

A. I. N° - 206922.0086/06-9
AUTUADO - PÉ DE SERRA FERRAGENS E DERIVADOS DE MADEIRA LTDA.
AUTUANTE - MARCOS LOPEZ COSTA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19. 11. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0352-01/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Diligência fiscal saneadora, realizada pela Assessoria Técnica/CONSEF, possibilitou a redução do montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Documentos acostados pelo sujeito passivo propiciaram revisão fiscal, com redução do valor do imposto devido. Mantidas parcialmente as duas infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 23/10/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 18.228,27, acrescido da multa de 50%, sendo atribuído ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

- 01 – recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia –, nos meses de agosto a dezembro de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$ 1.887,50;
- 02 – deixou de recolher o ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril a junho e novembro de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$ 7.455,08;
- 03 – recolheu a menos o ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto a outubro e dezembro de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$ 8.885,69.

No campo “Descrição dos fatos” consta ter sido apurada diferença de ICMS a recolher na condição de empresa de pequeno porte, assim como falta de recolhimento e/ou recolhimento a menos da antecipação parcial e/ou total quando da aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para comercialização, em conformidade com planilhas e cópias de notas fiscais anexadas aos autos. Observa-se que todos os documentos arrecadados foram devolvidos ao contribuinte.

O autuado apresentou impugnação às fls. 100 a 103, registrando que o pagamento dos impostos devidos se confunde com o próprio exercício da cidadania e que por se referir a uma organização tipicamente familiar, o não cumprimento das obrigações legais impede a continuidade da empresa.

Pugna pela nulidade do Auto de Infração sob o entendimento de que houve preterição ao seu direito de defesa, em conformidade com o art. 18, inciso II do RPAF/99. Argumenta que a fiscalização se utilizou de documentos de diversos contribuintes como se pertencessem a uma só empresa, conforme comprovam os documentos que apresenta por amostragem (fls. 105 a 122). Assevera que este procedimento impede o exercício do direito constitucional da ampla defesa. Afiança que em conformidade com informações prestadas pelo contador, os referidos documentos foram exigidos pela fiscalização, mesmo tendo sido afirmado que se referiam a empresa diversa.

No mérito, insurge-se contra a imposição tributária concernente à infração 01, sob a arguição de que a fiscalização exige o ICMS correspondente à diferença entre os valores recolhidos como microempresa e aqueles relativos à sua pretensa condição de empresa de pequeno porte. Indaga qual a base legal que ampara a ação fiscal e que irregularidade teria cometido na condição de microempresa.

Salienta que de acordo com o art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Alega não haver nenhum impedimento para que permaneça como microempresa, não podendo ser considerado como empresa de pequeno porte, tendo em vista o que segue:

1 – presume que o débito apontado nessa infração decorreu do fato da fiscalização ter considerado que a empresa Pé de Serra Comércio Varejista de Materiais Elétricos, Hidráulicos e Ferragens Ltda. e o impugnante (Pé de Serra Ferragens e Derivados de Madeira Ltda.), que são clientes do mesmo escritório de contabilidade, se constituem numa só empresa, o que não é verdade, tendo em vista que uma empresa não tem nenhuma relação com a outra;

2 – a infração 02 é descabida, uma vez que as notas fiscais se referem a outra empresa, significando que nenhum imposto é devido;

3 – argumenta que a infração 03 decorreu do mesmo equívoco cometido pelo autuante de considerar que as duas empresas eram a mesma.

Conclui, enfatizando que o Auto de Infração é nulo, por cerceamento do direito de defesa, sendo, no mérito, improcedente, pelo descabimento da cobrança do imposto com a imposição de multa.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 124-A/125, alega que o fato do estabelecimento se referir a organização familiar não o isenta do cumprimento das obrigações tributárias.

Aduz que o pleito pela nulidade da autuação, com base no entendimento de que ocorreu preterição do direito de defesa do impugnante, devido à inclusão de notas fiscais de empresa quase homônima, entregues pelo seu contador, não faz sentido. Acrescenta tê-las excluído da apuração, conforme novas planilhas anexadas às fls. 126/127, o que corrige o engano cometido.

Esclarece que de acordo com os dados cadastrais do sistema da SEFAZ (fl. 128), o contribuinte foi enquadrado como empresa de pequeno porte em 01/08/2004, por ter ultrapassado o limite estipulado para a condição de microempresa. Observa, ademais, que em conformidade com a planilha à fl. 07, a cobrança se deu justamente a partir daquele mês.

Salienta que de acordo com os extratos às fls. 129 a 132, existe participação da sócia Maria Angélica Copque Tavares também na empresa Pé de Serra Comércio de Materiais de Construção Ltda., razão pela qual mantém integralmente a infração 01.

O autuante explica que ao deduzir dos cálculos as notas fiscais referentes à outra empresa, o montante do débito foi reduzido em R\$ 4.642,17, sendo que em relação às demais notas fiscais não foi apresentado nenhum comprovante relativo ao pagamento do ICMS devido. Assim, o valor total do débito relativo à antecipação parcial foi alterado para R\$ 11.698,60, correspondente às infrações 02 e 03.

Conforme Termo de Intimação à fl. 139, o impugnante recebeu cópia da informação fiscal, bem como de seus anexos, tendo se manifestado às fls. 143 a 145. Alega que o autuante abordou fatos contraditórios e estranhos ao processo, quando deveria ter discutido as argumentações defensivas ou apresentar elementos que ratificassem seu entendimento, o que, ressalta, não ocorreu.

Reproduz alguns dos pontos abordados na defesa, afirmando que o autuante não os contestou e repetiu o pleito pela nulidade da autuação, devido à preterição do direito de defesa. Insiste que a fiscalização utilizou-se de documentos de empresa diversa, conforme fazem prova novos elementos trazidos por amostragem às fls. 146 a 149. Ressalta que o mínimo que se espera é que os valores correspondentes a essas notas fiscais sejam deduzidos do débito imputado. Observa, no entanto, que essa é apenas uma das evidências de que o Auto de Infração é nulo, considerando que não entendeu como o autuante concluiu que o impugnante passou de microempresa para empresa de pequeno porte.

À fl. 152, o autuante afirma que mantém o conteúdo da informação fiscal anterior, tendo em vista que a mesma não foi contestada na manifestação apresentada pelo contribuinte.

Considerando que o contribuinte solicitou a nulidade da autuação alegando que o autuante misturou documentos de empresas diferentes como se fosse uma única empresa, conforme faz prova através de notas fiscais anexas, impedindo o exercício da ampla defesa, sendo que, na informação fiscal, o autuante acatou parcialmente a defesa e elaborou novo demonstrativo de débito da infração; considerando que em nova manifestação, o autuado apresentou outras notas fiscais, alegando que as mesmas se referiam a outra empresa, constando ainda no levantamento efetivado pelo preposto fiscal.

O processo foi submetido à pauta suplementar pelo então relator Marco Aurélio Andrade de Souza, tendo a 4ª JJF decidido por convertê-lo em diligência (fl. 157) à INFAZ Varejo para que fossem atendidas as seguintes solicitações:

- 1 – fosse revista a ação fiscal, analisando as notas fiscais anexados pelo contribuinte na sua manifestação.
- 2 – fossem elaborados novos demonstrativos de débito, corrigindo-se os equívocos observados anteriormente e apresentando a base de cálculo e valor do imposto a recolher das infrações 01, 02 e 03.

Deveria ser dada ciência ao sujeito passivo, fornecendo-lhe cópias dos novos demonstrativos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para que ele, querendo, se manifestasse. Caso o autuado se pronunciasse, o processo deveria retornar ao autuante para elaboração de nova informação fiscal.

Através do Parecer ASTEC nº. 0108/2007 (fls. 159 a 162), o ilustre revisor José Raimundo Conceição salienta ter intimado o contribuinte a apresentar documentos fiscais, livros e demais elementos que pudessem ser utilizados na instrução da diligência, tendo solicitado que fosse indicado um representante do autuado para acompanhar os trabalhos realizados.

Informa que após visita ao estabelecimento, analisou os documentos apresentados, além de ter discutido com seus representantes questões objetivas, esclarecendo dúvidas a respeito do presente lançamento. Em seguida, discorreu a respeito dos resultados concernentes às três infrações.

Infração 01 – após verificar os documentos e livros fiscais do contribuinte, assim como as planilhas elaboradas pelo autuante, constatou que este considerara as receitas do estabelecimento autuado, bem como da empresa Pé de Serra Comércio de Materiais de Construção LTDA., inscrição estadual nº. 52.601.736, para efeito de cálculo do ICMS SimBahia. Este procedimento decorreu do fato de os dois estabelecimentos terem em comum a sócia Sr^a. Maria Angélica Copque Tavares, CPF nº. 358.241.105-00, caso em que, em conformidade com o artigo 384-A do RICMS/97, para mensuração da receita a ser tributada, deve ser considerada a receita global dos dois estabelecimentos.

Manifestou o entendimento de que todos os valores que foram pagos de ICMS SimBahia pelos dois estabelecimentos deveriam ser somados para aferição do ICMS a recolher e não somente aqueles pagos pelo autuado, conforme cálculos efetivados pelo autuante.

Elaborou novo demonstrativo do débito da empresa de pequeno porte, indicando os débitos remanescentes correspondentes a esta infração.

OCORRÊNCIA	ICMS APURADO (R\$)
08/2004	46,25
09/2004	0,00
10/2004	396,72
11/2004	342,37
12/2004	327,47
TOTAL	1.112,81

Infrações 02 e 03 – informa que apesar de o contador, Sr. Cláudio Teles, ter alegado a existência de outras notas fiscais que deveriam ser excluídas destas infrações, no entanto não foram apresentados novos documentos. Assim, elaborou nova planilha, suprimindo apenas as Notas Fiscais n.ºs 17.456, 16.364, 288.107 e 17.014, que haviam sido apresentadas na segunda manifestação defensiva, desde quando as demais notas fiscais correspondentes a estabelecimento diverso já haviam sido excluídas pelo autuante.

Conclui informando ter elaborado novo demonstrativo de débito, após as correções dos equívocos existentes, apontando os valores dos débitos remanescentes relativos às três infrações (fl. 163). Após as exclusões processadas, o débito relativo à infração 02 foi reduzido para R\$ 4.021,70, enquanto que a infração 03 foi modificada para o montante de R\$ 6.805,86.

Conforme Termo de Intimação e Aviso de Recebimento acostados às fls. 175/176, o autuado foi cientificado quanto ao Parecer ASTEC n.º. 0108/07 e anexos, quando foi concedido prazo de 10 (dez) dias, para que ele se pronunciasse a respeito, não constando nos autos, entretanto, nenhuma manifestação.

VOTO

O autuado argüiu a nulidade do lançamento, sob o entendimento de que teve seu direito de defesa preterido, considerando que várias das notas fiscais que embasaram a apuração fiscal se destinavam a empresa diversa. Não acato tal alegação, desde quando as incorreções apontadas foram corrigidas parcialmente pelo autuante e, posteriormente, foram totalmente sanadas através de diligência determinada pela 4ª JJF, tendo os resultados correspondentes sido comunicados ao sujeito passivo, quando lhe foram fornecidas cópias dos novos elementos, sendo indicado o prazo de 10 (dez) dias para que ele pudesse se manifestar, tudo em conformidade com o § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à alegação, atinente à infração 01, de que somente pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, com base em lei pré-existente e que por essa razão não poderia ter sido desenhado da condição de microempresa, ressalto que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto. Como se trata de questão de mérito, voltarei a comentar a respeito desse ponto mais adiante.

Deste modo, não acato o pedido de nulidade apresentado pelo autuado, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o sujeito passivo apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No que se refere à argumentação de que seu estabelecimento se constitui numa organização tipicamente familiar e que o cumprimento das obrigações legais poderia impedir a continuidade da empresa, saliento que essa circunstância não pode ser utilizada como justificativa pelo impugnante para deixar de realizar os procedimentos tributários a que está obrigado, considerando a sua condição de contribuinte efetivo do tributo em discussão (ICMS).

Verifico que através do Auto de Infração em lide foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de três irregularidades. A infração 01 decorreu do recolhimento a menos do ICMS, tendo em vista que o contribuinte passara de microempresa para a condição de empresa de pequeno porte. Observo que o autuante apurou os valores devidos pelo sujeito passivo, lançando nos Demonstrativos do Débito da Empresa de Pequeno Porte, para cada período de ocorrência, os valores e deduções pertinentes, abatendo do ICMS apurado em cada mês, os valores recolhidos.

Apesar do impugnante ter alegado que não entendera os motivos pelos quais a repartição fazendária efetivara o referido reenquadramento, observo que tal procedimento decorreria do fato do estabelecimento do autuado ter uma sócia que também participa do quadro societário de outra empresa. Trata -se da Sra. Maria Angélica Copque Tavares, que tem participação na empresa Pé de Serra Comércio de Materiais de Construção Ltda., inscrita no cadastro da SEFAZ sob nº. 52.601.736.

Saliento que nessa situação, para que seja verificado se o contribuinte deve ser enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte, para que sejam adotados os tratamentos tributários de que cuida o Regime do SimBahia, o inciso II e o § 4º do art. 384-A do RICMS/97 estabelecem que devem ser consideradas as receitas globais de todos os estabelecimentos que se encontram nessa situação.

Observo que seguindo esse mesmo entendimento, o revisor da ASTEC, atendendo à diligência requerida pela 4ª JJF, elaborou novo demonstrativo de débito, quando, de forma acertada, agregou aos valores recolhidos, aqueles efetivados pela empresa acima nominada.

Desta forma, mantenho esta infração parcialmente, no valor de R\$ 1.112,81, conforme planilha que apresento abaixo:

OCORRÊNCIA	ICMS APURADO (R\$)
08/2004	46,25
10/2004	396,72
11/2004	342,37
12/2004	327,47
TOTAL	1.112,81

No caso das infrações 02 e 03 constam como irregularidades apuradas a falta de antecipação tributária e o seu recolhimento a menos, por empresa do SimBahia. Observo, entretanto, que de acordo com os demonstrativos anexados às fls. 11/12, bem como com os documentos fiscais pertinentes, o valor do ICMS exigido se refere, nos dois casos, à antecipação parcial, decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. Ademais, esta conclusão está em consonância também com os dispositivos legais enquadrados no Auto de Infração.

Ademais este entendimento está de acordo com o enquadramento das infrações, considerando que o art. 352-A, do RICMS/97, que transcrevo em seguida, as caracteriza plenamente:

“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.”

Vejo que o impugnante tendo comprovado que diversas das notas fiscais arroladas nos dois itens da autuação se referiam a empresas diversa, o autuante as excluiu, elaborando novos demonstrativos de débito. Entretanto, como na segunda manifestação defensiva foi alegado que ainda persistia a existência de documentos fiscais relativos a outro estabelecimento, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF por sugestão do então relator Marco Aurélio Andrade Souza, para que fossem analisadas todas as notas fiscais utilizadas pela fiscalização, excluindo-se aquelas que não tivessem relação com o contribuinte autuado.

Noto que ao ser contatado, o responsável pela contabilidade do contribuinte argüira quanto à existência indevida de outros documentos fiscais, entretanto sem oferecer as comprovações correspondentes, o que resultou na elaboração de novo levantamento pelo diligente revisor, que, de forma acertada, refez os demonstrativos correspondentes às duas infrações. Observo, ademais, que apesar de ter sido cientificado quanto ao resultado da diligência, quando foi concedido prazo de 10 (dez) dias para ele se pronunciasse a respeito, além de lhe ter sido entregue a documentação correspondente, o sujeito passivo não se manifestou, o que me levou à conclusão de que não procediam as suas alegações quanto à existência outras notas fiscais que não deveriam ser consideradas no levantamento fiscal. Acrescento, além disso, que analisando todas as notas fiscais que foram mantidas no levantamento procedido pelo revisor, todas são efetivamente destinadas ao autuado.

Assim, a infração 02 fica mantida parcialmente, no valor de R\$ 4.021,70, em referência ao mês de novembro de 2004, restando descaracterizadas as imposições relativas aos meses de abril a junho desse exercício.

Já a infração 03 também remanesce parcialmente, no valor total de R\$ 6.805,86, assim distribuído:

OCORRÊNCIA	ICMS APURADO (R\$)
08/2004	1.476,10
09/2004	1.552,20
10/2004	592,02
12/2004	3.185,54
TOTAL	6.805,86

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

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 **206922.0086/06-9**, lavrado contra **PÉ DE SERRA FERRAGENS E DERIVADOS DE MADEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.940,37**, acrescido da multa de 50% prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, itens 3 e 1 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR