

A. I. Nº - 299164.0147/09-9
AUTUADO - DIALTA MATERIAIS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO CÉZAR RIOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-03/11

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. SIMBAHIA. REENQUADRAMENTO SEM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INCERTEZA QUANTO AO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. Ultrapassado o limite de receita bruta previsto para o estabelecimento enquadrado em faixa de recolhimento no regime de apuração simplificado SIMBAHIA, pode ser feito reenquadramento de ofício, e o contribuinte estaria obrigado a tomar as providências para o seu reenquadramento na faixa adequada. Contudo resta provado, nos demonstrativos do levantamento fiscal acostados aos autos, a existência de dados numéricos conflitantes acerca da receita bruta e da receita bruta ajustada, do sujeito passivo, implicando em falta de certeza acerca da regularidade do reenquadramento realizado por esta SEFAZ, bem como acerca da ocorrência da infração imputada. Acolhida a arguição de nulidade em relação à Infração 01. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Infração parcialmente elidida. Realizada diligência pelo fiscal autuante, foi indeferido o pedido de realização de diligência por fiscal estranho ao feito. Refeitos os cálculos, foi reduzido o débito originalmente lançado. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas em relação à Infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 18/05/2009 para exigir ICMS no valor total de R\$27.552,04, acrescido da multa de 50%, em decorrência de duas infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP enquadrada no regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA no período de janeiro/2004 a agosto/2005, e de abril a dezembro/2006. Demonstrativos às fls. 13 a 15. ICMS no valor de R\$18.966,85.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e de EPP - SIMBAHIA, referente a aquisições provenientes de fora do Estado. Período de outubro/2004 a dezembro/2006. Demonstrativos e cópias de primeiras vias de notas fiscais às fls. 16 a 142. ICMS no valor de R\$8.585,19.

À fl. 03, o Fisco acosta Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, com Recibo de Devolução incluindo o livro Registro de Empregados, dos exercícios fiscalizados. Às fls. 09 a 12, Declarações e tabelas do sujeito passivo com os dados de faturamento mensal, entradas e saídas, relativos aos exercícios de 2004 a 2006.

O contribuinte, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 169, impugna o lançamento de ofício às fls. 146 a 163 inicialmente descrevendo as imputações, e arguindo preliminar de nulidade alegando cerceamento ao seu direito de defesa porque não lhe foram apresentados os papéis de trabalho, demonstrativos fiscais e notas fiscais oriundas do sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT.

Disserta acerca do princípio do contraditório e da estrita legalidade, dos princípios do Direito Administrativo, cita textos de juristas, dispositivos da Constituição da República, e artigos 18, 41 e 46, estes do RPAF/99. Indaga como se defenderia se não sabe como foram efetuados os cálculos, e nem sequer quais as operações de compras de fora do Estado em que está sendo exigido o ICMS por antecipação parcial.

No mérito, em relação à Infração 01, alega que teria havido erro no cálculo do ICMS devido porque o Fisco exige o imposto dele, contribuinte, como Empresa de Pequeno Porte nos exercícios de 2004 e de 2005, mas que a empresa não teria ultrapassado o teto para ser enquadrado como microempresa no exercício de 2003, que aduz que seria de R\$240.000,00. Que, assim, a empresa deveria ter recolhido ICMS na condição de microempresa no período de janeiro/2004 até março/2005.

Diz que o Fisco ter-se-ia equivocado ao interpretar a legislação pertinente, porque o artigo 384-A, §9º, c/c artigo 335, ambos do RICMS/BA, “diz claramente que o reenquadramento de ofício dos contribuintes optantes pelo SimBahia se dará no mês subsequente ao prazo de entrega da DME, ou seja, *in casu* em março de 2006”, e não a partir de janeiro/2004 porque ele, contribuinte, “só supera o teto das empresas enquadradas como microempresa em 2005, cuja entrega da DME só ocorrerá em fevereiro de 2006. Assim, só a partir de março de 2006 o autuado/requerente deveria recolher o ICMS na qualidade de Empresa de Pequeno Porte.”

Copia o artigo 384-A e incisos I a II, e §5º, e artigo 387-A, ambos do RICMS/BA, e diz que só seria ultrapassado o limite para microempresa quando esta ultrapassasse o valor de R\$288.000,00 de receita bruta ajustada.

Que nos meses de janeiro/2004 a fevereiro/2006 o ICMS deveria ser calculado como devido por microempresa, porque a sua receita bruta ajustada só superaria o limite de R\$288.000,00 na da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - DME do exercício de 2005, e que ele, autuado, só poderia ser reenquadrado de ofício no mês subsequente ao do prazo de entrega da DME, que seria em março/2006, conforme §9º do artigo 384-A, combinado com o artigo 335, ambos do RICMS/BA.

Diz que o ato da SEFAZ foi arbitrário e ilegal.

Aduz que o autuante ter-se-ia equivocado ao calcular a sua receita bruta ajustada com base em declarações inexatas que registram apenas o suposto valor total de saídas e de entradas da empresa e cujos valores de entrada não estão subscritos por seu representante legal, o que apontaria uma diferença indevida, o que diz que irá demonstrar. Que não considerou as devoluções e as aquisições de mercadorias e de serviços, o que afirma que provará.

Fala que o autuante não teria computado todos os empregados para cálculo do abatimento a título de incentivo ao emprego, o que diz que provará documentalmente. Copia o artigo 8º, incisos I e II, da Lei nº 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA), e pede que seja considerado o “bônus” a que faz jus conforme seu número real de empregados.

Cita decisão de tribunal acerca de tributação com base em presunção. Afirma que seus livros e documentos estão à disposição da ASTEC para que essa Assessoria Técnica possa retificar os erros cometidos pelo Autuante.

Pede diligência por fiscal estranho ao feito.

Quanto à Infração 02, diz que o autuante teria incluído notas fiscais do sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT que não estão acostadas ao processo. Afirma que o Fisco ignora os valores pagos, e as devoluções de mercadorias, para cálculo do imposto devido.

Que o Fisco considerou que houve recolhimento a menos do imposto devido por antecipação parcial, mas que não trouxe ao processo Documentos de Arrecadação Estadual - DAES, nem notas fiscais de entradas referentes à imputação. Que a imputação não teria prova material.

Cita juristas, copia o inciso IV, “alínea a”, do artigo 18; artigo 2º, artigo 41, inciso II, todos do RPAF/99, e diz que o ato do Fiscal seria nulo.

Diz que “A verdade é que muitas das notas fiscais apontadas pelo autuante nos seus demonstrativos, carreados ao auto de infração em tela, não tiveram a efetiva entrada para revenda no estabelecimento da autuada, em face do retorno e / ou da devolução das mercadorias, ou já teve o ICMS recolhido mediante pagamento, o que não justifica o recolhimento do ICMS por antecipação parcial.”

Em relação às notas fiscais oriundas do sistema CFAMT, aduz que não há comprovação de que as teria recebido, e elenca o que entende como provas. Copia textos de jurista. Pede que sejam excluídas, dos demonstrativos fiscais, as notas fiscais de entradas oriundas de outros Estados da Federação e os valores (devolução parcial) referentes a retornos e a devoluções. Pede a exclusão também dos valores já recolhidos ao erário.

Conclui pedindo, alternativamente, a declaração de nulidade, ou o julgamento pela procedência parcial da autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 177 e 178 expondo que a arguição defensiva quanto à nulidade não se aplica ao presente Auto de Infração porque o autuado teve devolvida a sua documentação (fl. 08), e que a documentação atinente à ação fiscal foi acostada ao Auto de Infração, e não à Informação Fiscal. Que a matéria tributária está adequadamente descrita, tendo sido respeitados os princípios da legalidade e da publicidade, e assegurado o direito de contraditório e de ampla defesa.

Que o contribuinte teve, e tem, a oportunidade e o direito de produzir provas a seu favor, e tudo o mais que julgue justo, e não apenas basear-se, como fez, em alegações, sem trazer provas aos autos, o que aduz que tem objetivo protelatório.

Conclui pedindo o julgamento pela procedência da autuação.

Na busca da verdade material, e para garantir o direito de ampla defesa do contribuinte, esta 3ª Junta deliberou, em pauta suplementar, por converter este processo em Diligência à INFAZ de origem, às fls. 181 e 182, para que o autuante: analisasse a impugnação apresentada e verificasse se procediam os argumentos defensivos quanto à totalidade, ou a parte, dos dados que o contribuinte apontara em sua impugnação, e à totalidade das operações objeto da ação fiscal corrigindo, se necessário, os dados numéricos apurados conforme previsto na Lei nº 7.357/98 (SIMBAHIA), e nos artigos do Capítulo IV do Título III do RICMS/BA, em sua redação vigente à época dos fatos objeto das imputações. Que, caso necessário, elaborasse novos demonstrativos para as Infrações 01 e 02.

Foi determinado também que a INFAZ de origem, após o atendimento, pelo autuante, das providências solicitadas, entregasse ao contribuinte cópia dos documentos de fls. 13 a 142; da Informação Fiscal de fls. 177 e 178; daquela Diligência; e dos novos documentos e novos

demonstrativos acostados ao processo pelo preposto fiscal em seu atendimento, reabrindo o prazo de defesa do sujeito passivo.

Em atendimento à Diligência o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 184 e 185 inicialmente descrevendo as imputações e em seguida aduzindo que o contribuinte alegou nulidade e também cerceamento ao direito de defesa, fato que resultou em nova intimação com trinta dias de prazo.

Relata que toda a documentação geradora do Auto de Infração foi entregue a procurador da empresa Dialta, que assinou o termo de entrega de documentos na mesma data da intimação, em 18 de setembro de 2009. Que todas as planilhas foram devidamente assinadas por ambas as partes, ele, Auditor Fiscal, e o Procurador da Dialta, “que realizaram a presente conferência.” (documentos de fls. 187 a 195).

Que o procurador da Dialta, que antes considerava a possibilidade de algumas destas notas terem sido objeto de devolução, fez uma declaração em 2 de outubro de 2009, na qual expôs que as notas fiscais de devolução não foram encontradas, declaração esta anexada à fl. 186. Que ele, autuante, tomou ciência deste fato no dia 18 de outubro de 2009, conforme recibo apostado nesta Declaração do contribuinte, à fl. 186.

Que a matéria tributária está adequadamente descrita e o conseqüente enquadramento legal das infrações, pelo que o ato administrativo cumpriu os princípios da legalidade e da publicidade, tendo sido assegurado, ao contribuinte, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Que o contribuinte teve e tem a oportunidade, e o direito, de produzir provas a seu favor, e tudo mais que se fizer necessário, que julgue justo.

Conclui pedindo o julgamento pela procedência da autuação, por não haver fato novo que se oponha ao Auto de Infração.

O autuante acosta, à fl. 186, Declaração do contribuinte; à fl. 187, Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais assinada pelo autuado em 18/09/2009; a fl. 188, Recibo de Devolução de livros e documentos ao contribuinte em 18/09/2009; às fls. 189 a 195, demonstrativos do levantamento fiscal.

Em cumprimento à Diligência desta 3ª Junta, a INFAZ de origem acosta, às fls. 200 e 201, comprovante de entrega, ao sujeito passivo, de todas as cópias de documentos conforme determinado, reabrindo-lhe o prazo para apresentação de impugnação ao lançamento de ofício.

O contribuinte apresenta nova impugnação ao lançamento fiscal às fls. 203 a 215 inicialmente descrevendo as imputações e, em seguida, repetindo os termos da impugnação anterior em relação ao mérito das infrações 01 e 02, às alegações de nulidade da autuação e ao teor do pedido inicial.

O contribuinte acosta, ao processo, documentos de fls. 216 a 291, planilhas com dados de entradas, de saídas, e dados de DMEs, com cálculos acerca de sua receita bruta; às fls. 292 a 297, cópias de DMEs; às fls. 298 a 301, cópias dos demonstrativos do levantamento fiscal já acostados pelo Fisco às fls. 192 a 195.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 304 e 305 expondo que o débito relativo à Infração 01 foi reduzido para R\$16.675,17, conforme novo demonstrativo de débito que acosta. Que o contribuinte apresentou, nas planilhas de fls. 216 a 291, e relatórios de emissão de DME, uma realidade cadastral diversa da encontrada no histórico da sua situação cadastral nos sistemas desta SEFAZ. Que com isto o sujeito passivo buscava reduzir valores, à sua conveniência. Que no histórico cadastral do autuado nesta SEFAZ o mesmo encontrava-se na condição de Empresa de Pequeno Porte até 31/08/2005, e com microempresa nível 5 no período de setembro/2005 a março/2006 (fl. 216).

Quanto à Infração 02, aduz ter elaborado e anexado novo demonstrativo de débito excluindo da base de cálculo as notas fiscais não materializadas nos autos, reduzindo o crédito tributário para R\$8.409,57.

Conclui pedindo pelo julgamento com base na legislação pertinente.

O preposto do Fisco acosta, ao processo, documentos de fls. 306 a 317, que consistem em novos demonstrativos de apuração do débito, cópias de Intimação Fiscal, de histórico cadastral do contribuinte emitido pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, e Recibo do autuado confirmando que o mesmo recebeu tais demonstrativos e também cópia de seu histórico cadastral nesta SEFAZ (fl. 309).

O autuado ingressa com a terceira impugnação às fls. 319 e 320 aduzindo que vem aos autos apresentar manifestação acerca da intimação referente ao Auto de Infração em lide. Diz que o preposto do Fisco Estadual o intimou para apresentar-lhe novos papéis de trabalho das Infrações 1 e 2.

Quanto aos novos papéis de trabalho da Infração 01, apresentados pelo Fiscal Autuante, ressalta que a divergência em relação aos dados apresentados por ele, autuado, gira em torno não da base de cálculo, ou seja, da Receita Bruta do Mês, mas das alíquotas ou valores fixos, segundo interpretação dada aos artigos 384-A e 335 do RICMS/BA.

Que, para cálculo do imposto, o fiscal autuante não considera a DME do exercício anterior para enquadramento fiscal do contribuinte, conforme afirma que reza o §9º do artigo 384-A do RICMS/BA, que copia, e teria elaborado, assim, demonstrativos divergentes do que a Lei Tributária determinara.

Quanto aos novos papéis de trabalho da Infração 2, afirma perceber que o Fiscal autuante, aparentemente, concordara com a impugnação apresentada por ele, contribuinte, e excluía, de seus demonstrativos de cálculo da antecipação parcial do imposto, as notas fiscais não acostadas aos autos.

Diz que no que se refere aos documentos solicitados na intimação fiscal, ressalta que as relações de vendas já foram acostadas aos autos, as DMEs já foram apresentadas e não possuiriam qualquer erro que merecesse retificação e que todas as notas fiscais de entrada já foram apresentadas no início da fiscalização e relacionadas, segundo demonstrativo já anexado aos autos.

Que ele, contribuinte, por ser enquadrado no regime SIMBAHIA, não seria obrigado a escriturar o livro Registro de Utilização de Documentos de Fiscais; que os comprovantes do ICMS SIMBAHIA e DAES, comprovantes de pagamento do imposto, podem ser obtidos no próprio sistema desta SEFAZ, “não sendo alvo, para tanto, de qualquer questionamento.”

Conclui aduzindo requerer a designação de Fiscal estranho ao feito para que fosse recalculado o imposto lançado na Infração 01 considerando, para tanto, o seu enquadramento fiscal “determinado na DME do exercício anterior, bem como o mês de sua entrega”, e para que fosse conferido, na Infração 02, se o autuante excluía todas as notas fiscais não anexadas aos autos, conforme a impugnação ao lançamento fiscal.

O contribuinte acosta documentos de fls. 321 a 328.

O processo foi encaminhado para julgamento e, em sessão, o representante do contribuinte alegou, dentre outros pontos, inclusive relativos aos valores de seu faturamento mensal, que ele, sujeito passivo, não tomara conhecimento de seu reenquadramento do mês de dezembro/2003, e dos demais reenquadramentos realizados por esta SEFAZ entre os meses de dezembro/2003 e de dezembro/2006.

Às fls. 333 e 334, considerando as alegações defensivas, os documentos do processo, inclusive os dados relativos a receita bruta mensal nas planilhas do levantamento fiscal, e na busca da

verdade material, esta 3ª JJF deliberou, na sessão de julgamento, por converter o processo em diligência para que a INFAZ de origem informasse se o contribuinte fora cientificado de seus reenquadramentos no período de dezembro/2003 e de dezembro/2006, acostando ao processo os documentos que comprovassem estas científicações. Que, após o atendimento do quanto solicitado, fosse fornecida cópia daquela Diligência e dos novos documentos acostados ao processo ao contribuinte e ao autuante, concedendo-lhes o prazo de dez dias para pronunciarem-se a respeito.

Às fls. 336 e 337 o autuante se manifesta expondo que, na DME 2002 enviada pelo autuado, o contribuinte informa valor de saídas de R\$345.502,13, e de entradas de R\$15.447,65, o que o qualifica como EPP. Transcreve os artigos 20, 21 e 23, todos da Seção VI (Da Exclusão do Regime) da Lei nº 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA), e os artigos 398-A e 403, ambos do RICMS/BA, Seção I-A (Do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA), textos de legislação vigentes até 30/06/2007.

Aduz que, diante de tais textos normativos, conclui que, dentro das faixas do Regime SIMBAHIA, inexistindo a exclusão desse regime, não havia necessidade de comunicação de mudança de faixa de enquadramento para o contribuinte, nem previsão legal para esta comunicação de ofício. Que tal comunicação apenas era prevista quando houvesse a mudança do contribuinte para outro modo de tributação, ou a sua exclusão do regime SIMBAHIA.

O preposto do Fisco acosta documentos às fls. 338 a 342, que consistem em cópia da DME 2002 e dos dados Cadastrais do autuado, ambos emitidos pelo sistema INC/SEFAZ.

O contribuinte foi intimado da Diligência e recebeu os documentos respectivos, conforme fls. 343 e 344 dos autos.

O sujeito passivo manifesta-se às fls. 346 a 349 relatando os termos da diligência de fls. 343 e 344, e da Informação Fiscal prestada em seu atendimento. Diz que tal Diligência visava à garantia do direito de ampla defesa. Copia textos do RPAF/99, e da Constituição da República, cita juristas, e indaga como saberia que valor recolher ao erário, se não sabia a sua faixa de enquadramento.

Diz que, caso este Conselho entenda devido o reenquadramento de ofício do contribuinte sem sua intimação, convém destacar que o Fisco considerou a DME de 2002 para fins de reenquadramento do contribuinte autuado e apuração do imposto, conforme informação fiscal prestada de fls. 336 e 337.

Que, entretanto, o período fiscalizado é de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, devendo, assim, serem consideradas as DMEs de 2003, de 2004 e de 2005, e não a de 2002, para fins de reenquadramento do contribuinte, cujos efeitos devem ser produzidos no mês subsequente à entrega da referida DME, conforme estabelece o RICMS/BA, cujo artigo 384-A, §9º, copia. Que, da análise das DMEs de 2003 a 2005, que anexa aos autos, percebe-se que o reenquadramento da empresa autuada somente seria devido a partir de abril de 2006, pois a sua Receita Bruta Ajustada só supera o teto das microempresas em 2005, e que os efeitos do reenquadramento somente se operariam no segundo mês subsequente ao prazo estabelecido para entrega da referida DME. Copia o artigo 355 do RICMS/BA.

Pede que seja designado fiscal estranho ao feito para que seja recalculado o imposto devido da Infração 01 considerando-o, para tanto, na condição de microempresa. Ou, caso entenda este Conselho, como devido, o seu reenquadramento de ofício sem sua intimação, que seja considerado o seu enquadramento fiscal conforme determinado na DME do exercício anterior do exercício fiscalizado, com efeitos a partir do segundo mês de sua entrega, consoante argumentado.

O contribuinte acosta cópias das DMEs 2003 a 2005 às fls. 350 a 356.

O preposto fiscal pronuncia-se às fls. 358 e 359, inicialmente expondo ter sido assegurado o contraditório, em observância ao rito adequado e aos procedimentos da fiscalização, tendo

também sido dada a oportunidade de esclarecer dúvidas, jamais tendo ocorrido cerceamento de defesa, tendo sido também assegurada a oportunidade de esclarecer, e de constituir prova de direito.

Expõe que o contribuinte, na tentativa de impugnar a forma de apuração do débito lançado de ofício, entendeu ter que haver comunicação para mudança do enquadramento, mas que não se trata de mudança do enquadramento, já que o contribuinte manteve-se na mesma faixa, e não ocorreu a saída do SIMBAHIA. Que o contribuinte considerar o envio das DMEs como meio de prova suficiente e robusta é injustificável, já que a DME tem finalidade estatística, que objetiva prestar informações econômico-fiscais, e sem caráter homologatório. Que a Fazenda Estadual precisa ser provocada pelo contribuinte para assegurar o cumprimento do Direito, visando à segurança do Estado. Que o contribuinte deveria indicar, da legislação do SIMBAHIA, o artigo alusivo ao fato gerador, revelando ser o responsável pela informação conflitante, e assim se estaria atendendo ao princípio da estrita legalidade.

Conclui pedindo o julgamento do Auto de Infração conforme a legislação pertinente.

O processo foi encaminhado para julgamento e, em sessão, o representante do contribuinte voltou a alegar, dentre outros pontos, em relação à Infração 01, que ele, sujeito passivo, não tomara conhecimento de seu reenquadramento do mês de dezembro/2003, e dos demais reenquadramentos realizados por esta SEFAZ entre os meses de dezembro/2003 e de dezembro/2006, pedindo pela nulidade desta Infração. Reafirmou que não se insurgia contra os dados numéricos constantes das tabelas que o Fisco aduzira que foram entregues por ele, contribuinte, no início da Fiscalização. Que, embora houvesse se insurgido contra tais tabelas na primeira impugnação, tanto na segunda impugnação, quanto ali em sessão de julgamento, as reconhecia como contendo dados corretos acerca de sua empresa, e assim se pronunciava no sentido de que não contestava a base de cálculo com base em tais tabelas entregues ao Fisco, e sim contestava a forma de apuração do imposto, por entender que deveria ter permanecido como microempresa, e não como empresa de pequeno porte. Que se insurgia contra o reenquadramento na forma como foi realizado. Que se o reenquadramento houvesse ocorrido por força de dado que ele, contribuinte, houvesse informado em suas DMEs dos exercícios anteriores aos reenquadramentos, não existiria necessidade de informá-lo de tais reenquadramentos, mas que se os reenquadramentos fossem realizados de ofício, ele, sujeito passivo, teria que ser previamente cientificado, para que soubesse o montante de imposto que deveria recolher mensalmente. Contestou a forma de cálculo do ICMS nos demonstrativos fiscais.

Passou a manifestar-se quanto à Infração 02 assinalando também que, embora não se houvesse pronunciado quanto a determinado aspecto do segundo demonstrativo desta imputação 02, acostado pelo Fisco às fls. 313 a 315, passava a fazê-lo ali em sua sustentação oral, e que tal aspecto era o de que nesse segundo demonstrativo do levantamento fiscal referente à Infração 02 não estavam citados todos os períodos mensais com débitos tributários que foram lançados no levantamento fiscal originário, em específico alegando que no demonstrativo fiscal de fl. 315 não foram lançados, pelo Fisco, os períodos mensais de setembro a dezembro do exercício de 2006. Que, como só estava observando tais dados de exclusão de débitos mensais ao novamente compulsar os autos na data daquele julgamento, assinalava tal situação como possível causa de incerteza quanto ao montante a ser lançado de ofício, requerendo que fosse feita verificação a respeito. Que ele, autuado, não reclamara da ausência, nos autos, de notas fiscais relativas aos meses de outubro a dezembro de 2006, mas que reclamara da ausência de notas fiscais, nos autos, em relação ao mês de setembro/2006, conforme os documentos de fls. 192 a 195, nos quais ele, sujeito passivo, assinalara, na cópia do demonstrativo do levantamento fiscal, os documentos fiscais que não estavam acostados ao processo.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, em relação à Infração 02 verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, das quatro impugnações ao lançamento de ofício, constantes dos autos deste processo, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos e cópias dos documentos fiscais atinentes às mesmas, inclusive as cópias das notas fiscais oriundas do sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, e exercido tempestivamente seu direito de defesa, cujo prazo foi devidamente reaberto por determinação desta 3ª Junta, tendo regularmente pronunciado-se por diversas vezes neste processo, inclusive em sustentação oral nas duas sessões de julgamento. Arguição de nulidade rejeitada em relação à Infração 02.

Contudo, em relação à Infração 01, observo que inexiste certeza tanto em relação ao montante a ser lançado de ofício, quanto em relação à ocorrência da infração imputada.

Assim embora, de fato, na legislação que regia o regime simplificado SIMBAHIA, em especial a Lei nº 7.357/98, revogada em 01/07/2007, e nos artigos do RICMS/BA que deste regime tratavam, inexistisse previsão de cientificação prévia, ao contribuinte, para seu reenquadramento de ofício, havendo previsão de cientificação apenas em caso de exclusão do regime SIMBAHIA, com todo o processo administrativo decorrente, assinalo que de fato assiste razão ao sujeito passivo quando afirma que, não sabendo que fora reenquadrado, não teria como saber a forma como deveria calcular seu débito tributário mensal, posto que a legislação aplicável para a apuração do ICMS das empresas do SIMBAHIA previa formas distintas de apuração para cada faixa de enquadramento.

Por outro lado assinalo, também, que cabe ao contribuinte manter-se informado acerca de sua situação cadastral na Inspetoria Fazendária de seu domicílio fiscal, e que o sujeito passivo, necessariamente ciente das informações acerca de seu próprio faturamento mensal, e do valor monetário de suas entradas e saídas de mercadorias, estava obrigado a corrigir a sua forma de enquadramento perante esta SEFAZ, devendo vir a ocorrer o reenquadramento de ofício apenas quando o contribuinte descumprisse esta obrigação acessória de pedir o seu reenquadramento, ou mesmo pedir a sua exclusão do regime SIMBAHIA.

Porém, tal discussão perde importância na situação ora em lide posto que, compulsando os autos, constato que neste processo não está provado, pelo sujeito passivo, nem pelo Fisco, que estão corretos os dados de faturamento mensal, valores de entradas e de saídas, constantes nas tabelas acostadas a estes autos às fls. 09 a 12, que o contribuinte entregara ao Fisco, dados esses que o sujeito passivo em primeira impugnação contesta, e em seguida afirma não mais contestá-los na segunda impugnação e na sustentação oral.

Quanto ao artigo 8º da Lei nº 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA), em vigor até 30/06/2007, que trata do incentivo ao emprego, benefício este também citado pelo contribuinte, este previa:

Lei nº 7.357/98:

art. 8º Como incentivo adicional para a manutenção e a geração de empregos, a empresa de pequeno porte fica autorizada a deduzir do imposto devido mensalmente, por empregado regularmente registrado:

I - 1% (hum por cento) por empregado, até o máximo de 5 (cinco);

II - 2% (dois por cento) por cada empregado adicional a partir do 6º (sexto) registrado.

Parágrafo único. O benefício a que se refere este artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do valor do imposto devido em cada período de apuração.

Ou seja, para usufruir do benefício o contribuinte deveria ter provado que teria mais empregados devidamente registrados do que a quantidade considerada pelo Fisco na elaboração dos demonstrativos de imposto devido, uma vez que o texto normativo, inclusive, explicita a intenção do legislador ao criá-lo. Em não tendo assim procedido, não comprova que teria ocorrido equívoco nos cálculos do Fisco quanto a este ponto.

Observo que o Fisco assevera, neste processo, que utilizou os dados constantes nessas tabelas que lhe foram entregues pelo sujeito passivo, e não há demonstrativo comprovando que na ação fiscal em lide esses dados informados pelo sujeito passivo tenham sido cotejados com os valores constantes nos documentos fiscais do contribuinte, em especial em suas notas fiscais de entradas e de saídas, relativas a todo o período objeto da Infração 01, para efeito de cálculo do faturamento mensal, e do conseqüente imposto a recolher.

Assinalo que, conforme dados do Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação emitido pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte - INC/SEFAZ, cujo espelho foi acostado pelo Fisco à fl. 317, na data de 30/11/2003 o sujeito passivo encontrava-se enquadrado na condição de Microempresa nível 2, tendo passado a Empresa de Pequeno Porte – EPP a partir de 01/12/2003, nesta condição permanecendo até 30/08/2005. Em seguida, de 01/09/2005 até 31/03/2006, estava enquadrada na condição de Microempresa nível 5. Assim, durante o período objeto da ação fiscal, houve migração de faixas de enquadramento, sempre dentro do regime simplificado de apuração de ICMS SIMBAHIA. Porém, na ação fiscal em análise, cabia ao Fisco analisar os documentos fiscais do sujeito passivo e verificar se os dados de faturamento informados estavam corretos, e não apenas promover aos cálculos de acordo com as faixas de enquadramentos constantes no sistema informatizado desta SEFAZ.

Por oportuno, quanto aos artigos 384-A e 387-A do RICMS/BA, legislação estadual que dentre outros dispositivos normativos regulamentava o quanto pertinente ao regime SIMBAHIA, a redação de tais artigos durante o período objeto da ação fiscal, e com efeitos até 30/06/2007, era:

RICMS/BA:

art. 384-A. Para fins de adoção do tratamento tributário de que cuida o SimBahia, considera-se:

I – microempresa (...);

II – empresa de pequeno porte (...);

II – ambulante (...)

(...)

"§ 5º Considera-se que a receita bruta de uma empresa ultrapassou o limite para enquadramento em determinada faixa ou condição no SimBahia, quando o volume de suas entradas de mercadorias e serviços de transportes tomados no período considerado for superior aos limites respectivos, ainda que sua receita bruta seja inferior aos mesmos. (Redação dada ao § 5º do art. 384-A pela Alteração nº 64 (Decreto nº 9513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05, efeitos de 01/09/05 a 30/06/07).

"§ 5º Considera-se que a receita bruta ajustada de uma empresa ultrapassou o limite para enquadramento em determinada faixa ou condição no SimBahia, quando o volume de suas entradas de mercadorias e serviços de transportes tomados no período considerado for superior em 20% (vinte por cento) aos limites respectivos, ainda que sua receita bruta seja inferior aos mesmos." (Redação dada ao § 5º do art. 384-A pela Alteração nº 27 (Decreto nº 8040 de 28/09/01, DOE de 29 e 30/09/01), efeitos de 29/09/01 a 31/08/05.

(...)

§ 9º Anualmente, com base na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME) do exercício anterior e em outras fontes de informações econômico-fiscais, a Secretaria da Fazenda, se

for o caso, reenquadrará de ofício os contribuintes optantes pelo SimBahia, sendo que o reenquadramento: (...)

(...)

art. 387-A. O ICMS devido pela empresa de pequeno porte será apurado, mensalmente, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, que serão determinados em função da receita bruta global acumulada da empresa desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo que, caso a empresa tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas de mesma condição cadastral, o percentual será determinado em função da receita bruta global acumulada de todos eles, conforme a seguir, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A: (efeitos de 01/09/2005 a 30/06/2007).

art. 387-A. O ICMS devido pela empresa de pequeno porte será apurado, mensalmente, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A, devendo esses percentuais serem determinados em função da receita bruta global ajustada acumulada da empresa desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo que, caso a empresa tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas de mesma condição cadastral, o percentual será determinado em função da receita bruta global ajustada acumulada de todos eles, conforme a seguir: (efeitos de 06/01/04 a 31/08/05).

art. 387-A. O ICMS devido pela empresa de pequeno porte será apurado, mensalmente, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A, devendo esses percentuais serem determinados em função da receita bruta global ajustada acumulada da empresa desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, conforme a seguir: (efeitos de 01/01/2003 a 05/01/2004).

A mencionada Lei nº 7.357/98, que regia o regime simplificado SIMBAHIA, em seu artigo 2º determinava os limites de valores monetários de receita bruta para efeito de enquadramento do contribuinte nas faixas de recolhimento do mencionado regime de apuração.

Observo, por oportuno, que nos demonstrativos do levantamento fiscal referentes à Infração 01, elaborados com base nas informações prestadas ao preposto fiscal autuante em razão da presente ação fiscal, e acostadas às fls. 09 a 12, existem dados que indicam faturamento anual inferior ao das faixas de enquadramento constantes no sistema informatizado INC/SEFAZ.

Prevê a legislação tributária que cabe ao contribuinte do ICMS informar ao Estado os dados de suas operações sobre as quais incida este imposto. Assinalo que o ICMS é um imposto cujo lançamento é feito por homologação, sendo portanto dever do Fisco, com base nos documentos fiscais de cada contribuinte do ICMS, verificar se o imposto informado como devido, ao Estado, bem como se o montante referente a operações sob égide da legislação do ICMS, estão com seus valores corretos nos respectivos documentos de informações econômico-fiscais, a exemplo das Declarações de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - DME.

Assim, descabe a pretensão de que o imposto seja apurado com base em dados de informações econômico-fiscais, se tais dados conflitarem com os valores expressos nos documentos sob guarda do próprio contribuinte.

Porém, uma vez que nos autos deste processo não está comprovado o exame, pelo Fisco, dos dados de tais documentos fiscais, ou seja, dados das notas fiscais do contribuinte, por consequência inexistente certeza quanto ao seu real faturamento mensal, e também inexistente certeza

quanto ao cometimento da primeira infração imputada, de falta de recolhimento do total do imposto devido mensalmente.

Pelo exposto, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nula a Infração 01.

Porém, diante dos dados deste processo, citados neste voto, consoante disposto no artigo 156 do RPAF/99 represento à autoridade administrativa competente no sentido da realização de nova ação fiscal para apuração da regularidade do recolhimento mensal de ICMS pelo sujeito passivo, no período que então não esteja já atingido pelo prazo decadencial.

Assim, analisada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, preliminar esta acatada apenas em relação à Infração 01, ainda preliminarmente indefiro o pedido de realização de nova diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Ademais, de posse dos demonstrativos elaborados pelo Fisco, e sendo o responsável legal pela guarda de seus documentos fiscais, cabia ao sujeito passivo verificar se no novo demonstrativo do levantamento fiscal que embasa a segunda imputação, elaborado pelo autuante, existiria equívoco, indicando-o de forma objetiva e documentada, consoante termos dos artigos 123, 142 e 143, todos do RPAF/99, o que não foi realizado, tendo apenas o contribuinte afirmado, em terceira impugnação, que a ele, sujeito passivo, lhe parecia que o Fisco teria concordado com as alegações defensivas excluindo, do demonstrativo fiscal refeito, as notas fiscais não acostadas aos autos, mas que ainda assim pedia que fiscal estranho ao feito verificasse se realmente tais notas fiscais teriam sido excluídas do demonstrativo fiscal refeito, vindo posteriormente, em sustentação oral na segunda sessão de julgamento, a mencionar que teriam sido eliminados, do demonstrativo fiscal refeito, períodos de apuração originalmente lançados pelo Fisco. O contribuinte, contudo, não indicou de forma específica, nem afirmou, a ocorrência de equívoco em relação a tais exclusões, apenas mencionou que períodos mensais teriam sido excluídos e requereu que a regularidade destas exclusões fosse verificada. Esta situação das mencionadas exclusões de débitos tributários relativos a períodos mensais de apuração no segundo demonstrativo do levantamento fiscal, por envolver questão de mérito, será analisada oportunamente neste voto.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em 18/05/2009 para exigir ICMS no valor total de R\$27.552,04, acrescido da multa de 50%, em decorrência de duas infrações.

A Infração 01 é nula, pelo que passo ao exame do mérito da Infração 02.

No que tange à Infração 02, falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$8.585,19, devido por antecipação parcial, na condição de Microempresa ou EPP - SIMBAHIA, no período de outubro/2004 a dezembro/2006, referente a aquisições provenientes de fora do Estado, por oportuno assinalo que, nos termos do inciso II do artigo 5º da mencionada Lei nº 7.357/98, o tratamento simplificado de apuração de imposto SIMBAHIA não se aplicava às operações sujeitas à antecipação tributária, nem às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Por conseguinte, na análise do mérito da imputação 02 não interfere a faixa de enquadramento em que estivesse o contribuinte, no período objeto dessa infração.

Os demonstrativos do levantamento fiscal, tanto o originário, quanto o refeito pelo autuante quando da prestação da informação fiscal, bem como as cópias de primeiras vias de notas fiscais, referentes à imputação 02, foram acostados pelo Fisco aos autos deste processo, e o contribuinte recebeu cópias dos mesmos, conforme já exposto no Relatório que antecede este voto, e comprovam os documentos de fls. 187 a 195, 200, 201, 309, 343 e 344. Portanto, a ocorrência da infração foi documentada pelo Fisco neste processo, pelo que não acolho as alegações defensivas em contrário. Quanto às cópias de Documentos de Arrecadação Estadual - DAEs, mencionados pelo sujeito passivo, este poderia ter trazido ao processo, quando de suas impugnações, ou mesmo nas duas sessões de julgamento, tais documentos, o que comprovaria o devido recolhimento do imposto, e assim não o fez, pelo que não comprovou o recolhimento do imposto lançado em sua totalidade.

O contribuinte alegou, mas não comprovou, quando para tanto devidamente intimado pelo Fisco, que todas as devoluções e retornos que alega que teria operado não teriam sido consideradas pelo autuante, para efeito de apuração do imposto. Ao invés da comprovação documental de devoluções que não teriam sido consideradas, o sujeito passivo declarou, à fl. 186, que não havia localizado tais documentos. Assim, não acolho a alegação defensiva quanto à não consideração, pelo Fisco, de devoluções e de retornos de mercadorias que, ao fim, não foram comprovados pelo sujeito passivo.

Analisando os demonstrativos fiscais originários, e comparando-os com os demonstrativos refeitos, verifico que o Fisco excluiu as notas fiscais que não estavam acostadas ao processo, no demonstrativo de débito de fl. 307, e demonstrativo fiscal refeito e acostado às fls. 313 a 315, reduzindo de R\$8.585,19 para R\$8.408,57 o débito tributário relativo a esta infração.

Contudo, assiste razão ao sujeito passivo quando afirma que, no demonstrativo refeito do levantamento fiscal, acostado às fls. 313 a 315, não foram citados os dados relativos aos meses de setembro a dezembro/2006, embora no novo demonstrativo de débito de fl. 307 estejam lançados débitos para parte destes meses.

Assim, compulsando os autos, em especial os demonstrativos fiscais originários, às fls. 16, 74 e 75; os documentos acostados pelo sujeito passivo às fls. 192 a 195, e os demonstrativos fiscais refeitos às fls. 313 a 315, verifico que o contribuinte não apontou a inclusão de notas fiscais não presentes nos autos deste processo para os meses de outubro e de dezembro/2006, e por conseguinte não houve refazimento do levantamento fiscal originário quanto a estes dois meses, tendo sido mantidos, pelo Fisco, à fl. 307, os débitos originariamente lançados no Auto de Infração. Observo, por oportuno, que embora repetindo, no demonstrativo de débito de fl. 307, o mesmo valor de débito originalmente lançado para o mês de dezembro/2006, no Auto de Infração, o preposto fiscal equivocadamente colocou a data de ocorrência de 01/11/2004, quando na realidade se trata da data de 01/12/2006, conforme lançado no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

No mês de outubro/2006 o Fisco, tendo encontrado o débito no montante de R\$0,03 (fl. 75), não o lançara no demonstrativo de débito originário do Auto de Infração, nem no demonstrativo de débito refeito, à fl. 307, pelo que também não havia correção a ser feita no novo demonstrativo fiscal.

Quanto ao mês de setembro/2006, assiste razão ao contribuinte quando assevera em sua impugnação, e assinala à fl. 195, que o Fisco não considerara, originalmente, as notas fiscais de devolução referentes a duas das operações objeto do demonstrativo fiscal originário, à fl. 75. Trata-se das operações com a Nota Fiscal nº 007998, de 13/09/2006, cujo valor de imposto a recolher seria de R\$248,40, com respectiva nota fiscal de devolução acostada à fl. 124 dos autos; e da Nota Fiscal nº 008021, de 21/09/2006, cujo valor de imposto a recolher seria de R\$49,80, com respectiva nota fiscal de devolução à fl. 122 dos autos.

Embora o Fisco não tenha apresentado novo demonstrativo do levantamento fiscal para este mês de setembro/2006, no novo demonstrativo de débito para esta Infração 02, à fl. 307, reduziu de R\$463,54 para R\$143,72 o débito tributário deste período mensal. Porém, conforme os documentos fiscais constantes do processo e neste voto discriminados, apenas devem ser deduzidos os valores das duas operações que, com justiça, foram objeto da reclamação realizada pelo sujeito passivo em sua impugnação quanto ao mês de setembro/2006 na infração 02, porquanto apenas as devoluções referentes a estes dois valores de operações, no mês de setembro/2006, estão comprovados nos autos.

Assim, acolho a alegação defensiva quanto ao débito para o mês de setembro/2006, restando devido apenas o montante de R\$165,34 ($R\$463,54 - R\$298,20 = R\$165,34$), e não o débito de R\$463,54 lançado no Auto de Infração, nem o de R\$143,72 que o Fisco indica à fl. 307.

Por tudo quanto exposto, após excluídos os valores das notas fiscais não acostadas aos autos deste processo, e já retificados os valores considerando as devoluções comprovadas, consoante descrito no Relatório que antecede este voto, resta a Infração 02 procedente em parte no valor de R\$8.431,19, conforme novo demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 307, retificado o valor de setembro/2006 para R\$165,34, e tabela a seguir:

INFRAÇÃO 02	DATA OCORRÊNCIA	ICMS
	01/12/2004	349,54
	01/02/2005	100,90
	01/03/2005	295,10
	01/04/2005	156,32
	01/05/2005	313,64
	01/06/2005	93,86
	01/07/2005	188,88
	01/09/2005	447,32
	01/10/2005	476,36
	01/11/2005	394,45
	01/12/2005	394,61
	01/02/2006	846,33
	01/03/2006	166,53
	01/04/2006	278,35
	01/06/2006	845,22
	01/07/2006	417,78
	01/08/2006	1.905,01
	01/09/2006	165,34
	01/10/2006	134,91
	01/12/2006	460,74
	TOTAL	8.431,19

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$8.431,19, representando à autoridade administrativa competente, consoante disposto no artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização de nova ação fiscal para apuração da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, no período que então não esteja já atingido pelo prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299164.0147/09-9**, lavrado contra **DIALTA MATERIAIS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.431,19**, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei n.º 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores das obrigações tributárias, e dos acréscimos legais.

Representa-se à autoridade administrativa competente, consoante disposto no artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização de nova ação fiscal para apuração da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, no período que então não esteja já atingido pelo prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR