

A. I. Nº - 149269.0006/07-4
AUTUADO - NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 06.06.08

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-04/08

EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em relação às mercadorias, objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, exige ICMS, totalizando o valor histórico de R\$ 550.040,94, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). (Valor histórico: R\$ 441.113,73; percentual da multa aplicada: 50%).
2. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. (Valor histórico: R\$ 57.047,79; percentual da multa aplicada: 50%).
3. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. (Valor histórico: R\$ 51.879,42; percentual da multa aplicada: 50%).

O autuado, através de representante legal, ingressa com defesa às fls. 595 a 602, com suporte nas seguintes alegações:

Alega, em suma, que a empresa ultrapassou os limites previstos no inciso VIII do artigo 387-A do RICMS/BA, a partir de setembro de 2004 e setembro de 2005, devendo a partir dos referidos meses, em cada exercício, ser levantado o débito mensal, levando-se em conta a receita bruta de cada mês, correspondente às mercadorias tributadas e calculado o imposto à razão de 17%, e daí deduzir os créditos fiscais relativos às entradas e aos impostos já recolhidos e autuados. Nessa seara, afirmando não ter sido este o procedimento adotado pelo autuante, informa ter elaborado e

juntado, (Docs. 01 e 02), as Planilhas de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas do SIMBAHIA, até agosto dos exercícios de 2004 e 2005, processando-se a apuração normal, nos demais meses dos aludidos exercícios, com base nas relações das entradas e saídas com seus respectivos crédito e débito (Docs. 03 a 24).

Ademais, assevera que não foram devolvidas (apesar da solicitação – Doc. 29), as notas fiscais de entrada dos meses de setembro a dezembro de 2004, entregues ao fisco, consoante docs. 27 e 28, impossibilitando a montagem da Conta Corrente, relacionada ao período, a fim de que fossem lançados os créditos fiscais para aproveitamento. Sendo assim, defende como novo valor para o débito, no que diz respeito à infração 01, o montante de R\$ 154.742,69, conforme tabelas abaixo:

EXERCÍCIO 2004	VALOR
JAN	468,75
FEV	891,01
MAR	557,05
ABR	2.376,48
MAI	1.959,33
JUN	3.170,04
JUL	6.742,40
AGO	7.840,25
SET (PREJUDICADO)	0,00
OUT (PREJUDICADO)	0,00
NOV (PREJUDICADO)	0,00
DEZ (PREJUDICADO)	0,00

EXERCÍCIO 2005	VALOR
JAN	2.222,25
FEV	2.436,73
MAR	2.147,26
ABR	7.236,37
MAI	12.969,81
JUN	19.007,83
JUL	16.509,86
AGO	13.004,97
SET	25.219,01
OUT	7.190,64
NOV	8.699,01
DEZ	14.033,04

Ante o exposto, propugna pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 634 a 636, nos seguintes termos:

Com relação à infração 01, alega que o autuado entende de maneira confusa a legislação do SIMBAHIA, desconsiderando que o artigo 387-A prevê as alíquotas a serem aplicadas, de acordo com as faixas de faturamento, destacando que o inciso VIII determina que, para faturamento acima de R\$ 1.080.000,00 o percentual de alíquota é de 6%, ressaltando que o limite de R\$ 1.200.000,00 vigorou até 31/08/2005.

Informa que a empresa não escriturou os livros fiscais a que se encontra obrigada, razão pela qual foram elaboradas planilhas das notas fiscais de saída, relativas a 2004 e 2005, sendo obtidos os valores mensais para efeito de exigência da diferença do imposto, salientando que tais planilhas de cálculo do tributo (fls. 12 e 98), foram elaboradas em conformidade com a legislação, e que no exercício de 2004 o autuado excedeu, em mais de 50%, os limites estipulados pelo SIMBAHIA, e em 2005, a partir do mês de junho, também já havia ultrapassado o limite, dando margem à incidência do quanto disposto no artigo 408-L do RICMS/BA.

Informa também que foi computado na apuração do débito do imposto, o crédito de 8% em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme art. 408-S do RICMS/97.

A respeito da alegação, do autuado, de que as notas fiscais, relativas ao período de setembro a dezembro de 2004 não foram devolvidas pelo fisco, afirma que mais uma vez há uma confusão, haja vista que, conforme Termos de Arrecadação assinados pelo preposto e sócio da empresa, Sr. Jonaldo Almeida do Carmo, toda a documentação foi devolvida em 19/07/07 (fls. 10 e 11).

Por fim, no tocante às infrações não impugnadas (02 e 03), informa que ainda não foram realizados os recolhimentos respectivos.

Sendo assim, opina pela manutenção do presente Auto de Infração.

VOTO

Saliento que ao contrário do alegado pelo autuado, os livros e documentos fiscais foram-lhe devolvidos, conforme documentos de fls. 10 e 11.

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	Diferença 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	1.845.234,90	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	Diferença 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.

Na infração 02 está sendo exigido ICMS em razão do recolhimento a menos da antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no período de março de 2004 a dezembro de 2005.

A empresa autuada não impugna a infração que se encontra demonstrada na planilha de fls. 189 a 197 do PAF, devendo ser mantida, pois amparada no art. 352-A do RICMS/97.

Infração mantida.

A infração 03 decorreu do recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no exercício de 2005.

Não houve contestação à presente infração, o que resulta no seu reconhecimento, por parte do sujeito passivo, ficando fora da apreciação desta Relatora, devendo ser mantida.

Ressalto que o demonstrativo encontra-se às fls. 198 a 202, e cópias das notas fiscais, fls. 203 a 592 do PAF.

Infração mantida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 149269.0006/07-4, lavrado contra **NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 258.171,46, acrescido da multa de 50%, previstas no art. 42, I, “b”, itens 3 e 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR