

A. I. N°. - 028924.0085/08-0
AUTUADO - FERTIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 04. 03. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 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 n°. 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 Fazendário microempresa que já tiver informado, tendo em vista o 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 requerera 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 constantes 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 eminentíssimo Conselheiro Álvaro Barreto Vieira:

"Divirjo 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 controvertida, 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 vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por

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