

A. I. N° - 213089.0046/14-9
AUTUADO - ELÉTRICA FERMAM E PEÇAS LTDA - ME.
AUTUANTE - NORANEY FERNANDES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ F. SANTANA
INTERNET - 11.03.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0041-05/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO POR EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. Provado que, na época dos fatos, o estabelecimento estava inscrito, tanto no Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado (Sistema INC), quanto na Receita Federal do Brasil (CNPJ/MF), somente com a atividade econômica CNAE 47.59-88-99 - Comércio varejista. Nesta condição está obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, mesmo na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado. Por outro lado, contribuinte que desenvolve atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, adquirindo mercadorias com aplicação de alíquota interestadual, se submete aos termos do § 3º, do art. 352-A, do RICMS/BA, que considera para fins de comercialização tais aquisições, sendo devido a antecipação parcial. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30.06.2014, constitui crédito tributário no valor de R\$6.288,27, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Lançado ICMS no valor de R\$6.288,27, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 84 a 89, com documentos anexos acostados aos autos, contestando o Auto em tela, sob o argumento de que é uma empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo seu objeto social voltado para a comercialização a varejo de máquinas, aparelhos e equipamento elétricos, eletrônicos de uso domésticos e pessoal, e locação dos mesmos.

Diz que sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a notificação, ora alvo dessa defesa, incorrido em erro que a torna nula de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais.

Entende a autuada que a notificação não tem esteio tributário e ainda, as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Destaca que a notificação resta eivada de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, com os valores apurados, base de cálculo, “reduções”, etc. sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Diz que, o cumprimento desses requisitos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirão a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Aduz que a planilha elaborada pela nobre fiscal, encontra-se com falta da informação referente às reduções. Ante esta falha, diz que é o que pode ter dado origem a apuração de valores indevidos cobrados na autuação, exatamente por não conceder a redução dos valores relativos a antecipação parcial de 20% ou 60% (não descritos na planilha), conforme preconiza o RICMS (Decreto 13.780/12, Capítulo IX, artigos 273 e 274), deixando assim, de observar as reduções previstas para contribuintes inscritos na condição de microempresa.

Em vista deste fato, diz tornar primordial a declaração de nulidade do auto de infração e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, permite-se a notificada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

No mérito, apesar de confiante no acolhimento da preliminar acima pleiteada, adentra no mérito da questão face o que dispõe o Regulamento de ICMS, conforme Decreto lei 13.780/2012, em seu Capítulo IX que nos traz sobre os benefícios fiscais.

No tocante aos valores apurados, verifica-se que o Sr. Fiscal não observou que quando uma Micro ou Pequena Empresa, efetua compras para consumo próprio fica dispensada do pagamento do ICMS, isso é um benefício fiscal, fato devidamente amparado por este Decreto, em seu artigo 272, “B”, “2”.

Não foi observado pelo nobre auditor que a empresa possui também em seu objeto social, a atividade de “*locação de máquinas e equipamentos*”, conforme a Alteração Contratual n.º 3, com a devida chancela da Junta Comercial do Estado da Bahia, de 23 de Fevereiro de 2005, sob o n.º 96598576 que diz anexar. Salienta ainda, nesse mesmo contexto, que formaliza a execução desses serviços, obedecendo aos ditames municipais, tendo em vista cumprir todas as obrigações junto ao órgão fiscalizador desta cidade, desde a inscrição municipal, recolhimento dos ISS e emissão da Nota Fiscal (documento em anexo).

Ou seja, diz que, o ICMS das notas descritas no auto, não foi recolhido tendo em vista ao benefício fiscal estadual, não podendo ter sido incurso no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade total do auto de infração.

Observa, ainda, que as Notas Fiscais elencadas no demonstrativo se referem ao período fiscalizado de 01/01/2009 a 31/12/2010, período esse onde a empresa já prestava o serviço de locação.

Reitera, ainda, que o processo de aquisição de peças para consumo próprio, com a finalidade de reposição junto às máquinas locadas, não é disciplinado pelo Estado, com código de operação específica, cabendo apenas a empresa fazer prova da sua destinação conforme documentação que diz anexar.

Destaca que, dentro da atividade operacional da empresa, onde se encontra também a atividade de locação de máquinas e equipamentos, em algumas vezes a empresa compra para consumo próprio, servindo de reposição às máquinas locadas, serviço prestado junto ao seu consumidor. Essas peças são direcionadas exclusivamente para esse fim, sendo totalmente para uso e

consumo do mesmo. Tal fato pode ser observado, conforme xérox em anexo, de notas fiscais de serviços, autorizadas pelo município, com a devida descrição de locação.

Assim diz que, existindo cobrança indevida, o auto de infração perde os requisitos necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames,devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo tais valores, multas e os juros incidentes sobre o valor principal, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à notificada a mais perfeita justiça!

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a notificada, na exata forma processual administrativa, requerer que julgue procedente a presente defesa, face a nulidade total da notificação, pelos motivos acima desfilados em peça preliminar e mérito, declarando pelo reconhecimento da inconsistência do auto em questão, com o seu efetivo arquivamento e conseqüentemente o seu cancelamento para todos os efeitos.

A fiscal autuante, em sua informação fiscal a fl. 106/109, após destacar as considerações de nulidade e mérito do defendente, reclama a manutenção integral do Auto de Infração supracitado, conforme os seguintes termos, em relação a cada um dos destaques:

Quanto à redução do valor do imposto, alegada na defesa de fls. 84-89, na preliminar, diz ter verificado que, desde 01 de abril de 2005, a autuada está enquadrada na condição de empresa de pequeno porte (EPP), de acordo com o histórico do INC - Informação do Contribuinte, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (Sefaz-Ba), em anexo.

Dessa forma, observa que, nos momentos dos fatos geradores das obrigações tributárias, ou seja, nos meses de março à dezembro de 2009, assim como nos meses de janeiro, março, abril, maio, julho, agosto e outubro de 2010, a legislação que regulou a matéria, isto é, o art. 352-A, § 4º e 5.º, do RICMS/BA, vigorou com duas redações, mas ambas não amparam a pretensão do autuada.

Isso porque, na defesa de fls. 84-89, quanto aos fatos geradores das obrigações tributárias, do período de março à 26 de outubro de 2009, a autuada não comprovou a sua condição de EPP, com receita bruta igual ou inferior a R\$30.000,00, no antepenúltimo mês ao de referência, que era o requisito previsto para concessão da redução de 50% do valor do imposto. Também não comprovou o recolhimento do tributo no prazo regulamentar, que era o requisito para concessão da redução de 20% do valor do imposto.

Da mesma forma, na defesa de fls. 84-89, quanto aos fatos geradores das obrigações tributárias, do período de 27 de outubro de 2009 à outubro de 2010, a autuada não comprovou a sua condição de microempresa e não apresentou a prova do recolhimento do tributo no prazo regulamentar, que eram os requisitos para concessão da redução de 60% do valor do imposto; nem comprovou, na sua condição de EPP, o recolhimento do tributo no prazo regulamentar, que era o requisito para concessão da redução de 20% do valor do imposto.

Assim sendo, é seu entendimento que a autuada não preencheu nenhum dos requisitos necessários à concessão de redução do valor imposto.

Quanto à dispensa do pagamento do ICMS, alegada na defesa de fls. 84-89, no mérito, a autuada não apresentou a prova da entrega do DIC - Documento de Informação Cadastral, no qual deveria requerer a atualização dos dados cadastrais e informar a alteração contratual, juntada às fls. 90, a fim de justificar a dispensa do lançamento e do pagamento do imposto, na aquisição de mercadoria destinada ao uso, consumo ou ativo imobilizado, em razão de exercer também a atividade de locação de máquinas e equipamentos, de acordo com o disposto no art. 161, do RICMS/BA que descreve.

Por fim, na defesa de fls. 84-89, a autuada não apresentou as provas dos registros das entradas das mercadorias, constantes dos documentos fiscais de fls. 12-79, como destinadas à manutenção das atividades do estabelecimento, conforme prescreve o art. 322, § 5.º e 6.º, do RICMS/BA, que também descreve.

Portanto, diz que não tem o menor cabimento a dispensa do lançamento e do pagamento do imposto cobrado no Auto de Infração em tela.

Face ao exposto, espera que, corridos os trâmites legais, o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal esta revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Em que pese tais constatações, o autuado argüiu a nulidade da exigência fiscal sob o manto de que o levantamento fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, com os valores apurados, base de cálculo, etc., sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, na perspectiva de que o cumprimento de tais requisitos tem finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa.

De fato, o preenchimento de todos esses requisitos, entre outros, permitirão a obtenção de informações seguras ao autuado para a elaboração de sua defesa, como assertivamente observo que procedeu a Fiscal Autuante, no presente PAF, quando apresenta às fls. 10/11-A demonstrativo relacionando as notas fiscais, com a indicação das datas de ocorrências dos fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas e os valores dos impostos devidos apurado em cada uma das operações, inclusive acostando às fls. 12/75 cópias de todas as notas objeto da autuação. Assim, não vislumbro qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, quando traz a tona questões de mérito na sua manifestação.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 6.288,27, por contribuinte na condição de optante do Simples Nacional, referente aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme demonstrativo e documentos às fls. 10/75 dos autos, previsto no art. 352-A do citado RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o qual reza:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.(Grifos acrescido)

O sujeito passivo se defende, em primeiro plano, sob a alegação de que tal exigência é improcedente, dado a perspectiva de que efetuou essas compras para consumo próprio, o que estaria acobertado pela disposição do art. 272, I, “b”, item 2, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.280/2012, onde dispensa o pagamento do imposto relativo a diferença de alíquotas nas aquisições de material de uso e consumo efetuadas por microempresa e empresa de pequeno porte.

Para justificar a assertiva de que as aquisições são de fato para consumo próprio, diz que o autuante não observou que possui, em seu objeto social, a atividade de “*locação de máquinas e equipamento*” (fl. 99); e os serviços, para os quais as mercadorias foram adquiridas, são executados sob o manto das orientações do município ao qual está estabelecido, cumprindo todas as obrigações junto ao órgão fiscalizador da cidade, desde a inscrição municipal, recolhimento do ISS e emissão do documento fiscal, que, aliás, faz a juntada às fls. 94/103, uma pequena

amostra de algumas cópias de nota fiscal de prestação de serviço emitida no período, bem assim, depois do período da ação fiscal.

Sobre este aspecto, estaria correto o entendimento do sujeito passivo, caso os elementos de provas demonstrasse efetivamente que tais mercadorias tenham sido para seu uso ou consumo no desenvolvimento da prestação de serviço que diz exercer, como argüi na defesa, pois estaria a operação acobertada pela disposição do inciso V, art. 7º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos, que relaciona a uma das situações relativas a circulação de mercadoria em que não incidia o ICMS, ou seja, não era devido o pagamento da diferença de alíquotas por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, onde à luz do documento à fl. 110 dos autos, estava inscrito na condição de empresa de pequeno porte.

Contudo, da análise das peças processuais, conforme bem ressaltou a autuante, o sujeito passivo não apresentou prova da entrega do DIC - Documento de Informação Cadastral, no qual deveria requerer a atualização dos dados cadastrais e informar a alteração contratual, que diz ter efetivado na forma do documento juntado à fl. 90, a fim de justificar a dispensa do lançamento e do pagamento do imposto, na aquisição de mercadoria destinada ao uso/consumo ou ativo imobilizado, em razão de exercer também a atividade de locação de máquinas e equipamentos, de acordo com o disposto no art. 161, II, do RICMS/BA que a seguir descrevo.

Art. 161. As alterações cadastrais deverão ser solicitadas pelo contribuinte:

*II - no prazo de até o último dia útil do mês subsequente à data do registro da alteração, nos demais casos.
(Grifo acrescido)*

Como tal, o que se observa dos Dados Cadastrais do sujeito passivo na SEFAZ (fl. 111), é o exercício apenas da atividade econômica “**4759899 – Comércio varejista de outros artigos de uso pessoal e doméstico não especificado anteriormente**”, ratificado pelo documento, também, acostado aos autos à fl. 91, de comprovação de inscrição e de situação cadastral na Receita Federal do Brasil, que demonstra o exercício, pelo sujeito passivo, apenas da atividade econômica de comércio.

Em nenhuma das peças dos autos se vê qualquer documento que demonstre o exercício da prestação de serviço, relativo à atividade econômica de “*manutenção e reparação de geradores, transformadores e motores elétricos – CNAE 33.13-9-01*”, exceto o comprovante de inscrição municipal nº 13.527-5 (fl. 93), emitido pela Prefeitura do Município de Feira de Santana, onde de fato consta o exercício dessa atividade como secundária, em que, para surtir seus efeitos legais, pelo pacto federativo estabelecido no Brasil, deveria o sujeito passivo desenvolver o registro dessa atividade secundária, tanto na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ), quanto na Receita Federal do Brasil (RFB), que não o fez.

Ademais, se um contribuinte do ICMS e também do ISS adquire mercadorias em outros estados da Federação, sem intuito de comercializá-lo, deve fazê-lo como consumidor final, ou seja, com a alíquota interna do estado de origem. A aplicação da alíquota interestadual é prerrogativa das operações de circulação de mercadoria que envolve a dinâmica do débito e do crédito do ICMS, e assim, ao adquirir tais mercadorias, com alíquota interestadual, está o adquirente caracterizando a sua intenção para revenda.

Não pode o contribuinte, ao adquirir a mercadoria em outra unidade da Federação, alegar ser inscrito no cadastro do ICMS com o objetivo de obter a vantagem da alíquota interestadual pertinente àquela operação, e depois se furtar ao pagamento do tributo devido, ou seja, a complementação do imposto para chegar à alíquota interna deste Estado, alegando ser contribuinte do ISS. Daí a redação do art. 352-A, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por (Grifo acrescido)

II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. (Grifo acrescido)

Assim, não há qualquer dúvida sobre a incidência do imposto em empresas com atividades submetidas tanto ao imposto municipal (ISS) quanto ao imposto estadual (ICMS). O simples fato de se adquirir mercadorias com aplicação de alíquotas interestadual já submete o contribuinte aos termos do § 3º, do art. 352-A, do RICMS/BA, que considera para fins de comercialização tais aquisições. Infração subsistente.

Sobre a assertiva de que a planilha elaborada pela autuante não consta a redução do valor do imposto, relativa à antecipação parcial, por contribuinte inscrito na condição de microempresa, vê-se que a legislação que regulou a matéria (art. 352-A, do RICMS/97), no período da ação fiscal, vigorou com duas redações, entretanto, como bem destacou a Autuante, nenhuma delas ampara a pretensão do sujeito passivo.

Quanto aos fatos geradores do período de março à 26 de outubro de 2009, a autuada necessitaria comprovar sua condição de EPP, com receita bruta igual ou inferior a R\$30.000,00, no antepenúltimo mês ao de referência, que era o requisito previsto para concessão da redução de 50% do valor do imposto (§ 4º). Também não comprovou o recolhimento do tributo no prazo regulamentar, que era o requisito para concessão da redução de 20% do valor do imposto (§ 5º). Da mesma forma, quanto aos fatos geradores das obrigações tributárias, do período de 27 de outubro de 2009 à outubro de 2010, a autuada não comprovou a sua condição de microempresa e não apresentou a prova do recolhimento do tributo no prazo regulamentar, que eram os requisitos para concessão da redução de 60% do valor do imposto (§ 4º) nem comprovou, na sua condição de EPP, o recolhimento do tributo no prazo regulamentar, que era o requisito para concessão da redução de 20% do valor do imposto (§ 5º).

Assim, de fato, o sujeito passivo não preencheu nenhum dos requisitos necessários à concessão de redução do valor imposto em todo o período da ação fiscal.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213089.0046/14-9**, lavrado contra **ELÉTRICA FERMAM E PEÇAS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.288,27**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO / PRESIDENTE/EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR