2006, a empresa encontrava-se enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, tanto o estabelecimento autuado quanto a filial inscrita sob o nº 067.797.964.

Observo, ainda, que a autuante elaborou demonstrativo à folha 09, de forma correta, constatando a inexistência de recolhimentos do imposto durante o exercício de 2006, exceto em relação ao ICMS devido no mês de setembro do referido período, quando foi exigido o ICMS por recolhimento a menos.

Vale ressaltar que o artigo 384-A, § 4º do RICMS-BA, preleciona que na mensuração da receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites de faturamento, se a empresa mantiver mais de um estabelecimento, ou que tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em cadastro de contribuintes do ICMS de qualquer unidade da Federação, levar-se-á em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividade econômicas.

Ante o exposto, voto pela subsistência da imputação fiscal, devendo ser exigido o imposto no valor de R\$4.513,22.

Concluo, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Cientificado da Decisão o recorrente ingressou com Recurso Voluntário onde, inicialmente, cita que o histórico da sua atividade econômica evidencia que passou a ser enquadrada como empresa de pequeno porte a partir de 01/01/2006 e, como tal, passou a efetuar os pagamentos do imposto. Fez juntada de um extrato de pagamentos realizados no exercício de 2006, emitido pela SEFAZ, docs. fls. 45 e 46. Acrescenta, que em relação ao exercício de 2006, não realizou compras de mercadorias, não havendo, consequentemente, fato gerador para pagamento do imposto, e que as farmácias são alcançadas pelo sistema de substituição tributária. Conclui afirmando que os documentos juntados a peça recursal afastam a acusação fiscal, itens 1 e 2 do Auto de Infração e pugna pela sua desconsideração.

A PGE/PROFIS emitiu o Parecer de fls. 51 e 52 opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sustentando que os documentos carreados aos autos pelo recorrente não indicam a realização de um único pagamento no exercício de 2006 na condição de empresa de pequeno porte, à exceção daquele efetuado no mês de setembro, relativamente ao qual a autuação exigiu apenas a diferença pelo pagamento efetuado a menos. Acrescenta que carece de respaldo legal a alegação do recorrente de que, na condição de empresa de pequeno porte, somente teria que efetuar pagamento do imposto quando ocorressem compras de mercadorias.

VOTO

O argumento do recorrente de que passou a ser enquadrado como empresa de pequeno porte a partir de 01/01/06 está em conformidade com o demonstrativo elaborado pela autuante, fls. 09, base para o lançamento de ofício, portanto não existe qualquer controvérsia quanto a esta questão.

Por outro lado, não há qualquer respaldo legal em relação ao argumento do recorrente que, sendo inscrito como EPP e não realizando compras no período não haveria imposto a ser pago. Isto porque, este entendimento contraria o disposto pelo art. 387-A do RICMS/BA, abaixo reproduzido:

“Art. 387-A. O ICMS devido pela empresa de pequeno porte será apurado, mensalmente, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, que serão determinados em função da receita bruta global acumulada da empresa desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo que, caso a empresa tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas de mesma condição cadastral, o percentual será determinado em função da receita bruta global acumulada de todos eles, conforme a seguir, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A:

(...)

Parágrafo único. O ICMS será apurado por estabelecimento, observando-se as seguintes regras(...).”

Finalmente, os extratos exibidos pelo recorrente atestam que os pagamentos que realizou no exercício de 2006, à exceção do mês de setembro, referem-se à antecipação tributária ao qual está obrigado a recolher. No tocante ao referido mês de setembro, o valor pago como empresa de pequeno porte foi considerado pela autuante no seu levantamento. Portanto, nada acrescentam a favor do recorrente.

Diante do exposto, acolho o opinativo da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

Da análise dos autos, constata-se que as mercadorias comercializadas pelo recorrente estão submetidas às regras da antecipação tributária, pois, 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.

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 aujuante, 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.

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** o Auto de Infração nº 083440.0021/07-8, lavrado contra **NOVO TEMPO FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA. (FARMO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$4.513,22**, 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): Sandra Urânia Silva Andrade, Fernando Antonio Brito de Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO/EM SEPARADO - Conselheiros: Fábio de Andrade Moura, Oswaldo Ignácio Amador e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATOR

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO EM SEPARADO

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS