

A. I. N° - 213079.0042/13-3  
AUTUADO - BEL BAHIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - EPP  
AUTUANTE - CLARA HELENA DANTAS VICENTE  
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA - DAT METRO  
INTERNET - 17.06.2014

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0072-06/14

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL. NOTAS FISCAIS DE REVENDA DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS. Embora preste serviço de demolição e detonação, esta não é, contudo, a única e exclusiva atividade da autuada, desenvolvendo, também outras finalidades, inclusive o comércio. As cópias de notas fiscais acostadas ao processo evidenciam que os documentos acobertaram operações de venda de mercadorias, cujos CFOP's são 5.102 (em sua maioria) e 6.102, ambos relativos a revenda de mercadorias adquiridas de terceiros. Os elementos probatórios acostados ao presente processo apontam, de forma inequívoca, para a ocorrência de operações mercantis e, consequentemente, para o surgimento da obrigação tributária principal, não encontrando amparo nas provas a tese sustentada pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/11/2013, exige ICMS no valor de R\$180.158,73 mais multa, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Multa proposta de 75%. Consta na descrição dos fatos que “Após análise das notas fiscais de vendas de mercadorias, emitidas pela empresa em questão nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, dos extratos do Simples Nacional / PGDAS e dos recolhimentos do ICMS referente ao Simples Nacional no mesmo período, declarados pela própria empresa e confirmados através do sistema de arrecadação da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, verificou-se que a autuada declarou faturamento a menor que o real, e em detrimento disso recolheu ICMS a menor que o devido”.

Constam dos autos: Intimações para apresentação de livros e documentos (folhas 07 a 09); Termo de Arrecadação de livros e Documentos (folha 10); Demonstrativos de Débito (folhas 15 a 35); Relações das Notas Fiscais de Venda (folhas 36 a 69); Extratos do Simples Nacional (folhas 70 a 168); Cópias das Notas Fiscais de Venda (folhas 169 a 1248); Impugnação (folhas 1252 a 1283); informação fiscal (folhas 1286 a 1288).

A autuada apresenta impugnação às folhas 1252 a 1283, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

Informa, inicialmente, que é prestadora de serviço, com fornecimento de materiais, previsto no item 7.04 (demolição) da Lista de Serviços da Lei Complementar 116/03 e da mesma lista da Lei 7.186/06 (Código Tributário e de Renda do Município de Salvador).

Alega que o item 7.04 da lista citada não faz nenhuma ressalva de exigência de ICMS, quando dos fornecimentos de seus insumos/materiais, ou sejam, explosivos e acessórios na prestação de serviço de demolições de edificações – rochas – estradas, etc., conforme artigo 1º do parágrafo 2º da LC 116/06.

Diz anexar a relação dos insumos utilizados em sua prestação de serviço, concluindo, a seguir, que se vê claramente que são explosivos de diferentes tipos e densidades para um dimensionamento de plano de fogo, desmontes, detonações, etc.

Alega que não há incidência de ICMS, pois tais itens constituem-se em artefatos que se consomem no emprego da atividade do prestador e que se desintegram no processo de detonações, demolições, etc.

Registra que, por razões de segurança nacional, é uma atividade controlada pelo Ministério do Exército e, por isso, a razão social tem que ter autorização e habilitação para operar e ou prestar o serviço. Explica que são exigências do Ministério citado: a) que a razão social habilitada tenha inscrição estadual; b) que emita nota fiscal distinta da nota de prestação de serviço, com descrição clara dos artefatos; c) que sejam os artefatos acondicionados em pátios, local seco, ventilado e estar em conformidade com a legislação vigente, expressa na R-105 do Ministério do Exército e NR-19 da Lei 6.514, de 22/12/1977, e alterações posteriores.

Narra que, em um passado distante, um auditor estadual, quando em fiscalização da autuada, reconheceu a situação que ora expõe e não lavrou nenhum auto de infração. Recomendou, apenas, que a autuada se enquadrasse no Estado como indústria, visto que a mistura dos artefatos modifica características. A orientação, explica, foi para evitar problemas, em época, no trânsito, com a exigência da Antecipação de ICMS, visto não ser atividade de competência do Estado. Conta que reconheceu, aquele auditor, ser a atividade, por vezes, desconhecida de alguns fiscais de trânsito, no tratamento tributário.

Com base no exposto, arremata que a autuada é prestadora de serviço, exclusivamente de competência do Município de Salvador, sendo o correto enquadramento de sua atividade no item 7.04 da Lista de Serviços, pois não há nenhuma ressalva de incidência de ICMS quando do fornecimento dos insumos empregados na prestação do serviço.

Assim, conclui que não há que se falar em recolhimento a menor de ICMS, pelas razões expostas. Requer, portanto, a desconsideração do auto de infração lavrado.

Nestes termos, pede deferimento.

A autuante presta informação fiscal às folhas 1286 a 1288, tecendo as considerações a seguir.

Informa que durante a fiscalização, ao efetuar o somatório das notas fiscais de vendas de mercadorias do autuado, (ver relação digitalizada destas notas nas páginas nº 36 a 68 deste PAF), observou que o mesmo deixou de declarar valores que constavam de diversas dessas notas fiscais. Afirma que isso pode ser comprovado ao comparar os valores encontrados pela fiscalização, com os valores declarados à Receita Federal, pelo próprio autuado, conforme os seus PGDAS's (Extratos do Simples Nacional) e DASN's (Declaração Anual do Simples Nacional), (páginas de nº 70 a 168 deste PAF).

Prosegue, informando que sobre os valores divergentes apurados foram aplicadas as respectivas alíquotas legais constantes no anexo II da Lei Complementar nº 123/2006, Lei do Simples Nacional, com as quais se tornou possível conhecer os valores corretos do ICMS que o autuado deveria ter recolhido.

Afirma que, ao analisar a defesa do autuado (páginas 1251 a 1284), constatou que os argumentos por ele apresentados não merecem prosperar pelas razões que passa a expor.

Na página nº 1252, item 1.1 de sua defesa, o autuado alega que o autuante elencou notas fiscais de aquisição, aplicando alíquotas variadas do ICMS e multa de 75%. Informa que, em verdade, foram

elencadas notas fiscais de vendas de mercadorias e não de aquisição como alega o autuado, pois está a tratar de cobrança de ICMS do Simples Nacional, o que tem por fato gerador o faturamento da empresa e não suas aquisições. Estas notas fiscais de vendas podem ser visualizadas nas paginas de nº 169 a 1248 deste PAF.

Informa que as alíquotas variadas, às quais o autuado menciona, são as constantes do auto de infração, o qual compõe este PAF, e nos demonstrativos de apuração do ICMS devido, resultantes da fiscalização, podendo estas serem vistas nas paginas 20, 27 e 34 dos autos, dos quais o autuado foi cientificado, recebendo inclusive esclarecimentos e explicações de como se processou a fiscalização, momento em que recebeu copia de todos os relatórios e planilhas gerados durante a fiscalização.

Afirma que as alíquotas, conforme dito acima, são as alíquotas constantes no anexo II da Lei 123/2006, encontradas de acordo com a receita bruta dos últimos 12 meses, sofrendo portanto, alterações mensais a depender do valor faturado, as quais são utilizadas para se encontrar o valor do ICMS devido.

Alega que se o contribuinte não utiliza e ou não declara alíquota e valor correto, isso acarreta em divergência no valor do ICMS devido, foi o que aconteceu no caso em tela, levando o autuado a recolher o ICMS a menor que o realmente devido. Explica que esta conduta de declarar e recolher a menor que o devido o levou a incorrer na infração a ele imposta, a qual implica na cobrança da diferença devida e multa legal de 75% pelo cometimento da infração.

Registra que, no item 2.0, das considerações, ainda na pagina nº 1252, o autuado alega ser prestador de serviço com fornecimento de materiais, citando inclusive lei de competência municipal não pertinente, portanto, aos fatos citados no auto de infração. Prossegue, descrevendo que nas paginas seguintes de sua defesa, o autuado continua tentando provar que é prestador de serviços e que se enquadra no item 7.04 da lista de serviços, sendo que para isso, ele traz aos autos, somente frágeis conjecturas, citando, mais uma vez, a lista de serviços, ao tempo em que tenta descharacterizar o que de fato ocorreu no caso concreto.

Alega que o autuado tenta se enquadrar no item 7.04 da lista de serviços, o que até seria possível se ele realmente tivesse agido como prestador de serviços, já que uma de suas atividades secundárias o permitiria, contudo, não foi o caso. Questiona que se o autuado é prestador de serviços como quer provar, como se justifica o fato de ele estar regularmente declarando e recolhendo, embora a menor, o ICMS sobre vendas de mercadorias?

Argumenta que, além de o autuado estar enquadrado na condição de indústria e ter como atividade principal, fabricação de produtos químicos, o próprio autuado, no caso concreto, se coloca na condição de varejista, haja vista que em momento algum o mesmo agiu como indústria nem como prestador de serviços, podendo isso ser provado ao observarmos seus Extratos do Simples Nacional (PGDAS's) e suas DASN's (Declaração Anual do Simples Nacional, apresentadas pelo próprio autuado à Receita Federal) e notas fiscais de revenda de mercadorias, além de recolher ICMS sobre as vendas.

Em todos os PGDAS (extratos do simples nacional) e DASN's (paginas 70 a 168 do PAF), assevera, o próprio autuado declara á Receita Federal que sua receita é proveniente de venda de mercadorias, não declarando, em momento algum, prestação de serviços diferente da de transporte, comprovando-se com isso que o mesmo revendeu mercadorias, e não somente as utilizou como insumo na prestação de serviços, como tenta provar.

Para consolidar mais ainda que se trata de venda de mercadorias e não de prestação de serviços, observa que todas as notas emitidas pelo autuado são notas de revenda de mercadorias, pois todas elas tem o CFOP 5102 e 6102 ( revenda de mercadorias adquiridas de terceiros). Menciona que estas notas constam nos autos nas paginas nº 169 a 1248.

Diante de todo acima exposto, conclui que o autuado realmente vendeu mercadorias declarando faturamento a menor que o devido e incorrendo assim na infração a ele imposta.

Observa que, na pagina nº 1254, itens 5 e 6, “Dos Fatos”, a impugnante reafirma ser prestadora de serviços e que se enquadra no item 7.04 da lista de serviços, ressalvando ainda não ser passível de recolher ICMS. Quanto a estes itens, reafirma o que já alega restar comprovado, inclusive com documentos fiscais acostados aos autos, que, no caso concreto, trata-se de venda de mercadorias sim, portanto com incidência de ICMS, mantendo a infração imposta ao autuado.

Diante de todas as colocações e provas documentais acostados aos autos, pede pela total procedência do auto de infração.

Nestes termos, pede deferimento.

#### VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo evidenciados de acordo com os demonstrativos acostados (folhas 15 a 35), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Observa-se que a autuante apurou o valor total das notas fiscais de saída, emitidas pela impugnante (folhas 36 a 69), para, em seguida, compará-lo com os valores contidos na declaração constante do extrato do Simples Nacional. Chegou, assim, às diferenças e as tratou como omissão de receita declarada, fazendo repercutir, a partir daí, todos os efeitos previstos em lei.

A autuada, por sua vez, não nega a emissão dos documentos fiscais citados, mas alega tratarem-se de insumos utilizados na prestação de serviços de demolição, serviços estes que não sofrem a incidência do ICMS, nem mesmo relativamente aos materiais empregados.

A divergência reside, portanto, no tratamento jurídico a ser conferido às saídas das mercadorias relacionadas nos documentos fiscais emitidos pela impugnante (cópias às folhas 169 a 1248), se se enquadram, ou não, no campo de incidência do imposto estadual.

O exame dos autos é revelador de que a autuada é empresa que desenvolve atividades de aquisição, armazenamento, comércio, consumo, demolição e prestação de serviço de detonação, além do serviço de transporte, conforme consta do Certificado de Registro nº 12050, junto ao Ministério da Defesa (cópia à folha 1262).

Assim, é possível concluir que Bel Bahia Comércio e Serviços é realmente uma empresa prestadora de serviços. Embora preste serviço de demolição e detonação, esta não é, contudo, a sua única e exclusiva atividade, desenvolvendo, também outras finalidades, inclusive o comércio.

As cópias de notas fiscais acostadas ao processo, pela autuante (folhas 169 a 1248) evidenciam que os documentos citados acobertaram operações de venda de mercadorias, cujos CFOP's são 5.102 (em sua maioria) e 6.102, ambos relativos a revenda de mercadorias adquiridas de terceiros, conforme alega a autuante, em sua informação fiscal, à folha 1287.

Assim, a tese da defesa parece não encontrar amparo nas provas acostadas ao processo, não sendo de prosperar a alegação de que pratica exclusivamente atividade de prestação de serviço de demolição. As cópias dos extratos do Simples Nacional (acostadas às folhas 70 a 168) revelam, inclusive, que a empresa apura e lança o tributo estadual (ICMS), conforme se pode atestar pela informação constante do quadro “Valor devido por tributo (R\$)”, no campo “ICMS”, fato que entra em contradição com a sua linha de defesa.

Ora, sendo operações que se encontram circunscritas ao campo de incidência do ICMS, impõe-se que sejam agregadas ao valor da receita bruta mensal para fins de se apurar a alíquota aplicável e

o correspondente *quantum* do tributo, nos termos do art. 18 e seguintes da Lei Complementar 123/06.

Assim, os elementos probatórios acostados ao presente processo apontam, de forma inequívoca, para a ocorrência de operações mercantis e, conseqüentemente, para o surgimento da obrigação tributária principal, não encontrando amparo nas provas a tese sustentada pela defesa.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o presente auto de infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 213079.0042/13-3, lavrado contra **BEL BAHIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$180.158,73**, acrescido da multa de 75%, prevista no Art.44, I da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF 05 de junho de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR