

A. I. N° - 093310.1103/07-0
AUTUADO - ENGETRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - GILBERTO RABELO SANTANA
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 20.05.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0132-04/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Comprovado nos autos que o autuado extrapolou em mais de 20% o limite da faixa em que estava enquadrado, mas seu procedimento está em conformidade com o previsto na legislação. Atendeu às disposições regulamentares ao comunicar que a receita bruta acumulada havia sido ultrapassada, condicionada a mudança da faixa ao deferimento do Inspetor Fazendário, na forma da legislação. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/11/07, exige ICMS no valor de R\$ 58.243,05 acrescido da multa de 50%, em razão das seguintes irregularidades:

01. Deixou de recolher ICMS, no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de ICMS (SIMBAHIA) - Outubro 2006 - R\$ 36.590,79.
01. Recolheu a menor o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de ICMS (SIMBAHIA) – Novembro 2006 - R\$ 21.652,26.

A autuada, em sua impugnação às fls. 22 a 48, preliminarmente, pede seja anulado o auto de infração por servir de instrumento de cobrança de tributos e acessórios indevidos. Discorre que foi notificada a apresentar documentos para fins de monitoramento nos exercícios 2005 e 2006 e entendeu o agente fiscal que a partir de outubro 2006 não mais poderia recolher o imposto como microempresa, deveria fazê-lo na condição de Empresa de Pequeno Porte, em razão da superação do limite de receita, naquele mês, interpretação feita aos artigos 384-A, 387-A, 124, todos do atual RICMS BA (Regulamento de ICMS do Estado da Bahia).

Diz que ao verificar o excesso do limite de receita aplicável às microempresas (art. 384, I), a recorrente comunicou a alteração ao Fisco Estadual, na forma e prazo previstos no art. 405-A, RICMS/BA, em 10/11/2006 e, cujo deferimento de desenquadramento ocorreu no mesmo dia, conforme documento anexo, surtindo efeito a alteração a partir do primeiro dia do mês subsequente, ou seja: 01/12/2006. A partir de então, a recorrente iniciou a apuração e recolhimento do imposto na condição de Empresa de Pequeno Porte.

Aduz que é inequívoca a verdade que o dispositivo em questão prevê (art. 405-A), tornando inexplicável a atitude do fisco em exigir tributo manifestamente indevido. Que atuou nos estritos limites previstos na legislação aplicável, seguindo norma de clara exegese, tornando a exigência fiscal carente de fundamentação legal e mínima razoabilidade e em afronta aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, notadamente.

Cita Pareceres nºs 11.522/2007 e 11.727/007, exarados da Diretoria de Tributação (DITRI) da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em respostas às consultas formuladas por contribuintes que se reportam a situações igualmente previstas no mesmo art. 405-A. Trás ainda à

colação vários acórdãos da primeira e terceira Juntas de Julgamento Fiscal acerca de decisões sobre momento e os efeitos da alteração cadastral para contribuintes do SIMBAHIA.

Invoca ainda questões ligadas à interpretação das normas tributárias, interpretação mais favorável ao contribuinte, a teor dos artigos 100 e 112 do Código Tributário Nacional (CTN), Artigo 98 do RICMS BA, artigos 25 e 55 do RPAF (Regulamento do Processo Fiscal). Compara ainda a interpretação do art. 405-A, como querida pela auditoria fiscal, com os efeitos antecipados para a data do fato, e a alteração por opção prevista no art. 398-A, que impõe como marco inicial de seus efeitos o exercício seguinte, enxergando em tal situação, violação ao princípio da isonomia.

Argumenta ainda que, na hipótese de acatada a interpretação do agente fiscal, não se poderia exigir da recorrente a multa de mora, tampouco aquela do art. 42, I, “b”, Lei nº 7.014/96, tendo em vista que a requerente não poderia fazer recolhimentos na condição de EPP, uma vez que no sistema da SEFAZ sua condição ainda não havia sido atualizada. Assim, ainda que fosse devido o principal, as multas referidas seriam indevidas, pois a ausência de pagamento teria acontecido por culpa exclusiva da falha no sistema de emissão de DAE da Fazenda Estadual.

Aduz ainda aplicação do art. 408-M, RICMS BA para o caso em questão, a exemplo do que ocorre na situação específica dos ambulantes, que ficam sujeitos ao pagamento do ICMS relativo à parcela que exceder o montante compreendido para sua faixa, as novas alíquotas do enquadramento EPP seriam aplicáveis somente sobre a parcela que excedesse ao montante da condição microempresa, ou seja: R\$ 360.000,00. Por fim, pede acolhimento defensivo cancelando-se o auto de infração e respectivo débito.

O autuante, às fls. 72/74, informa que intimou regularmente o sujeito passivo para fins de monitoramento, constatando que em outubro de 2006, teve um faturamento de R\$ 924.009,86, ultrapassando o limite da sua condição de microempresa e assim, considerando a faixa de faturamento a partir desse mês, foi apurado o ICMS na condição de EPP.

A infração encontra-se respaldada em notas fiscais e planilha constante à folha 17, onde foi feito o cálculo do imposto em confronto com o valor recolhido, ficando demonstrado que houve falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS.

Diz que o autuado estava inscrito no cadastro do SIMBAHIA instituído pela Lei nº 7.357/98, enquadrada como microempresa, cujo limite de receita bruta deveria ser igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Descreve que a alegação da empresa é ter feito a comunicação da mudança da condição em tempo hábil, conforme determina o art. 405-A, retro referenciado, e assim, poderia recolher o ICMS, segundo a condição de EPP. Daí ter deixado de recolher em outubro e em novembro de 2006, recolheu ainda na condição de ME 5, tendo no mesmo período faturado R\$ 924.009,86, em outubro; R\$ 442.874,00, em novembro e R\$ 149.969,60, em dezembro/06, perfazendo um faturamento total de R\$ 1.576.853,46.

Entende o autuante que houve por parte da empresa, um equívoco na interpretação da Lei do SIMBAHIA e dos artigos 383-A a 408-T do RICMS BA. Diz que não existe ME com faturamento acima de R\$ 360.000,00, nem faturamento sobre o qual não incida ICMS, cuja interpretação para obrigação principal é literal. Diz ainda que o art. 405-A, sobre o qual está ancorada a defesa, se refere a uma obrigação acessória para que as empresas dêem conhecimento a SEFAZ de sua nova condição e não pode conflitar com a obrigação principal contida nos artigos 386 e 387.

Quanto aos pareceres acostados diz que não tomou conhecimento do seu inteiro teor; quanto a alegada impossibilidade técnica para a emissão do DAE, diz que a empresa poderia recolher como diferença, assim permitido no sistema; sobre a tributação somente sobre a parcela que excedesse R\$ 360.000,00, diz inaceitável, uma vez que o faturamento elevou a empresa para a condição de EPP e nessa condição deveria recolher. Finalmente, sobre a interpretação por parte do autuado de que somente deveria recolher sob a nova condição após o acolhimento de sua comunicação a colocou na situação de não incidência, que não existe. Pede pela procedência do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração que exige ICMS não recolhido e recolhido a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte, Regime Simplificado de Apuração – SIMBAHIA, instituído pela Lei nº 7.357/98, nos meses de outubro e novembro de 2006. Da análise das peças acostadas ao processo, constato que o autuado foi alcançado pelo fisco estadual em função da falta de recolhimento do imposto que estava obrigado, em outubro de 2006 e recolhimento a menos em novembro de 2006, conforme se comprova do demonstrativo apenso à fl. 17.

O autuado estava regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA – na condição de Microempresa, desde julho de 2003. Verifica-se dos autos que o contribuinte ultrapassou o limite de receita bruta ajustada aplicável às microempresas, considerando a faixa em que estava enquadrado, nos períodos da autuação, nos termos do art. 384-A, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/97).

Argumenta nas suas razões de defesa, que, verificado o excesso do limite de receita para a faixa que estava enquadrado, comunicou a alteração ao Fisco Estadual, na forma e prazo estipulado no art. 405-A do diploma retro citado. Trouxe ainda ao processo, anexadas às fls. 68 e 69, cópias xerográficas autenticadas da petição única dirigida à Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, recepcionada em 10/11/2006, que passaram a atuar de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastro e de informações fiscais, na forma do Protocolo de Cooperação elaborado no ENAT 01/2004 (Encontro Nacional de Administradores Tributários), que estabeleceu o Cadastro Sincronizado, em cumprimento ao disposto no inciso XXII do art. 37 da Constituição Federal (EC 42/2003).

A referida solicitação foi enviada automaticamente para a SEFAZ e deferida no mesmo dia 10.11.06, com a observação que a mudança de condição, não sendo imediata, só seria efetivada no 1º dia seguinte ao do deferimento do pedido (fl. 69).

No tocante ao comportamento do autuado como contribuinte cadastrado na condição de Microempresa percebo que agiu em estrita obediência a legislação que rege a espécie. Ultrapassou em mais de 20% o limite da faixa em que estava enquadrado, em outubro de 2006, informou o fato a SEFAZ para determinação do novo enquadramento, até o dia quinze do mês subsequente, em 10.11.06, em conformidade com os artigos 386-A, Parágrafo único, do inciso IV e Parágrafo único do art. 405-A, do RICMS/97, a seguir reproduzidos:

386-A. A microempresa pagará mensalmente o imposto correspondente aos seguintes valores fixos, a serem determinados em função da receita bruta ajustada do ano anterior, nos termos do art. 384-A, sendo esta:

.....

Parágrafo único – O ICMS será apurado por estabelecimento, observando-se as seguintes regras:

.....

IV – quando a receita bruta acumulada ou o volume de entradas de mercadorias e serviços tomados dentro do próprio exercício ultrapassar em mais de 20% (vinte por cento) o limite da faixa em que estiver enquadrado, nos termos deste artigo, o contribuinte deverá informar à Secretaria da Fazenda os valores de entradas e serviços tomados e do faturamento obtidos no exercício, para efeito de determinação de novo valor mensal devido, até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurar o fato determinante da alteração.

Art. 405-A. 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:

.....

Parágrafo único – O sujeito passivo fará a comunicação de que cuida este artigo até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurar o fato determinante da exclusão ou alteração, que surtirá efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente ao deferimento do Inspetor Fazendário, ficando dispensada a microempresa que já tiver informado, tendo em vista o disposto no inciso IV, do parágrafo único, do art. 386-A.

Assim, ficou evidenciado nos autos que o contribuinte obedeceu estritamente ao prazo determinado na legislação, que seria a comunicação feita até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, no caso em concreto, o fez à Fazenda Estadual no dia 10/11/06, atendendo perfeitamente ao que determinam as disposições regulamentares quanto ao cumprimento da respectiva obrigação acessória.

No que se refere à obrigação principal, distante do que afirma o autuante, sua interpretação não poderá ser literal, uma vez que o que deve ser interpretado literalmente é o direito excepcional. Por isso, estabelece o artigo 111, CTN que deve ser interpretado literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão de crédito tributário, a isenção ou a dispensa do cumprimento da obrigação tributária acessória. O pagamento do tributo, e mesmo o cumprimento de obrigações é regra. Prescinde interpretação literal. Deve estar de acordo com a definição legal do fato gerador, sua interpretação deve ater-se ao enquadramento do ato praticado pelo sujeito passivo à hipótese descrita na lei, abstraindo-se de qualquer outro elemento fático ou jurídico relativo ao ato ou a seus efeitos (art. 118, CTN).

No caso em tela, é o próprio dispositivo regulamentar dirigido aos contribuintes do regime de apuração simplificado do ICMS, especificamente, no Parágrafo único do art. 405-A do RICMS/97, dispensa a microempresa do pagamento de eventuais diferenças enquanto não houver manifestação da autoridade competente. Tendo em vista que a manifestação de deferimento da autoridade tributária foi feita também no dia 10/11/06, a alteração surtiu efeito a partir do primeiro dia subsequente a esse deferimento. Assim, desprezada a necessidade de maiores esforços da hermenêutica, uma vez que não estamos diante de textos legais obscuros ou controversos.

Nesse contexto, entendo que o contribuinte tendo cumprido os ditames legais quanto à mudança de faixa e para determinação de novo valor mensal devido, não cabe a exigência do imposto, antes do deferimento da autoridade fazendária de forma a surtir os efeitos tributários como preconiza a norma, nem tampouco, a cobrança de tributo mediante Auto de Infração, antes de esgotada a fase de recolhimento do imposto de forma espontânea, mediante comunicação ao autuado do débito e determinação de prazo para o seu pagamento espontâneo, sobretudo porque o contribuinte novamente cumpriu o prazo da espontaneidade, recolhendo o imposto novo (fl. 18) a partir do primeiro dia do mês subsequente ao deferimento do Inspetor Fazendário (art. 405-A, parágrafo único).

Diante do todo exposto, comprovado que o procedimento adotado pelo contribuinte andou de acordo com o previsto na legislação que rege a espécie, entendo descaracterizada a presente autuação lavrada com inobservância normativa e incapaz de gerar qualquer efeito legal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Restou comprovado, no entanto, a falta de recolhimento do ICMS relativo ao mês de outubro de 2006. Recomendo à autoridade competente efetuar a cobrança da referida obrigação, nos termos da legislação própria.

Apesar do levantamento fiscal que apurou a base de cálculo do imposto exigido não ter sido feito por Auditor Fiscal, documento fls. 15 a 17, em conformidade com o art. 42, RPAF/BA, o que ensejaria a nulidade do procedimento fiscal (art. 18, I, RPAF BA) deixo de decretar a nulidade deste lançamento, em virtude da decisão de mérito em favor do sujeito passivo, de acordo ainda com disposição do art. 155, parágrafo único, RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 093310.1103/07-0, lavrado contra **ENGETRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA