

PROCESSO	- A. I. N° 102104.0046/06-9
RECORRENTE	- R.A. PIROTECNIA E EVENTOS LTDA. (BAHIA PIROTECNIA E EVENTOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0262-04/07
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 16/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0222-12/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO, DE OFÍCIO, EM FUNÇÃO DA ATIVIDADE ECÔNOMICA EXERCIDA PELO RECORRENTE. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Comprovado nos autos que a empresa foi equivocadamente desenquadrada do Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA. O contribuinte exercia, à época dos fatos geradores do imposto, atividade de “comércio varejista” e não de “comércio atacadista”. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 22/01/07, exige ICMS no valor de R\$59.900,66, acrescido das multas de 50% e 60%, além de multa de caráter acessório no valor de R\$460,00 imputando ao sujeito passivo tributário o cometimento de seis infrações à legislação tributária deste Estado. Entretanto, somente faz parte do Recurso Voluntário interposto à infração apontada como 2 que diz respeito com a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo sido deduzido os valores efetivamente recolhidos. Valor exigido – R\$44.586,95.

Em 26/04/2007, o contribuinte solicita parcelamento do valor do tributo exigido nas infrações 1, 3, 4, 5 e 6 (fls. 431/434 e 473/480)

A 4ª JJF, após rejeitar as argüições de nulidades apresentadas pelo autuado, prolatou a seguinte Decisão em relação à infração ora em discussão.

“Com relação a infração 2, o autuado alegou que foi desenquadrado do regime do SimBahia de forma irregular, e pediu que CONSEF devolvesse sua situação no regime SIMBAHIA, com efeito retroativo a partir de 01/01/06, o que neutraliza a exigência fiscal.

Alegou também que realiza vendas a pessoas físicas e jurídicas, mas que vende a consumidor final, independente da quantidade comercializada e destinação, o que foi contestado pela auditora que prestou a informação fiscal.

Conforme esclarecido pela informante, e apreciado nas preliminares de nulidade, o Decreto nº 9.760, de 18/01/06, estabeleceu restrições a adoção do regime SimBahia, para as empresas que se dedicasse à atividade de comércio atacadista (art. 399-A, II, “k” item 2 do RICMS/BA).

Ao contrário do que foi afirmado pelo defensor, o documento juntado pela autuante às fls. 15 e 16, demonstra que o recorrente estava inscrito no cadastro de contribuintes da SEFAZ em 2005 e 2006, com o Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) 4689399 – Comércio atacadista especializado em outros produtos não especificados e por força do Dec. 9.760/06 foi desenquadrada do regime SimBahia, passando a condição do regime normal a partir de 01/01/06, de acordo com o histórico de condição juntado à fl. 11.

O próprio contribuinte juntou com a defesa às fls. 192 e 193, petição feita ao CONSEF relativo ao Processo 9000000526/06-2, tendo reconhecido na alínea “f” que: “Desenquadrada de ofício do regime de SIMBAHIA, não lhe restou opção senão apurar o ICMS pelo regime normal e apresentar sua DMA, como assim o fez, todavia não se conformando, motivos pelo qual ingressou com o manifesto citado na alínea “e”, na qual manifestou sua inconformidade com o regime que lhe foi imposto, tendo em seguida informado que o Fisco indeferiu o seu pleito.

Quanto ao argumento defensivo de que exerce efetivamente atividade de comércio varejista e não de atacadista, entendo que a partir do momento que foi desenquadrado de ofício do regime simplificado de apuração do imposto, caberia ao impugnante adotar as providências necessárias para mudança do seu CNAE, de acordo com a atividade econômica que efetivamente exercia e se comprovado e acatado pela administração tributária, retornar ao cadastro simplificado. Procedendo como agiu, o recorrente assumiu o risco e a responsabilidade pelo pagamento do imposto exigido nesta infração.

Por tudo que foi exposto, concluo que o impugnante foi desenquadrado de ofício do regime de SimBahia a partir de janeiro/06, em decorrência da sua atividade econômica e tendo apurado a partir daquela data o ICMS pelo regime normal no seu livro de RAICMS, conforme prova os documentos juntados pela autuante às fls. 71 a 83, e recolhido deliberadamente o imposto pelo regime SimBahia, ficou caracterizada a infração. Portanto, considero correto o procedimento da fiscalização, conforme demonstrativo acostado à fl. 70, no qual deduziu do valor mensal apurado pelo regime normal o valor recolhido fixo de R\$270,00 como Microempresa. Infração subsistente.”

Em sede de Recurso Voluntário afirma o recorrente que a questão a ser examinada na lide diz respeito, preliminarmente, ao ato administrativo que antecedeu o presente lançamento fiscal.

Informa que até o mês de dezembro/05, estava cadastrada na SEFAZ/BA como microempresa (Faixa 5) e usufruía dos benefícios do regime do SimBahia, tendo sido notificado, de ofício, pela Inspetoria a alteração de sua atividade de “varejista” para “atacadista” e, consequentemente, excluído do SimBahia, conforme documentos de nº 03 (fls. 192/196).

Entretanto, sustenta que o ato administrativo de sua exclusão do SimBahia encontra-se eivado de nulidade absoluta, não produzindo nenhum efeito legal, nos termos do art. 18, I e art. 53, § 2º, do RPAF/BA. Afirma que a norma atribuía ao Inspetor Fazendário à competência de proferir Decisão no processo administrativo, mas que o ato foi praticado pelo Coordenador de Crédito e Cobrança, autoridade incompetente para tal, o que o contaminava de nulidade absoluta. Requer que o CONSEF declare a nulidade do ato, o que resultará na devolução da sua situação ao regime SimBahia, com efeito retroativo a partir de 01/01/06.

Apresenta quadro demonstrativo de como recolheu o imposto no exercício de 2006 e afirma não ser devedor do imposto neste exercício.

Advoga, em seguida, que, se ainda o ato administrativo sobrevivesse ao vício insanável de nulidade, não teria o condão de transmudar a natureza jurídica do contribuinte, nos termos do art. 110 do CTN, dado o conceito de “atacadista” que é intermediário que vende a outro comerciante, o qual por sua vez vende ao consumidor final. Transcreve o conceito de “atacadista” descrito no dicionário de Antônio Housais e ressalta que o “varejista” é quem vende ao consumidor final (pessoa física ou jurídica), independente da quantidade comercializada. Salienta que esse entendimento é esposado pelo próprio Fisco Estadual no Parecer 5815/06 (Doc 04 - fls. 198/199), amparado na Resolução nº 02/02, aprovada pelo CONCLA, que textualmente diz que “o comércio varejista, por sua vez, comprehende as atividades de revenda de mercadorias novas ou usadas, em loja ou não realizadas em loja, preponderantemente para o consumo pessoal ou domiciliar”.

Ressalta que os artigos 107 e 110 do Código Tributário Nacional (CTN) vedam à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos de direito público e privado de forma a definir ou limitar competências tributárias e diz que no caso em exame tem como atividade o comércio varejista de fogos e a realização de eventos pirotécnicos, sendo efetivada a venda de produtos ou prestação de serviços diretamente a consumidor final. Indivíduo, portanto, que é estabelecimento varejista, conforme consta no seu contrato social e das notas fiscais emitidas (Doc 06 - fls. 204/207 e Doc 07 – fls. 208/419).

Requer, por fim, a nulidade do lançamento fiscal e caso superada a sua improcedência para que seja devolvida a sua condição de optante do SimBahia com efeito retroativo a 01/01/06.

Em manifestação (fls. 464/466), a PGE/PROFIS após descrever a infração motivadora do Recurso Voluntário e os argumentos apresentados pelo recorrente, observa que a questão a ser examinada no presente lançamento diz respeito ao ato de desenquadramento do contribuinte do SimBahia, em razão da sua mudança de condição de varejista para atacadista, fato anterior a lavratura do Auto de Infração.

Transcrevendo as determinações do art. 6º, XI, “b”, da Lei nº 9.837/05 e art. 399-A, II, “k”, do RICMS/BA, entende que o cerne da questão em pauta reside na definição da natureza da atividade comercial desenvolvida pelo autuado, se de atacadista ou varejista, já que este foi o fato que ensejou o seu desenquadramento, consoante determinação das normas transcritas.

Diz que em abono ao argumento do recorrente de que sua atividade comercial é de varejista e não atacadista encontra-se apensado aos autos (juntados pelo recorrente) cópias de notas fiscais de venda na qual realiza operações para empresas que, notadamente, são consumidoras finais e não revendedoras de fogos, a exemplo de hotéis, prefeituras, empresas de eventos, empresas farmacêuticas etc. Afora que a empresa apresentou documento relativo ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (Receita Federal - fl.202), no qual está atestada sua condição de varejista cadastrado desde 03/11/2005, portanto, antes da alteração da legislação estadual, conforme mencionada e a alteração contratual da sociedade (fl. 204), que alterou o objeto social da empresa para varejista, com registro na Junta Comercial do Estado da Bahia em 13/07/2004.

Em contra partida, a fiscal autuante apenas anexou ao PAF notas fiscais de compras (fls. 88 e seguintes), tendo em vista que a empresa, quando intimada pela fiscal a apresentá-las, alegou que as mesmas foram extraviadas (fl.164). Todavia, trouxe aos autos as referidas notas extraviadas quando de sua defesa.

Em assim sendo “*como não restou seguramente configurado na presente ação fiscal que as operações realizadas pela empresa são de comerciante atacadista ou varejista, e como constam dos autos elementos supostamente probantes de que o contribuinte exerce atividade comercial varejista, muito embora realize vendas para pessoas jurídicas, restou demonstrado através das notas arroladas que tais entes são de consumidores finais, e diante da atual controvérsia judicial em derredor da matéria miativa ao desenquadramento, sugiro a realização de diligência para averiguar a situação do contribuinte*”.

Acrescenta, ainda, que como as notas fiscais juntadas foram feitas por amostragem, vê a necessidade de uma análise mais detalhada por fiscal estranho ao feito ou pela própria ASTEC/CONSEF, dos demais documentos fiscais que não foram arrolados, *atestando se as operações praticadas pelo contribuinte são predominantemente de atacado ou varejo, haja vista que, data máxima vénia, dissentimos do entendimento esposado na informação fiscal de que a atividade do autuado é atacadista, simplesmente porque as suas vendas são para pessoas jurídicas*. Ressalta, em seguida, que a Resolução CONCLA nº 2 ao definir o comerciante varejista afirma que o mesmo realiza vendas para consumidores finais, não excluindo desse grupo as pessoas jurídicas.

Esta 2ª CJF (fl. 489) em atenção à solicitação feita pela PGE/PROFIS, bem como em obediência ao princípio da verdade material, encaminha os autos à ASTEC/CONSEF solicitando que fiscal estranho ao feito, a partir dos documentos fiscais que se encontram em poder da empresa e correspondente escrita, verifique no curso do exercício fiscal de 2006:

- a) Se o autuado exercia atividade comercial de venda por atacado ou por venda a varejo, identificando, inclusive, qual o percentual de vendas a pessoas físicas e a pessoas jurídicas;

b) Quanto às operações que destinaram mercadorias a pessoas jurídicas, verificar, pela natureza dos destinatários, se os itens comercializados se destinavam ao uso ou consumo ou se a empresa autuada promovia, com habitualidade, vendas de produtos para fins de nova comercialização.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 107/10, fiscal estranho ao feito informou que intimou o contribuinte à apresentar os dados e documentos necessários à realização da diligência solicitada, conforme Intimação Fiscal à fl. 494.

Que, com base nos demonstrativos e notas fiscais apresentadas (fls. 494/709), constatou não ter havido vendas por atacado, mas somente vendas a varejo. E, por se tratar de empresa especializada em shows pirotécnicos, todas as suas vendas são para uso e consumo, inclusive as vendas feitas para pessoas jurídicas (prefeituras, hotéis, colégios, shoppings, clínicas, igrejas) que contratam os serviços do recorrente para eventos comemorativos, como festas de fim de ano, festas juninas, festas de padroeiros, eventos políticos, etc. Assim, apesar do recorrente realizar vendas à pessoas jurídicas, não as realizam com o intuito de comercialização, conforme provam as notas fiscais apresentadas.

Conclui o Parecer afirmando: *Após análise dos documentos apresentados pelo recorrente, verificamos que por se tratar de empresa especializada em shows pirotécnicos (feitos com fogos), as vendas realizadas pelo recorrente, mesmo feitas a pessoas jurídicas, não são vendas para nova comercialização e sim para uso e consumo das empresas compradoras.*

O recorrente e o fisco estadual tomaram conhecimento da diligência levada a efeito, mas não se pronunciaram (fls. 713/715).

Em seu opinativo jurídico, a PGE/PROFIS (fls. 717/718) após relatar suscitamente todos os fatos da presente demanda, inclusive acerca do Parecer anteriormente exarado e das conclusões a que chegou o diligente fiscal, manifesta seu entendimento no sentido de que o “*autuado não se encontra nas situações de impedimento para adoção do SIMBAHIA, previstas no artigo 6º, XI da Lei 7357/98, c/c art. 399-A, II, k, item 2 do RICMS, consequentemente, não poderia ter sido desenquadrado do mencionado regime.*

Portanto, pertence razão ao autuado quanto à improcedência da infração descrita no item 02 do lançamento.

Assim, os argumentos do recorrente são suficientes para modificar a Decisão recorrida no tocante à infração 02, pelo que, opinamos pelo conhecimento e provimento do Recurso voluntário interposto”.

Em despacho, a procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA adotando os fundamentos expostos no Parecer exarado pela procuradora do Estado Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, o ratifica na sua inteireza e devolve o PAF a esta 2ª CJF para julgamento (fl. 725).

VOTO

A infração 2, objeto do Recurso Voluntário, trata da exigência do ICMS que deixou de ser recolhido, mensalmente, pelo contribuinte nos meses de fevereiro a dezembro de 2006.

Consta dos autos que o contribuinte foi desenquadrado de ofício do regime simplificado de apuração do ICMS por exercer atividade comercial incompatível com o benefício do SimBahia, conforme ato administrativo específico, ato este respaldado no Decreto nº 9760/06 que promoveu alteração no RICMS.

O recorrente, preliminarmente, entende que o ato administrativo que o desenquadrou do SimBahia encontrava-se eivado de nulidade absoluta, uma vez que a norma legal atribuía ao Inspetor Fazendário tal Decisão (art. 18, I e art. 53, § 2º, do RPAF/BA) e jamais, por absoluta

incompetência legal, ao Coordenador de Crédito e Cobrança. Afora tais colocações, ainda entendeu haver impossibilidade deste ato administrativo alterar a natureza jurídica do contribuinte.

Neste sentido não posso concordar com o recorrente.

Ressalto que as determinações do § 2º, do art. 53, do RPAF/BA tratam de disposições concernentes à análise e Decisão de uma Notificação Fiscal e não do desenquadramento de um contribuinte do SimBahia. A norma legal a respeito do desenquadramento de ofício de uma empresa desse regime simplificado encontra-se inserida no Art. 406-A, do RICMS/BA que, em qualquer momento, dava exclusividade ao Inspetor Fazendário para expedir e assinar o ato. E, além do mais, ele foi realizado com respaldo em determinações de lei, conforme adiante se expõe. Em assim sendo, não se pode aventar como causa motivadora de nulidade da ação fiscal o que dispõe o art. 18, I, do RPAF/BA, já que o ato foi expedido por autoridade competente para praticá-lo.

A Lei nº 9.837 de 19/12/05, no seu art. 7º, alterou o art. 6º, XI, da Lei nº 7357/98 (que instituiu e disciplinava o Regime Simplificado de Apuração do ICMS — SimBahia) passando a não mais permitir que um contribuinte com atividade de “atacadista” pudesse optar pelo SimBahia (art. 6º, XI, II, “b”). Estas determinações foram inseridas no RICMS/BA através do Decreto nº 9.360/06 (art. 399-A, inciso II, alínea k, item 2). E para que houvesse uniformidade de procedimentos, já que existiam contribuintes com atividade de “atacadista” no SimBahia, acrescentou no seu art. 8º que:

“A empresa optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, que se dedique a qualquer das atividades previstas nas alíneas “b”, “c”, “d” e “e” do inciso XI do caput do art. 6º da Lei nº 7.357, de 04 de novembro de 1998, serão enquadradas de ofício na condição de normal, a partir de 1º de janeiro de 2006.”

Em assim sendo, não foi um ato administrativo que alterou a condição do recorrente de empresa enquadrada no SimBahia para empresa com apuração do ICMS pelo regime normal e sim a lei. O RICMS/BA apenas obedeceu à lei (art. 405-A, II, “a”)

Pelo exposto, as preliminares de nulidades apresentadas ficam afastadas.

O cerne da questão do presente processo prende-se ao conhecimento efetivo se o recorrente poderia ter sido desenquadrado do SimBahia, já que alega ele não ter atividade de “atacadista” e sim de “varejista”. A base motivadora desse desenquadramento foi este fato.

O recorrente, para consubstanciar seus argumentos, diz ter por atividade o comércio varejista de fogos e a realização de eventos pirotécnicos e que em todas essas situações, seus produtos e serviços são vendidos a consumidores finais. Traz à lide para provar o que alega: cópia do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (fl. 202), onde consta sua situação de “varejista” naquele órgão federal desde 03/11/2005, cópia da alteração contratual da sociedade (fl. 204), que alterou o objeto social da empresa para “varejista”, com registro na Junta Comercial do Estado da Bahia em 13/07/2004 e notas fiscais de vendas, e por amostragem onde se constata que as vendas, nelas consignadas, foram realizadas para prefeituras, colégios, hotéis, clínicas médicas e empresas cuja atividade comercial não são condizentes com o negócio de fogos de artifícios (ex: Basf S/A, Xodó Eventos e Editora Musical Ltda., B. Ferraz Comunicação P. Ltda., etc – fls. 210/419), presumindo-se, neste sentido, serão as mesmas consumidores finais.

Por outra banda, a autuante, diante da recusa do contribuinte em apresentar as notas fiscais de vendas (ditas extraviadas – fl. 164), pautou o lançamento fiscal nas notas fiscais de aquisições e no fato da empresa ter sido, anteriormente, desenquadrada do SimBahia.

Afora tais considerações, ressalto de que a Comissão Nacional de Classificação – CONCLA, ligada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da Resolução do Presidente nº 2 aprovou as definições e normas de aplicação da Classificação Nacional de Atividades Econômicas-Fiscais referentes ao comércio atacadista e varejista, definindo o que seja “comércio atacadista” e “comércio varejista” e não exclui da definição do comerciante varejista aquele que realiza vendas às pessoas jurídicas quando consumidores finais (fls. 422/423 dos autos).

Para que a verdade material dos fatos surgisse, a PGE/PROFIS solicitou a este Colegiado, no que foi acatado, que fiscal estranho ao feito buscasse os demais documentos fiscais e os analisassem.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 107/2010, ficou provado que o contribuinte, no período fiscalizado, não realizou vendas, mesmo feitas a pessoas jurídicas, para nova comercialização e sim, para uso e consumo das empresas compradoras. Também ficou provado de que o recorrente é empresa especializada em shows pirotécnicos, sendo contratada para a realização de eventos comemorativos, a exemplo de festas de fim de ano, festas juninas, festas de padroeiros, eventos políticos, etc.

Diante de todas estas provas, somente posso me alinhar com o opinativo exarado pela Douta PGE/PROFIS. A empresa, de fato, exercia, no período fiscalizado, a atividade de “comércio varejista” e não de “comércio atacadista”, sendo que, nesta situação, o desenquadramento levado a efeito foi realizado de forma equivocada.

Sendo equivocado e como foi a base motivadora do presente lançamento fiscal em relação à infração 2, esta não pode subsistir.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para julgar improcedente a infração 2 do presente Auto de Infração. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores efetivamente recolhidos em relação às demais infrações do presente processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102104.0046/06-9, lavrado contra **R.A. PIROTECNIA E EVENTOS LTDA. (BAHIA PIROTECNIA E EVENTOS)**, no valor total de **R\$15.313,71** acrescido das multas de 60% sobre R\$1.549,22 e 50% sobre R\$13.764,49, previstas no art. 42, incisos II “d” e I, “b”, itens “1” e “3”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XIX da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS