

A. I. Nº - 281240.0271/08-2  
AUTUADO - SERRA SANTIAGO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS  
ORIGEM - INFAS - ATACADO  
INTERNET - 23. 07. 2009

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0230-01/09**

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Comprovado que o contribuinte ultrapassou o limite de receita bruta previsto para o estabelecimento enquadrado como microempresa. Nesta condição, deveria ter requerido seu reenquadramento na faixa adequada e recolhido tempestivamente o imposto na forma prevista na legislação em vigor à época dos fatos geradores da obrigação tributária. Correta a exigência na condição de empresa de pequeno porte. Infração não elidida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 26/11/2008, exige o pagamento no valor histórico de R\$9.254,48, acrescido da multa de 50% em razão do recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime de Apuração do ICMS - SimBahia, nos meses de janeiro a abril de 2007.

Consta dos autos: Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia, fl. 06.

O sujeito passivo apresenta impugnação, fl. 12 a 22, invocando inicialmente o direito de petição estatuído na alínea “a” do inciso XXXIV do art. 5º da CF, para suscitar como preliminar de nulidade a discrepância entre o histórico da autuação e os dos seus anexos e ainda entre estes e os artigos do RICMS/97 dados como infringidos, bem como pelo fato da exigência do tributo devido como contribuinte de pequeno porte, após o desenquadramento do regime de microempresa, uma vez que a mudança de condição de Microempresa para Empresa de Pequeno Porte, não lhe fora científicada. Aduzindo ainda que, enquanto não for desenquadrado do regime pela autoridade competente o contribuinte tem o direito de recolher tributo com base no regime que escolheu.

Em relação ao mérito, diz que a pretensão fiscal é descabida tendo em vista que não fora notificado do desenquadramento conforme prevê a legislação do ICMS. Destaca que de acordo com os artigos 404-A, 405-A, II, e o 406-A do RICMS/97, a exclusão ou alteração do SimBahia poderá ser feita mediante comunicação do contribuinte ou de ofício.

Ressalta que tentou por inúmeras vezes, acessar o sistema desta Secretaria da Fazenda, solicitando a liberação do regime de Microempresa para Empresa de Pequeno Porte, contudo não obteve sucesso, uma vez que o sistema SEFAZ não abriu para que pudesse efetuar a alteração e recolhimento do imposto devido.

Frisa que o RPAF/99 tem como regra básica a intimação do contribuinte das decisões proferidas no PAF, sob pena de nulidade absoluta de tais decisões, reafirmando que não fora devidamente intimado por escrito do seu desenquadramento do regime SimBahia.

Afirma que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspensa visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN.

Diz que a multa no percentual de cinqüenta por cento é descabida, uma vez que não há o que se falar em tal verba, pois, não sendo devido o principal, obviamente, não é devido o acessório. Acrescenta que além de absolutamente indevida, a multa assume o caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória.

Prosegue afirmando que sem prova material da existência de fraude fiscal ou sonegação fiscal, como definidas em leis federais, a multa por eventual infração de regulamento fiscal, sem má-fé, não pode ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação ou do imposto, como no presente caso. Assegura que não há qualquer causa legítima ou legal para esse confisco tributário, que fere de morte o art. 150, IV da CF/88.

Afirma que as multas, conforme legislação, ou seja, a Lei nº 9.298/1996, atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que lhe restou imposto.

Arremata observando que se mantida a multa, deverá ser reduzida ao suportável pela capacidade contributiva.

Destaca que existindo cobrança a maior, o Auto de Infração perde o requisito da liquidez e certeza, necessária para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção do gravame, devendo este seguir ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Requer diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo autuante aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas,

Aduz que, em se constatando a incidência de multa superior aos patamares legalmente previstos, que seja procedido os recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos.

Por fim, requer, caso não seja acolhido seu pedido de nulidade, a improcedência do Auto de Infração.

Ao proceder à informação fiscal, fl. 27, o autuante, inicialmente, esclarece que o contribuinte foi autuado por ter recolhido a menos o ICMS na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia no exercício de 2007.

Observa que o autuado se defendeu alegando que não fora notificada de seu desenquadramento, bem como que tentou por diversas vezes no sistema da SEFAZ efetuar a alteração e proceder ao recolhimento do imposto e não conseguiu.

Enfatiza que, de acordo com os artigos 408, “L” e 406, “c” do RICMS/97, a exclusão será feita de ofício quando a receita bruta exceder aos limites estabelecidos no art. 384-A, do qual reproduz seu parágrafo único.

Informa que a empresa ultrapassou a faixa conforme se verifica na planilha de reenquadramento da receita bruta, fl. 06, bem como no relatório de “Informações TEF – Anual” no exercício de 2007, fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e financeiras que colaciona à fl. 28.

Conclui opinando pela manutenção do Auto de Infração.

## VOTO

De plano, rejeito o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e acostado aos autos a “Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia”, fl. 06, que deu origem à exigência fiscal, inexistindo, portanto, qualquer discrepância entre o histórico da autuação e a planilha de apuração do valor lançado de ofício. Verifico também que não procede a alegação

defensiva de que não fora cientificado do reenquadramento, tendo em vista que a constatação se deu por meio de ação fiscal, consoante previsão contida no art. 406-A do RICMS/97, que resultou no presente Auto de Infração, tendo sido formalmente intimado para apresentar defesa. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o autuado não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado a documentação fiscal e mercantil que estão em sua posse, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos juntamente com sua defesa.

No mérito o Auto de Infração cuida do recolhimento a menos do ICMS, na condição de empresa de pequeno porte.

Da análise das peças processuais, bem como através de pesquisa ao INC - Sistema de Informações do Contribuinte da SEFAZ/BA, observo que se trata de estabelecimento inscrito no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, que tivera sua faixa de enquadramento como ME1 desde 13/10/2006. Constatou que o período alcançado pela autuação ao enquadrar o contribuinte como EPP, foi de janeiro a junho de 2007, que está compreendido dentro do período no qual o contribuinte se encontrava enquadrado como ME1, razão pela qual cabia a ele ter solicitado tempestivamente a alteração de sua faixa de enquadramento, providência que não adotou, descumprindo obrigação expressa no art. 405-A do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores.

A simples alegação de que, tentara através de acesso ao sistema da SEFAZ solicitar seu reenquadramento como empresa de pequeno porte, destituída de qualquer comprovação não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Os transcritos artigos 404-A e 405-A, vigentes à época da ocorrência dos fatos, deixam claro que para que ocorresse a alteração de faixa de enquadramento, conforme pretendido pelo sujeito passivo, este deveria necessariamente ter requerido junto à Repartição Fazendária, a alteração pleiteada, que seria analisada e, no caso de ser deferida, se daria na forma de alteração cadastral.

*"Art. 404-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."*

*"Art. 405-A. A exclusão ou alteração do enquadramento mediante comunicação do contribuinte dar-se-á em forma de alteração cadastral:*

*I - por opção própria;*

*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 pelo 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."*

*Art. 386-A. ...*

*[...]*

*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 o limite máximo 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."*

Conforme se conclui dos autos, o sujeito passivo não requerera a alteração de sua faixa de enquadramento ao exceder o limite da receita bruta ajustada acumulada, nem recolheu o ICMS

devido no período alcançado pelo lançamento, motivo pelo qual não pode pleitear agora que o recolhimento do imposto devido nos meses correspondentes à autuação seja feito em valores abaixo daqueles correspondentes à sua faixa efetiva de enquadramento no Regime SimBahia.

Constatou que, embora o sujeito passivo em sua impugnação não tenha apontado qualquer inconsistência ou equívoco, a planilha de cálculo, fl. 06, que resultou na quantificação do montante lançado de ofício no presente Auto de Infração, foi elaborada de forma correta e discrimina claramente a origem dos valores exigidos e seus respectivos períodos de apuração.

Em que pese os argumentos expendidos pela defesa para contestar a multa sugerida no presente Auto de Infração, ressalto a sua legalidade, tendo em vista que a sua tipificação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 50%, exigência expressa no art. 42, inciso I, “b”, item 3, da Lei 7.014/96. Do mesmo modo, também quanto à alegação do caráter inconstitucional da multa por seu poder confiscatório, destaco que, conforme disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, também não figura na competência deste órgão julgador, declarar a legalidade ou inconstitucionalidade do direito posto.

No que diz respeito ao pleito do impugnante atinente à redução do percentual da multa sugerida para o percentual de 2%, previsto na Lei nº 9.298/96 – “Defesa do Consumidor”, esclareço que é descabida a sua pretensão. Primeiro, pela inaplicabilidade do referido dispositivo legal, por se tratar Lei estranha à Legislação Tributária que dispõe de arcabouço jurídico próprio. Segundo, pelo fato de não estar incluída no rol de competências das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF a redução de multa por descumprimento de obrigação principal.

Por tudo o quanto exposto fica mantida a multa imposta.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281240.0271/08-2**, lavrado contra **SERRA SANTIAGO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.254,48**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2009

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR