

A. I. Nº - 2798040110/06-7  
AUTUADO - PLENUM INSTALAÇÕES LTDA.  
AUTUANTES - AUGUSTO JORGE LIMA MOREIRA e AURELINO ALMEIDA SANTOS  
ORIGEM - INFAS ATACADO  
INTERNET - 02.05.2007

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO Nº 0114-01/07**

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA e EMPRESA DE PEQUENO PORTE. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. 1. FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. a) FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS. Infrações insubsistentes, tendo em vista não haver previsão legal relativo ao período de exigência do imposto. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE REGISTRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não comprovou o registro das notas fiscais de entrada, conforme dispõe a legislação vigente, presunção cabível, infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/12/2006, para exigir imposto no valor de R\$21.603,06, decorrente das seguintes irregularidades:

1- Falta de recolhimento de ICMS, relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março a maio e julho a novembro de 2004, no valor de R\$11.428,94, com aplicação da multa de 50%.

2- Recolhimento a menor de ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de dezembro/2004, valor de R\$144,42, com aplicação da multa de 50% .

3- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, referentes aos meses de março, abril, maio julho, agosto, setembro outubro e novembro/2004, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, correspondendo o valor de ICMS a R\$10.029,70 e com aplicação da multa de 70%.

Foram anexadas aos autos para documentar a infração os demonstrativos de fls. 9 a 84.

O autuado apresentou requerimento (fls. 91), informando ter tido ciência da autuação em 03/01/2007 e registrando que não foi cientificada das notas fiscais que deram origem ao Auto de Infração. Solicitou cópia das notas fiscais que fizeram parte do processo.

Em 31/01/2007, através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa tempestiva (fls.95 a 99) com as seguintes argumentações:

Em relação às infrações 01 e 02 alega estarem totalmente eivadas de nulidade diante de sua opção ao regime de apuração denominado SIMBAHIA. Informa que esse regime de apuração tributária dispensa tratamento diferenciado às empresas optantes, seja na simplificação das rotinas administrativas tributárias, seja na forma de apuração dos valores devidos ao Fisco.

Salienta não ter obrigação acessória de manter livros de apuração do ICMS, haja vista que a forma de apuração do imposto devido ocorre através da aplicação de alíquotas variáveis incidentes sobre o faturamento decorrente da comercialização de mercadorias tributáveis.

Registra que os lançamentos correspondentes a essas infrações estão totalmente equivocados, haja vista que a fiscalização não atentou para as limitações do poder de tributar insculpidas nos artigos 7º, inciso I, e 395-A, ambos do RICMS/Ba, os quais transcreve, que isenta a mesma de pagamento de diferencial de alíquota.

Esclarece que desenvolve atividade mista, consistente na prestação de serviços de manutenção e que, ocasionalmente, vende materiais, fato que é do conhecimento da SEFAZ, através de seu Cadastro de Contribuintes, ficando assim dispensada de recolher diferença de alíquota no regime de antecipação tributária prevista no art. 352-A do RICMS.

Aponta que nesse sentido trouxe aos autos vasta documentação fiscal consubstanciada em contratos de prestação de serviços, notas fiscais de prestação de serviços e notas fiscais utilizadas pela autuação. Que tais documentos comprovam, sem qualquer margem de dúvida, terem os materiais glosados pela fiscalização sido aplicados na prestação de diversos serviços, a teor do quanto reza o artigo 7º do RICMS.

Questiona também a aplicabilidade da norma de antecipação tributária ao seu caso concreto justificando que substituição tributária é forma de antecipação de imposto, que em operação subsequente é devido. Que sendo os materiais adquiridos aplicados na prestação de serviços não há, por lógica operação comercial com os referidos bens, não se caracterizando essa operação como fato gerador de ICMS, não podendo com base no princípio da reserva legal (art. 150,I,CF/88) ser tributada pelo Estado.

No que diz respeito a infração 3 esclarece que sendo optante pelo regime simplificado de apuração SIMBAHIA encontra-se desobrigada em relação ao cumprimento de diversas obrigações acessórias, dentre elas o de escrituração de livros, havendo assim discrepância na autuação que vai de encontro ao descrito no art. 408-C do RICMS.

Argumenta que mesmo que estivesse obrigada a proceder a escrituração a apuração do imposto jamais poderia ter sido realizada na forma levada a cabo pela fiscalização, que apurou o imposto que achava devido utilizando-se da sistemática aplicável a contribuintes não sujeitos ao regime de apuração SIMBAHIA, utilizando a alíquota de 17% sobre as indicadas omissões e não por meio de aplicação de percentual incidente sobre o faturamento bruto oriundo da comercialização de mercadorias.

Informa ter anexado aos autos documentos fiscais idôneos para comprovar ter recolhido todos os valores devidos, a título de ICMS, incidente sobre as poucas vendas realizadas no período fiscalizado, e que não há elementos suficientes e nem mesmo mínimos que viabilizem à fiscalização desconsiderar tais documentos, que são reflexo fiel das movimentações da defendant no período.

Requer a improcedência do Auto de Infração em sua totalidade.

O autuante presta informação fiscal (fls. 510/511) mantendo em sua totalidade a autuação.

Esclarece em relação às infrações 01 e 02 que o objeto da autuação é falta de recolhimento da antecipação parcial, bem como recolhimento a menor de ICMS por antecipação parcial e que o autuado em sua defesa procura confundir os Senhores Julgadores.

Em relação à infração 03 esclarece que a mesma se refere a omissões de saídas apuradas a partir de notas fiscais capturadas no sistema CFAMT e não apresentadas pelo contribuinte e argumenta em relação a alíquota aplicada de 17% ter sido dado crédito de 8% na apuração do montante devido razão porque não há justificativa para o questionamento apresentado.

Informa não ser procedente as alegações da autuada de ter recolhido todos os impostos devidos em razão de ter ficado demonstrado nas planilhas de fls. 12 a 84 , com provas concretas, que o contribuinte deixou de recolher o imposto devido sobre notas fiscais que nelas indicas e que também efetuou recolhimento a menor.

#### VOTO

No Auto de Infração em lide foram imputadas três infrações. A primeira refere-se a falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, decorrente de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização. A segunda refere-se a recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial de mercadorias destinadas a comercialização e provenientes de outros Estados. A terceira infração trata de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

Em relação às duas primeiras infrações, para as quais o autuado argui nulidade, verifico presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, lavrado com a observância das exigências contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, em seu artigo 39, incisos, alíneas e parágrafos, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18, que determinam a nulidade do lançamento. Rejeito, portanto, a nulidade requerida.

O autuado argui que não está obrigado ao pagamento da antecipação parcial, justifica desenvolver atividade mista, com preponderância na atividade de prestação de serviço e sua condição de SIMBAHIA.

Verificando os dados constantes dos arquivos informatizados da SEFAZ, vejo que o contribuinte, até março/2004 esteve na condição de normal passando para empresa de pequeno porte a partir de 01/04/2004.

Nessas condições observo, em relação às infrações 1e 2, que o artigo 352-A do RICMS/97, ao determinar a ocorrência de antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias o faz apenas para as mercadorias destinadas a comercialização, com efeitos a partir de 01/03/2004 (Decreto nº 8969 de 12/02/04, DOE de 13/02/04). Verifico que o § 3º do referido dispositivo regulamentar só autoriza a cobrança nas aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, considerando estas mercadorias para fins de comercialização, abrangendo inicialmente os contribuintes inscritos, apenas, na condição de normal e especial a partir de 29/09/2004, através Alteração nº 57 - Decreto nº 9152, de 28/07/04, DOE de 29/07/04.

O referido dispositivo (§3º do art. 352-A) foi posteriormente modificado, para abranger, somente a partir de 29/09/2005, os contribuintes do SIMBAHIA, através da alteração nº 66 (*Decreto nº. 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05.*), período, portanto, posterior à ocorrência dos fatos gerados consignados no presente auto de infração.

Segue a transcrição do Art. 352-A do RICMS/BA, com as alterações de seu §3º:

*“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.*

*Redação anterior dada ao § 3º, tendo sido acrescentado ao art. 352-A :*

"§ 3º Para os efeitos deste artigo, serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias ou bens, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial ou por contribuintes inscritos na condição de normal que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS."

A redação atual do § 3º do art. 352-A foi dada pela Alteração nº 66.

"§ 3º Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por:

I - pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial;

II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Saliento que da análise do Contrato Social do autuado foi constatada a indicação de que o mesmo desenvolve atividades tributadas pelo ISS, a exemplo de realização de serviços de manutenção, instalação de sistemas de ar condicionado central, ventilação, exaustão mecânica, instalações elétricas de baixa, média e alta tensão, hidráulica prediais e serviços de construção e reforma de obras e também comercializa os artigos do ramo (fls.100 a 103).

O contribuinte apesar de inscrito na condição de SIMBAHIA, desenvolvia atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS. Não obstante, as notas fiscais acostadas aos autos, objeto da lide relativa à infração 1e 2, apresentarem tributação pelo ICMS com alíquota interestadual, entendo que a cobrança da antecipação parcial, no período fiscalizado, não encontra amparo legal, considerando que o disposto no §3º do art. 352-A, possibilitou a cobrança da referida antecipação para a empresas com atividade sujeita, também, aos ISS, na condição de SIMBAHIA e com mercadorias com alíquotas interestaduais a partir de 21/09/2005.

No que diz respeito à infração 3 foi descrita no auto como: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Houve registro também no demonstrativo de fls. 9 que foram capturadas pelo sistema CFAMT, não foram apresentadas pelo contribuinte, não foram registradas na DME e nem no livro Caixa.

O deficiente alega não estar obrigado a efetuar a escrituração em face de sua condição de SIMBAHIA, mas não comprovou ter efetuado o registro dos documentos fiscais objeto da autuação no livro que estava obrigado.

Como o autuado não comprovou ter registrado os documentos fiscais no livro caixa, conforme está obrigado, na forma da alínea "a", inciso V do art. 408-C do RICMS/BA, em consonância com o que dispõe o inciso IV, § 3º do art. 2º do mesmo dispositivo legal, que autoriza a presunção de omissão de saída na falta de registro das notas fiscais de entrada, é cabível a cobrança do imposto na forma constante do presente auto de infração.

Quanto às alegações relativas à aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo do imposto devido, e não a aplicação do percentual incidente sobre o faturamento bruto oriundo da comercialização de mercadorias, cabe o que dispõe o inciso V do art. 408-L do RICMS/BA, portanto a alíquota de 17% sobre a respectiva base de cálculo. Observando que o autuante concedeu, corretamente, o crédito presumido de 8%.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, remanescendo apenas a infração de nº 03, conforme seu demonstrativo de débito.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 2798040110/06-7, lavrado contra **PLENUM INSTALAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.029,70**, acrescido da multa de 70% prevista no inciso III do art. 42, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESEIDENTE EM EXERCÍCIO

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR