

A. I. N.^º - 380214.0013/07-9
AUTUADO - INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 23/12/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0384-03/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. O contribuinte não comprovou o recolhimento do imposto apurado a menos na condição de EPP. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS JUNTO A MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Restou evidenciado que as empresas remetentes não se dedicam exclusivamente a atividade industrial, a teor do inciso XI do art. 97 do RICMS-BA/97, já que os produtos areia e brita não são industrializados, pois constam da TIPI com a notação “NT” – não-tributados, portanto, considerado como não industrializado, conforme o § 6º do RICMS-BA/97. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Autuado reconheceu a infração imputada. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. O contribuinte comprovou a apresentação da DME, antes de iniciada a ação fiscal. Infração insubstancial Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2007, reclama pagamento no valor de R\$90.636,02, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01- Recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Sendo exigido o imposto no valor de R\$6.376,83 e aplicada multa de 50%;

Infração 02 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte. Sendo exigido o imposto no valor de R\$73.180,35 e aplicada multa de 60%;

Infração 03 - Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Sendo exigido o imposto no valor de R\$10.158,84 e aplicada multa de 60%;

Infração 04 – Falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA. Sendo exigida a multa fixa no valor de R\$920,00.

Constam dos autos: Termo de Início de Fiscalização, fl. 07, Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fls. 08 e 09, Ordem de Serviço nº 511099/07, fls. 10 e 11, Demonstrativo de Créditos Indevidos, fls. 12 a 14, Demonstrativo de Apuração da Diferença de Alíquotas, fl. 15,

Demonstrativo de Débito da Diferença da Empresa de Pequeno Porte, fls. 16 a 19, cópias das notas fiscais nºs. 04524 e 05347, fls. 20 e 21, Relação de DAE's dos exercícios 2002 a 2007, fls. 22 a 27, cópias de correspondência eletrônica entre o autuante e o contribuinte, fls. 28 e 29, cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS e de Entradas, fls. 30 a 147 e cópia de extrato de pagamento fornecido pelo INC fl. 148.

O contribuinte tomou ciência da autuação em 28/09/07, fl. 03, e apresenta defesa tempestiva, fls. 153 a 155, através de sua advogada, procuração, fl. 156.

1. Infração 01 – Inicialmente afirma reconhecer os erros indicados na apuração do ICMS nos meses de agosto, setembro e outubro de 2002; julho e agosto de 2003 e no mês de junho de 2004. Entretanto diz contestar a diferença apurada relativa ao mês de novembro de 2002, reconhecendo somente o valor de R\$105,27, pelo que segundo ele, reduz a diferença devida de R\$6.376,83, para R\$6.282,11, consoante demonstrativo que apresenta, fls. 153 e 168. Contudo esclarece que o autuante não considerou os créditos que a empresa possuía em função de recolhimento a maior, efetuada também por erro nos meses de abril, maio e junho de 2003, conforme previsão do § 1º do art. 93 do RICMS-BA/97 o qual transcreve. Prossegue aduzindo que possui um crédito no valor de R\$6.451,33, superior ao débito ocorrido por erro no recolhimento, e por isso, como um valor compensa o outro, inclusive referente às diferenças de julho, e agosto de 2003 e junho de 2004 que são posteriores ao crédito devido, nada há a recolher de diferença nesses meses, e, com relação aos meses de agosto a novembro de 2002, afirma que o máximo a ser exigido seria a correção destes valores para a data do crédito em 2003;

2. Infração 02 – Diz que as empresas a que se referem as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal são: Pedreira União LTDA. I.E. nº 21.536.196 – PP, (Forma de pagamento: Conta Corrente Fiscal, fl. 276) Cleide Tavares da Silva, I.E. nº 48.623.223 PP e Menegotti Formas Metálicas LTDA. nº 253.626.676. Acrescenta que de acordo com a legislação do SimBahia é perfeitamente utilizável pelo adquirente da mercadoria como crédito fiscal o ICMS destacado na nota fiscal de compra mesmo o estabelecimento vendedor estando sujeito ao regime do SimBahia e cadastrado como empresa de pequeno porte, contanto que no seu cadastro à época esteja registrado que como “forma de pagamento” seja “conta corrente fiscal” e destaque assim o ICMS na nota fiscal de venda. Para corroborar seu argumento, transcreve o inciso III do art. 385, o art. 144 e a alínea “b” do inciso I do art. 93, todos do RICMS-BA/97. Reafirma que utilizou o crédito devidamente pelo regime vigente à época, na qual, mesmo o fornecedor sendo cadastrado no SimBahia, hoje Super Simples, geraria crédito se tratando de matéria-prima a ser utilizada em processo de industrialização e com crédito de ICMS destacado na nota fiscal de Venda do fornecedor, sendo o mesmo cadastrado como EPP ou Microempresa, com forma de pagamento conta corrente fiscal. Colaciona aos autos cópias das notas fiscais relativas a essas operações, fls. 170 a 275;

3. Infração 03 – Diz reconhecer a diferença decorrente de complementação de alíquota interestadual que por erro da pessoa da área fiscal não foi devidamente recolhido à época;

4. Infração 04 – Afirma que de acordo com o autuante a alteração da condição de sua empresa de EPP para normal no mês de maio de 2005, gerando a partir daí, não só o recolhimento e apuração do ICMS mensal pelo regime normal, como também a obrigação acessória de emissão de DMA. Observa ainda que a fiscalização reconhece que a empresa passou a emitir DMA a partir de março de 2007, entretanto, relata que alertou ao autuante desde o inicio da fiscalização o problema ocorrido com o cumprimento da obrigação fiscal neste interstício de tempo. Alega que tentou enviar a DMA desde o início da alteração de seu regime de SimBahia para normal, no entanto diz que o sistema da própria SEFAZ não recepcionava a transmissão do arquivo, pois somente reconhecia a mudança de regime no seu cadastro depois da mudança feita no cadastro da Receita Federal e Junta Comercial. Informa que sua solicitação de mudança de regime junto a Receita Federal só fora atendida em 27/01/2007 devido a inconsistência ocorridas no próprio sistema da

Receita Federal, que foram resolvidas ao longo desse período. Assim, assevera que para não ficar sem cumprir sua obrigação acessória, já que o próprio sistema da Receita Federal não aceitava e que de acordo com a legislação tendo seu faturamento aumentado passou a recolher corretamente o ICMS pelo regime normal. Acrescenta ainda que através de consulta a Central de Atendimento da SEFAZ foi orientado a enviar a DME enquanto não conseguisse enviar a DMA, não deixando de cumprir a obrigação acessória. Diz colacionar aos autos o pedido de modificação junta Comercial – JUCEB, fl. 277 e na Receita Federal, fls. 278 a 289.

Conclui requerendo a improcedência das infrações 01, 02 e 04.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 291 a 293, depois discorrer acerca das razões da defesa apresentada pelo autuado em relação às infrações 01, 02 e 04, apresenta as seguintes ponderações.

Em relação à infração 01, afirma que não têm amparo normativo as alegações defensivas e assevera que o débito apurado encontra-se devidamente demonstrado. Enfatiza que não foi apresentada prova alguma da existência de erros na apuração dos valores relacionados nessa infração. Quanto à pretensão do autuado para utilização de eventuais créditos, observa que os artigos do RICMS-BA/97 citados alcançam os casos concretos, além do que, ressalta que à época da ocorrência da infração o contribuinte encontrava-se enquadrado como EPP e que eventuais créditos que venham ocorrer no presente não alcançam débitos do passado.

No tocante à infração 02 esclarece que não tem pertinência a alegação da defesa, uma vez que os produtos adquiridos não sofreram processo de beneficiamento, que caracterizasse a industrialização, requisito básico e fundamental para a emissão de créditos por microempresas.

Quanto à infração 04 diz que a alegação da autuada não se justifica, uma vez que a empresa mudou sua condição em maio de 2005, e só alterou e seu registro na SEFAZ em março de 2007, dezenove meses depois, por inércia ou falta de interesse, pois, em momento algum o problema foi levado ao conhecimento dos Técnicos da SEFAZ, para o saneamento da ocorrência. Informa ainda que a multa acessória foi aplicada para os exercícios de 2005 e 2006, observando o repositório do CONSEF, vez que o fato gerador ocorreu para dezenove meses.

Conclui o autuante opinando pela procedência do Auto de Infração, por entender que se encontra embasado na legislação que regula a matéria e pela argumentação apresentada pela autuada ser totalmente infundada.

Constam à fl. 145, requerimento da autuada para colacionar aos autos cópias das DME's do exercício de 2005, recepcionada pela SEFAZ em 21/03/06 fl. 297, e do exercício de 2006, recepcionada pela SEFAZ em 15/06/07 fl. 298, reiterando sua argumentação defensiva de que não conseguira imprimir e que, por isso, requereu a segunda via.

VOTO

Da análise das peças processuais, constato que o autuado reconheceu a infração 03, por conseguinte, considero procedente esta infração não impugnada, ante a inexistência de controvérsias e, consequentemente de lide.

No tocante à infração 01, que versa sobre o recolhimento a menos do ICMS na condição de EPP, verifico que o autuado somente contestou valor do lançamento no que diz respeito ao mês de novembro de 2002 cujo cálculo realizado pela fiscalização, apurou o débito de R\$199,99, discriminado no Demonstrativo de Débito, fl. 16. O autuado reconheceu somente o valor de R\$105,27, consoante demonstrativo por ele elaborado, fl. 153, sem, contudo, demonstrar a origem da divergência desse valor em relação ao apurado pela fiscalização, apresentando, tão-somente, o valor das vendas no mês de novembro de 2002 como sendo R\$110.470,16, fl. 168, ao invés de R\$114.680,15, fl. 16, apurado pelo autuante.

Depois de examinar a consistência do demonstrativo do débito elaborado pelo autuante, fls. 16 a 19 constato que se encontra devidamente caracterizada a infração 01, e por isso, não acolho a alegação defensiva. No que tange a pretensão manifesta do autuado em compensar os valores por ele recolhido a mais nos meses de abril, maio e junho de 2003, entendo que não é possível por se tratar de período de apuração distinto dos que foram lançados de ofício no presente Auto de Infração. A restituição do indébito é devida, entretanto, depende de processo específico para esse fim, de iniciativa do interessado, na forma do art.74 do RPAF-BA/99.

Assim entendo que restou integralmente subsistente a Infração 01.

A infração 02 trata da utilização indevida de crédito referente à aquisição de mercadorias junto a microempresas e empresas de pequeno porte – EPP, no período de maio de 2005 a dezembro de 2006.

A defesa alegou que, de acordo com a legislação do SimBahia, é perfeitamente utilizável pelo adquirente da mercadoria como crédito fiscal o ICMS destacado na nota fiscal de compra mesmo sendo o estabelecimento vendedor optante do SimBahia, contanto que no seu cadastro à época da operação esteja registrado que a “Forma de Pagamento” seja “Conta Corrente” e assim destaque o ICMS na nota fiscal de venda, invocando para tanto o inciso III do art. 385 do RICMS-BA/97.

O autuante informou que não tem pertinência a alegação da defesa uma vez que os produtos adquiridos não sofreram o processo de beneficiamento que caracterizasse a industrialização que é requisito básico e fundamental para emissão de créditos por microempresas.

Ao compulsar os autos verifico, com base nas notas fiscais colacionadas pelo autuado às fls. 170 a 275, que as mercadorias adquiridas pelo autuado e objeto dessa infração, se constituem, a exceção da nota fiscal de nº 5678, fl. 12 e 173, produtos de origem mineral areia e brita, insumos utilizados na fabricação de pré-moldados de concreto, consoante Objeto Social do autuado, fl. 159. Verifico que à fl. 276, o extrato de consulta ao cadastro da SEFAZ que a empresa fornecedora do autuado, Pedreira União Ltda., é EPP e tem a forma de pagamento “Conta Corrente”. Entretanto, os produtos de origem mineral areia e pedra constam na Tabela de Incidência de Imposto de Produtos Industrializados – TIPI (Dec. nº 4.542/02) constam que tais produtos estão relacionados como NT(não tributado) – “Pedras” na posição 25.16 e “Areias” na posição 25.05, portanto, de acordo com a determinação contida no § 6º do art. 2º do RICMS-BA/97, segundo a qual não se considera industrializado o produto relacionado na TIPI com a notação “NT”. Desse modo resta caracterizado que, pela natureza dos produtos que constam nas notas fiscais, elencadas no “Demonstrativo de Créditos Indevidos”, fls. 12 a 14”, remetidas pelas empresas: Areal Montes Verdes I.E. nº 63.507.525 PP, Pedreira União LTDA. I.E. nº 21.536.196 – PP, e Cleide Tavares da Silva, I.E. nº 48.623.223 PP, não remeteram para o estabelecimento autuado produto industrializado, na forma preconizada pela legislação pertinente, e por isso, é descabido tanto o destaque do imposto na nota fiscal, quanto a utilização desses créditos pelo estabelecimento autuado.

Constatou à fl. 173, refere-se a formas de aço para a fabricação de pré-moldados, incluída no mês de julho de 2005, com débito do valor de R\$1.883,89, fl. 12, que se trata de aquisição para o ativo fixo do estabelecimento autuado. Embora se trate de um produto industrializado, não é utilizado em seu processo produtivo. Assim, também, é indevida a utilização do crédito fiscal, ora questionado.

Por isso, considero integralmente subsistente a infração 02.

Quanto à infração 04 relativa à falta de apresentação da DMA's nos exercícios de 2005(maio a dezembro e 2006 (janeiro a dezembro), apesar de ter apresentado as DMA's, verifico que o autuado colacionou aos autos documentação, fls. 277 a 289, demonstrando sua iniciativa, através de diversas tentativas para alterar seu reenquadramento na JUCEB e na Receita Federal, para empresa normal.

O autuado justificou também em sua defesa que, enquanto não conseguiu efetivar o seu reenquadramento, foi orientado por técnico da SEFAZ, para apresentar a DME em substituição à DME.

Entendo que a apresentação, extemporaneamente, das DME's, do exercício de 2005 em 21/03/2006, fls. 297 e do exercício de 2006 em 15/06/07, fl. 298, não substitui a obrigação acessória a que estava obrigado o autuado, ou seja, a apresentação das DMA's objeto da acusação fiscal relativa a essa infração. Entretanto, por restar comprovado o impedimento, independente da vontade do autuado, para o atendimento da exigência, ora em lide, bem como, a tentativa de suprir as informações através da apresentação da DME, não tendo causado prejuízo algum à administração tributária, considero descharacterizada a infração 04.

Por todo o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 380214.0013/07-9, lavrado contra **INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$89.716,02**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$6.376,83 e de 60%, sobre R\$83.339,19, previstas, respectivamente, nos incisos I “b” item 1, VII “a” e II “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA