

AI. N° - 102104.0046/06-9
AUTUADO - R A PIROTECNIA E EVENTOS LTDA.
AUTUANTE - HELIANA GUIMARÃES DINIZ
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 05.09.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0262-04/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** PARCIAL ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Documentos juntados ao processo comprova que a empresa apurou o imposto pelo regime normal e recolheu pelo regime simplificado. Imputação não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. 4. SIMBAHIA. **a)** MICROEMPRESA. **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infrações 1, 3, 4, 5 e 6 não impugnadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/01/07, exige ICMS no valor de R\$59.900,66, acrescido das multas de 50% e 60%, além de multa de caráter acessório no valor de R\$460,00 em razão das seguintes irregularidades:

01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização – R\$1.549,22.
02. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo sido deduzido os valores efetivamente recolhidos – R\$44.586,95.

03. Deixou de apresentar documento fiscal, quando regularmente intimado. Consta, na descrição dos fatos que deixou de apresentar as notas fiscais de saída referente ao período de 2002 a 2005 sob a alegação de extravio, sendo aplicado multa - R\$460,00.

04. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Microempresa (ME), enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) relativo a diversos meses de junho a dezembro de 2002; maio de 2004 e dezembro de 2005 - R\$4.779,59.

05. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) relativo aos meses de junho a dezembro de 2004 e fevereiro de 2005 - R\$2.869,32.

06. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de ME ou EPP, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado - R\$6.115,58.

O autuado, em sua impugnação às fls. 171 a 176, inicialmente suscita a nulidade da autuação sob alegação de que até o mês de dezembro/05, estava cadastrada na SEFAZ/BA, como Microempresa (Faixa 5) e usufruía os benefícios do regime do SIMBAHIA, tendo sido notificada de ofício pela Inspetoria, alterando a sua natureza de varejista para atacadista e consequentemente excluída do regime simplificado, conforme documentos juntados às fls. 192 a 196.

Argumenta que o ato administrativo de exclusão do impugnante do regime SIMBAHIA foi eivado de nulidade absoluta e entende que não produziu nenhum efeito legal, nos termos do art. 18, I e art. 53, § 2º, tudo do RPAF/99. Afirma que a norma atribuía ao Inspetor Fazendário a competência de proferir decisão no processo administrativo, mas que o ato foi praticado pelo Coordenador de Crédito e Cobrança e por entender que se trata de autoridade incompetente para tal, foi contaminado por nulidade absoluta. Requer que o CONSEF declare a nulidade do ato, o que resultará em devolução da situação do impugnante ao regime SIMBAHIA, com efeito retroativo a partir de 01/01/06.

Apresenta quadro demonstrativo à fl. 174 e afirma que sendo reintegrado ao SIMBAHIA, não será devedor de qualquer ICMS no exercício de 2006, tendo em vista que recolheu o imposto corretamente.

Alega que ainda que o ato administrativo sobrevivesse ao vício insanável de nulidade, não teria o condão de transmudar a natureza jurídica do contribuinte, nos termos do art. 110 do CTN, dado o conceito de atacadista que é intermediário que vende a outro comerciante, o qual por sua vez vende ao consumidor final. Transcreve o conceito de atacadista descrito no dicionário de Antônio Housais (fl. 175) e ressalta que o varejista é que vende ao consumidor final, independente da quantidade comercializada, e se o destinatário é pessoa física ou jurídica, sendo relevante saber se a venda é destinada a consumidor final. Salienta que esse entendimento é esposado pelo próprio Fisco Estadual no Parecer 5815/06 (fls. 198 e 199), amparado na Resolução 02/02 que textualmente diz que “o comércio varejista, por sua vez, compreende as atividades de revenda de mercadorias novas ou usadas, em loja ou não realizada em loja, preponderantemente para o consumo pessoal ou domiciliar”.

Ressalta que os artigos 107 e 110 do Código Tributário Nacional (CTN), que transcreveu à fl. 175, vedam à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos de direito público e privado de forma a definir ou limitar competências tributárias e diz que no caso em exame, a impugnante tem como atividade o comércio varejista de fogos e a realização de eventos pirotécnicos, sendo efetivada a venda de produtos ou prestação de serviços diretamente a consumidor final e é induvidoso que se trata de estabelecimento varejista, conforme consta no seu contrato social e das notas fiscais emitidas (fls. 204 a 207 e 208 a 419).

Afirma que consciente da sua condição de varejista, recolhe seus tributos de forma regular quanto ao pagamento do ICMS e requer a nulidade do ato administrativo que culminou com sua

exclusão do regime SIMBAHIA e se ultrapassada, que seja provida a impugnação para devolver a impugnante sua condição de optante do SIMBAHIA com efeito retroativo a 01/01/06.

A informação fiscal (fl. 427) foi prestada com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, pela auditora Maria Auxiliadora F. Menezes, preliminarmente discorre sobre as alegações defensivas e esclarece que:

- 1) a empresa foi constituída em 24/01/01, com atividade de comércio atacadista e enquadrada no SimBahia, situação que se manteve até janeiro/06, tendo sido excluída deste regime simplificado de apuração do ICMS por força do Dec. 9.760/06, que veda a permanência de empresas atacadistas no citado regime;
- 2) contesta a alegação defensiva de que o desenquadramento da empresa do regime simplificado ocorreu por força do citado Decreto e não como fez crer o autuado;
- 3) o recorrente, inconformado com o seu desenquadramento do SimBahia, solicitou mudança de atividade de atacadista para varejista e retornou aquele regime simplificado, porém, quando da realização da vistoria, foi constatado que sua atividade era de atacadista, pois suas vendas são para pessoas jurídicas, enquadrando-se na definição da Resolução da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA) 02/02 (fls. 422 e 423) e Parecer 5815/06 da DITRI (fls. 424 a 426), confirmando a impossibilidade de enquadrar-se no regime do SimBahia;
- 4) na auditoria realizada em 05/01/07, foi constatado que apesar de ter sido excluso do SimBahia, o contribuinte continuou apurando o imposto por aquele regime no período de fevereiro a dezembro/06, quando deveria apurar o imposto pelo regime normal.

Conclui dizendo que considerando que a atividade da empresa é de atacadista e incompatível com o regime de apuração do SimBahia, nos termos estabelecidos pelo Dec. 9760/06, requer que seja mantida a exigência fiscal.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, em relação à infração 2, sob o argumento de que foi desenquadrado do regime simplificado de apuração do ICMS a partir do mês de janeiro/06 e que o ato administrativo foi praticado pelo Coordenador de Crédito e Cobrança, que entendeu ser autoridade incompetente para determinar o seu desenquadramento. Pediu que o CONSEF declare a nulidade do ato, tendo indicado como fundamento o art. 53, § 2º do RPAF/BA.

O citado dispositivo legal, com a redação dada pelo Decreto nº 8.413/02, e efeitos a partir de 31/12/02, estabelece que uma vez intimado da emissão da Notificação Fiscal, o sujeito passivo terá o prazo de 10 (dez) dias, contado a partir da intimação, para efetuar o pagamento do débito ou apresentar justificação na repartição do seu domicílio fiscal, comprovando ser indevido o valor exigido e o parágrafo 2º, estabelece que compete ao titular da repartição fazendária emitente da Notificação Fiscal efetuar, no prazo de 10 (dez) dias, contado da protocolização do expediente ou da data do recebimento pela repartição, a análise do cumprimento da obrigação de que cuide a Notificação Fiscal, devendo consignar a sua decisão em despacho que espelhe de forma clara, precisa e sucinta os fatos verificados, do qual será dada ciência ao interessado.

Portanto, o mencionado dispositivo trata de notificação para pagamento de débito e não se aplica a situação presente de desenquadramento da empresa em regime de apuração do imposto.

Quanto a notificação para pagamento do débito em decorrência do desenquadramento do regime Simbahia, verifico que o art. 399-A, II do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores, estabelecia restrições aos contribuintes que não poderiam optar pela adoção do regime de tributação instituído pelo SimBahia. Com a edição do Dec. 9.760 de 18/01/06, foi inserido no citado artigo a alínea “k” ampliando estas restrições às empresas que se dedicassem a outras atividades e no item 2 a do “comércio atacadista”.

Por sua vez, o art. 404-A, vigente à época dos fatos geradores, previa que a exclusão do regime SimBahia seria feito por meio de comunicação do próprio contribuinte ou de ofício e o art. 405-A, II estabelecia que a exclusão seria obrigatória, quando incorresse em qualquer das situações excludentes constantes nos incisos II e III do art. 399-A, tudo do RICMS/BA.

Pelo exposto, com a restrição inserida na legislação de que o contribuinte não poderia permanecer no regime do SimBahia (Dec. 9.760/06), o seu desenquadramento ocorreu por força do mencionado Decreto, sendo que esta situação já era prevista na legislação do SimBahia (art. 399-A, II do RICMS/BA) e a notificação feita pelo Coordenador de Crédito e Cobrança do seu desenquadramento, não constitui um ato administrativo daquela autoridade de fazer o seu desenquadramento e sim do cumprimento do dispositivo regulamentar instituído pelo mencionado Decreto. Por isso, rejeito a nulidade suscitada de que o desenquadramento foi feito por autoridade incompetente, por não se aplicar ao caso as situações em que o desenquadramento poderia ser feito a critério do Inspetor Fazendário, nas situações previstas no art. 406-A do RICMS/BA.

No mérito, o Auto de Infração, acusa o autuado do cometimento de seis infrações: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial e total; do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; na condição de ME e EPP, além de multa por ter deixado de apresentar documento fiscal, quando regularmente intimado.

Na defesa apresentada o autuado não juntou qualquer prova ou alegação em relação às infrações 1, 3, 4, 5 e 6. Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações e como nada foi contestado ou provado, considero como devido o imposto e multa aplicada, nos termos do art. 140 do citado diploma legal. Infrações subsistentes.

Com relação a infração 2, o autuado alegou que foi desenquadrado do regime do SimBahia de forma irregular, e pediu que CONSEF devolvesse sua situação no regime SIMBAHIA, com efeito retroativo a partir de 01/01/06, o que neutraliza a exigência fiscal.

Alegou também que realiza vendas a pessoas físicas e jurídicas, mas que vende a consumidor final, independente da quantidade comercializada e destinação, o que foi contestado pela auditora que prestou a informação fiscal.

Conforme esclarecido pela informante, e apreciado nas preliminares de nulidade, o Decreto nº 9.760, de 18/01/06, estabeleceu restrições a adoção do regime SimBahia, para as empresas que se dedicasse à atividade de comércio atacadista (art. 399-A, II, "k" item 2 do RICMS/BA).

Ao contrário do que foi afirmado pelo defendant, o documento juntado pela autuante às fls. 15 e 16, demonstra que o recorrente estava inscrito no cadastro de contribuintes da SEFAZ em 2005 e 2006, com o Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) 4689399 – Comércio atacadista especializado em outros produtos não especificados e por força do Dec. 9.760/06 foi desenquadrada do regime SimBahia, passando a condição do regime normal a partir de 01/01/06, de acordo com o histórico de condição juntado à fl. 11.

O próprio contribuinte juntou com a defesa às fls. 192 e 193, petição feita ao CONSEF relativo ao Processo 9000000526/06-2, tendo reconhecido na alínea "f" que: "Desenquadrada de ofício do regime de SIMBAHIA, não lhe restou opção senão apurar o ICMS pelo regime normal e apresentar sua DMA, como assim o fez, todavia não se conformando, motivos pelo qual ingressou com o manifesto citado na alínea "e", na qual manifestou sua inconformidade com o regime que lhe foi imposto, tendo em seguida informado que o Fisco indeferiu o seu pleito.

Quanto ao argumento defensivo de que exerce efetivamente atividade de comércio varejista e não de atacadista, entendo que a partir do momento que foi desenquadrado de ofício do regime simplificado de apuração do imposto, caberia ao impugnante adotar as providências necessárias para mudança do seu CNAE, de acordo com a atividade econômica que efetivamente exercia e se comprovado e acatado pela administração tributária, retornar ao cadastro simplificado. Procedendo como agiu, o recorrente assumiu o risco e a responsabilidade pelo pagamento do imposto exigido nesta infração.

Por tudo que foi exposto, concluo que o impugnante foi desenquadrado de ofício do regime de SimBahia a partir de janeiro/06, em decorrência da sua atividade econômica e tendo apurado a partir daquela data o ICMS pelo regime normal no seu livro de RAICMS, conforme prova os documentos juntados pela autuante às fls. 71 a 83, e recolhido deliberadamente o imposto pelo regime SimBahia, ficou caracterizada a infração. Portanto, considero correto o procedimento da fiscalização, conforme demonstrativo acostado à fl. 70, no qual deduziu do valor mensal apurado pelo regime normal o valor recolhido fixo de R\$270,00 como Microempresa. Infração subsistente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **102104.0046/06-9**, lavrado contra **R A PIROTECNIA E EVENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.900,66** acrescido das multas de 60% sobre R\$1.549,22 e 50% sobre R\$58.351,46, previstas no art. 42, II “d” e I, “a”, I “b”, “1” e“3” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XIX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR