

**A. I. Nº.** - 028924.0085/08-0  
**AUTUADO** - FERTIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 04. 03. 2010

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0021-01/10**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração comprovada. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Retificado o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº. 7.014/96). Infrações não impugnadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 16/02/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$11.542,40, acrescido da multa de 50%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de janeiro a setembro de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$3.986,64;

02 – deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia, nos meses de outubro a dezembro de 2006 e janeiro a junho de 2007, exigindo imposto no valor de R\$5.592,12;

03 – deixou de recolher o ICMS correspondente à antecipação parcial, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, em relação à aquisição de mercadorias de fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2006 e abril a junho de 2007, exigindo imposto no valor de R\$726,23;

04 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS correspondente à antecipação parcial, na condição de microempresa, em relação à aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de fevereiro a abril e junho de 2006, exigindo imposto no valor de R\$295,75;

05 – deixou de recolher o ICMS correspondente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, em relação à aquisição de mercadorias de fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de julho a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$941,66.

O autuado apresentou impugnação às fls. 48 e 49, ressaltando que no período de janeiro a setembro de 2006 se encontrava enquadrado como microempresa, em conformidade com o cadastro da Secretaria da Fazenda, entretanto o autuante calculou o ICMS como se estivesse na condição de empresa de pequeno porte.

Assim, impugna parcialmente o Auto de Infração, solicitando que se aos mencionados meses, considerando a sua condição de microempres

O autuante prestou informação fiscal à fl. 61, realçando que o contribuinte, de fato, se encontrava enquadrado na condição de microempresa no período de janeiro a setembro de 2006, conforme consta nas informações cadastrais da Repartição Fazendária. Entretanto durante a fiscalização foi solicitado o demonstrativo de faturamento da empresa, onde ficou constatado que o faturamento do exercício de 2006 correspondeu ao montante de R\$256.767,85 (fls. 62 e 63), ultrapassando o limite de microempresa 2, que era de R\$198.000,00.

Aduz que conforme demonstrou existe uma diferença entre os valores pagos e registrados no banco de dados da SEFAZ e o valor real apresentado no demonstrativo de compras e vendas da empresa naquele exercício.

Assim, entende que não há consistência na impugnação apresentada pelo contribuinte, desde quando está correto o imposto calculado na condição de empresa de pequeno porte, haja vista que o seu faturamento em 2006 é incompatível com a condição tributária de microempresa. Mantém o débito apurado, sugerindo a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Verifico que foram imputadas ao sujeito passivo cinco infrações. O contribuinte se insurgiu tão somente contra o lançamento consubstanciado na infração 01, que se referiu ao recolhimento a menos do ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, alegando que no período em questão (janeiro a setembro de 2006) se encontrava enquadrado como microempresa, de modo que o autuante não poderia efetuar os cálculos do ICMS como se ele estivesse cadastrado como empresa de pequeno porte.

Observo que o faturamento apresentado pelo contribuinte no período compreendido pela autuação se constituiu em montantes compatíveis com o enquadramento como empresa de pequeno porte. Tanto é assim que o autuante, de forma correta, apurou os valores efetivamente devidos pelo sujeito passivo, lançando nos demonstrativos anexados às fls. 08 e 11, para cada período fiscalizado, a partir da receita bruta apurada, os valores e deduções pertinentes, abatendo do ICMS devido em cada mês, os valores recolhidos.

Vejo que de acordo com os resultados apontados pela fiscalização, no período da autuação efetivamente o contribuinte apresentou faturamento que implicava na mudança de sua condição para empresa de pequeno porte, razão pela qual cabia a ele ter solicitado tempestivamente a alteração de sua faixa de enquadramento, providência que não adotou.

Conforme se verifica nos transcritos artigos 404-A, 405-A e 406-A do RICMS/97 vigentes à época da ocorrência dos fatos, nessa situação o sujeito passivo, deveria necessariamente ter requerido junto à Repartição Fazendária, o seu recadastramento, 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 Fazenda microempresa que já tiver informado, tendo em vista parágrafo único, do art. 386-A."*

*"Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:*

*I - sempre que o contribuinte deixar de requerê-la, quando obrigatória;"*

Considerando que o contribuinte não adotou essa providência, que se constitui numa imposição, ao ser constatado que o mesmo se encontrava enquadrado de forma equivocada e, portanto, efetuando o recolhimento do imposto em valores inferiores àqueles realmente devidos, coube à fiscalização exigir as diferenças através do presente lançamento e acompanhadas da multa correspondente, prevista no art. 42, inciso I, alínea "b", item 3 da Lei nº 7.014/96.

Conforme se conclui dos autos, o contribuinte não requereu a alteração de sua condição cadastral, tendo recolhido a menos o ICMS devido no período alcançado pelo lançamento, motivo pelo qual mantenho esta infração na íntegra.

Observo que as infrações 02, 03, 04 e 05 não foram contestadas. Enquanto a infração 02 se refere à falta de recolhimento do ICMS em decorrência do enquadramento do contribuinte como empresa de pequeno porte, as infrações 03 a 05 se referem à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos do imposto correspondente à antecipação parcial. Ressalto que as exigências fiscais constante dessas infrações estão devidamente fundamentadas em expressa disposição legal, estando embasadas no RICMS/97 e na Lei nº 7.014/96.

Assevero que essas imputações se encontram claramente caracterizadas nos respectivos demonstrativos, tendo a fiscalização demonstrado que o contribuinte incorreu na prática das irregularidades que lhe foram atribuídas. Portanto, as infrações em referência ficam mantidas integralmente.

Discordo, entretanto, com a multa sugerida para as infrações 03, 04 e 05, no percentual de 50%, baseada no inciso I, alínea "b", item 1 do art. 42 da Lei nº 7.014/96, desde quando no período de janeiro de 2006 a outubro de 2007, a multa a ser aplicada deve corresponder àquela vigente à época dos fatos, que se encontra indicada na alínea "f" do inciso II do mesmo artigo e Lei acima citados, e que representa o percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, importando em descumprimento de obrigação tributária principal. No que concerne aos meses de novembro e dezembro de 2007 (infração 05) também tem pertinência a multa de 60%, entretanto com lastro na alínea "d" do inciso II do mesmo artigo e Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.

Cabe registrar que esse entendimento se encontra consubstanciado em recentes decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0255-12/09, do qual transcrevo trecho do voto vencedor, proferido pelo eminente Conselheiro Álvaro Barreto Vieira:

*"Dirijo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange à multa indicada para a infração 2, pois considero que, à época da ocorrência dos fatos, a pena cabível para a citada infração era a prevista no artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.*

*Apesar de ser uma questão muito controversa, acompanho a tese defendida pelo ilustre representante da PGE/PROFIS, segundo a qual a antecipação parcial e a antecipação no sentido estrito são institutos diversos. Com base nessa premissa, entendo que, à época dos fatos descritos na infração 2, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação "parcial", a pena correta, à época, era a prevista na alínea "f" do inciso II do artigo 42 da citada Lei.*

*Divergindo do entendimento defendido pelo ilustrado Conselheiro, voto para*

*nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.*

*Também não comungo com o entendimento do ilustre Conselheiro relator quanto à questão da ausência de dolo, pois, segundo a descrição dos fatos e o enquadramento legal utilizado pelo autuante, no cometimento da infração 2 não houve dolo. Nas infrações à legislação tributária, a constatação e a comprovação de dolo devem ser feitas pelo auditor fiscal autuante, que é quem verifica a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e que propõe a aplicação de multa. Não fica, portanto, ao arbítrio do sujeito passivo classificar os seus procedimentos como dolosos ou não dolosos.*

*Em face do exposto, retifico a multa indicada na infração 2, no percentual de 60%, para a prevista na aliena “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no mesmo percentual, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.”*

Diante do exposto, 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 **028924.0085/08-0**, lavrado contra **FERTIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.542,40**, acrescido das multas de 50% sobre R\$9.578,76 e de 60% sobre R\$1.963,64, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 3 e II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR