

PROCESSO - A. I. Nº 149269.0006/07-4

RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.

RECORRIDOS - NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF nº 0150-04/08

ORIGEM - INFAZ ATACADO

INTERNET - 11/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJP Nº 0366-12/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DESENQUADRAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Não subsiste o desenquadramento efetuado através do lançamento de ofício, por não respeitar o devido processo legal que rege o procedimento administrativo de desenquadramento do SimBahia. Foi retificado o lançamento reduzindo-se o valor originalmente apurado. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos pelo sujeito passivo e pela Junta de Julgamento Fiscal, este último, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, sendo objeto de ambos os recursos apenas a infração 1, que abaixo transcrevo:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), relativo aos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$441.113,73;

A JJF ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo julgou a infração 1 procedente em parte aduzindo, em síntese que:

“No que concerne à infração 01, está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SIMBAHIA, relativo aos exercícios de 2004 e de 2005, com base no art. 408-L do RICMS/97, onde está previsto que se as operações excederem aos limites estabelecidos no art. 384-A, em mais de 10%, em dois exercícios consecutivos, ou em mais de 20%, em um único exercício, o imposto a recolher deverá ser calculado utilizando crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, no período de 01/01/2002 a 30/06/2007.

Foi elaborada pelo autuante a planilha de cálculo para recolhimento do ICMS, na fl. 12, e na condição de empresa de pequeno porte, não há livros fiscais escriturados, tendo sido elaboradas as planilhas das notas fiscais de saídas relativas a 2004, fls. 55 a 90, e relativas a 2005, fls. 135 a 165, com valores divergentes dos que foram declarados nos DAEs de recolhimentos do imposto.

Em consulta ao INC - Informações do Contribuinte, desta Secretaria de Fazenda, constatei que a empresa autuada encontrava-se na condição de Empresa de Pequeno Porte, desde 2003 e até 31/12/2005. Logo, somente a partir de 01/01/2006, o contribuinte passou a recolher o ICMS na condição de contribuinte sujeito ao pagamento do imposto sob o regime normal de apuração.

De acordo com a planilha de fls. 12 e 98, elaborada pelo autuante, no exercício de 2004, o autuado excedeu em mais de 50% dos limites estipulados pelo SimBahia, e em 2005, a partir do mês de junho, também já havia excedido o limite.

Não obstante estar demonstrado que a empresa ultrapassou os limites estipulados pelo SimBahia, devem ser respeitados os dispositivos do RICMS, tais como:

O artigo 404-A, do RICMS/97 estabelece que “a exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime, será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício”.

Já o artigo 405-A, do RICMS/97 prevê que a exclusão ou alteração no enquadramento poderá ser feita mediante iniciativa do contribuinte, por opção ou obrigatoriamente, quando a receita bruta ajustada exceder aos limites estabelecidos no mencionado dispositivo regulamentar.

Ocorre que o parágrafo único do artigo 405-A do mesmo RICMS/97 determina que, após a comunicação feita pelo contribuinte a que se refere o caput do artigo 405-A acima transcrito, o desenquadramento ou a alteração no enquadramento somente “surtirá efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente ao deferimento pelo Inspetor Fazendário”.

Embora a legislação enfoque apenas o reenquadramento por iniciativa do contribuinte, que somente produz efeitos no mês seguinte ao deferimento pelo Inspetor Fazendário, é justo e razoável, para que o contribuinte não seja pego de surpresa, que o reenquadramento de ofício somente manifeste seus efeitos jurídicos também no mês seguinte àquele em que for deferido pela autoridade competente.

Portanto, não compete ao auditor fiscal, no curso da ação fiscal, desenquadrar o contribuinte do SIMBAHIA, ultrapassando o devido processo legal que rege os procedimentos administrativos.

Ademais, o contribuinte somente foi excluído do SimBahia, em 01/01/2006, conforme já mencionado.

Outrossim, consultando a legislação verifico que o art. 408-L, I, que previa a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), no caso de contribuinte cujas operações ou prestações excederem aos limites estabelecidos, encontra-se revogado pela Alteração nº 21, Decreto nº 7886, de 29/12/00, DOE de 30 e 31/12/00, efeitos a partir de 30/12/00.

Porém, tendo sido detectada diferenças entre o ICMS devido e o ICMS recolhido, na condição de empresa de pequeno porte, entendo que estas devem ser mantidas, aplicando-se as alíquotas pertinentes à sua faixa, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, prevista no art. 387-A do RICMS à época dos fatos geradores (vigente de 01/01/2000 a 31/08/2005):

FAIXA DA RECEITA BRUTA AJUSTADA	PERCENTUAL
Até R\$ 360.000,00	2,5
De R\$ 360.000,00 até R\$ 480.000,00	3,0
De R\$ 480.000,00 até R\$ 600.000,00	3,5
De R\$ 600.000,00 até R\$ 720.000,00	4,0
De R\$ 720.000,00 até R\$ 840.000,00	4,5
De R\$ 840.000,00 até R\$ 960.000,00	5,0
De R\$ 960.000,00 até R\$ 1.080.000,00	5,5
Acima de R\$ 1.080.000,00	6,0

Analizando a planilha de fl. 12, verifico que os percentuais foram corretamente aplicados, no período de janeiro a agosto de 2004.

Assim, deve ser apurado o ICMS com base no enquadramento de empresa de pequeno porte, sendo retificada a planilha de fl. 12, a partir do mês de setembro de 2004, mantendo-se os valores originariamente exigidos nos meses anteriores:

Mês	Receita Bruta Mensal	Receita Bruta Ajustada acumulada	Numero empregados	Alq .	ICMS calculado	Abat %	R\$	ICMS devido	Recolhido	Diferenç a ICMS
Set	119.64,14	1.259.836,40	15	6,0	7.149,85	25%	1.787,46	5.362,39	966,94	4.395,45
Out	197.386,55	1.454.544,68	15	6,0	11.843,19	25%	2.960,80	8.882,39	1.086,01	7.796,38
Nov	200.126,21	1.652.814,45	15	6,0	12.007,57	25%	3.001,89	9.005,68	1.357,89	7.647,79
Dez	201.092,39	845.234,90	15	6,0	12.065,54	25%	3.016,39	9.049,15	1.667,21	7.381,94
Total										27.221,56

Quanto ao exercício de 2005, a planilha de fl. 98, sofre a seguinte alteração, a partir do mês de junho, sendo que a partir de 01/09/2005 a 30/06/2007, a alíquota a ser aplicada é de 6%, para a receita bruta ajustada acumulada acima de R\$ 1.620.000,00, também sendo inalterados os meses anteriores:

Mês	Receita Bruta Mensal	Receita Bruta Ajustada acumulada	Numero empregados	Alq	ICMS calculado	Abat. %	R\$	ICMS devido	Recolhido	Diferenç a ICMS
Jun	473.346,11	1.437.599,46	15	6,0	28.400,77	25%	7.100,19	21.300,58	2.232,74	19.067,84
Jul	422.844,58	1.860.444,04	15	6,0	25.370,67	25%	6.342,67	19.028,00	2.518,15	16.509,85
agos	334.925,58	2.195.369,62	15	6,0	20.095,53	25%	5.023,88	15.071,65	2.026,18	13.045,47
Set	258.163,36	2.605.897,67	15	6,0	15.489,80	25%	3.872,45	11.617,35	2.120,62	9.496,73
Out	154.376,04	2.760.273,71	15	6,0	9.262,56	25%	2.315,64	6.946,92	2.258,10	4.688,82
Nov	171.157,77	2.931.431,48	15	6,0	10.269,47	25%	2.567,37	7.702,10	2.387,27	5.314,83
Dez	195.603,17	3.127.034,65	15	6,0	11.736,19	25%	2.934,05	8.802,14	1.987,42	6.814,72
Total										74.938,26

Infração parcialmente procedente, no valor de R\$ 47.293,57 no exercício de 2004 e de R\$ 101.950,68 em 2005.

Ressalto que este CONSEF tem mantido este posicionamento, conforme Acórdãos CJF 370-12/06; CJF 248-12/07; CJF 060-12/07.

Saliento que poderá ser promovida uma nova ação fiscal, nos exercícios fiscalizados, aplicando-se outros roteiros de Auditoria, e caso constatada a prática de infração de natureza grave, aí sim, o ICMS poderá ser exigido com base nas alíquotas e nos critérios normais de apuração do imposto, consoante disposições contidas no RICMS/97."

Tendo em vista que a Decisão proferida em primeiro grau sucumbiu a fazenda pública em valor superior a R\$50.000,00, a JJF recorreu de ofício para esta Egrégia Câmara de julgamento Fiscal.

Inconformado com o resultado do julgamento proferido pela instância inferior, o autuado interpôs Recurso Voluntário, requerendo que os valores devidos nos meses de setembro a dezembro de 2004 sejam excluídos da autuação, pois, segundo ele, o fiscal autuante ao devolver a documentação utilizada na fiscalização deixou de entregar as notas fiscais de compras, referente aos meses setembro a dezembro de 2004, motivo pelo qual requer a redução do débito da infração 1 para R\$122.022,69.

A PGE/PROFIS ao se manifestar sobre o feito, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que a JJF, ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, considerou que toda a documentação fiscal fora entregue ao final da auditoria, já que constam nos autos um documento declarando que recebeu as referidas notas (fls. 10 e 11).

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS, na condição de EPP enquadrada no SimBahia.

O recorrente ao tomar conhecimento do julgamento proferido em primeiro grau administrativo, concordou parcialmente com a referida Decisão, requerendo apenas que fosse excluída da autuação os valores referentes aos meses de setembro a dezembro de 2004, sob o fundamento de que ficou impossibilitado de elaborar a conta corrente da empresa, uma vez que não lhe foram devolvidas as notas fiscais de entrada dos referidos meses.

Em que pese o sujeito passivo alegar que o fiscal autuante não devolveu as notas fiscais de

compras, referentes aos meses de setembro a dezembro de 2004, o que prejudicou o exercício da sua defesa, não acato tais alegações, isto porque se verifica, às fls. 10 e 11, que o sujeito passivo assinou um termo atestando que lhe foi devolvido todos os documentos utilizados na fiscalização, em 19.07.2007, cabendo-lhe, portanto, a produção de provas do alegado, o que incorreu no presente caso.

Tendo em vista a assinatura do sujeito passivo atestando que recebeu os documentos recolhidos durante a fiscalização, lhe caberia a produção da prova de que efetivamente não recebeu as referidas notas, e não apenas alegar, uma vez que conforme o brocardo jurídico, alegar e não provar é a mesma coisa que não alegar.

Deixo de analisar o mérito das infrações 2 e 3, uma vez que o autuado não se insurgiu contra as mesmas.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

No que concerne ao Recurso de Ofício, este também não merece prosperar, isto porque a redução do débito foi elaborada nos termos da Lei, estando a mesma correta, como será demonstrada a seguir.

O autuante, ao calcular o imposto devido na infração 1, o fez de forma equivocada, uma vez que utilizou a alíquota de 17%, descontando o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsão do art. 408-S do RICMS.

Ocorre que o art. 408-L, que previa a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto pelo SimBahia, no caso das operações realizadas pelo contribuinte ultrapassarem as limitações estabelecidas, encontra-se revogado, conforme depreende-se do Decreto nº 7.886 de 29.12.2000, com efeitos a partir de 30.12.2000.

Tendo em vista estes equívocos no cálculo do montante do débito, os julgadores de Primeira Instância administrativa, embora houvessem concluído que havia diferenças entre o ICMS devido e o recolhido, calculou o imposto aplicando as alíquotas pertinentes à faixa de enquadramento do autuado, mediante a utilização de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, prevista no art. 387-A do RICMS, vigente à época dos fatos geradores.

Estando corretas as reduções efetuadas pela JJF, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **149269.0006/07-4**, lavrado contra **NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$258.171,46**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, “b”, itens 1 e 3, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS