

PROCESSO - A.I. Nº 276890.0028/00-3  
RECORRENTE - DAVI SOARES DE MATOS & CIA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 2122-03/01  
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA  
INTERNET - 12.03.03

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0019-11/03**

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO DEVIDO SOBRE A RECEITA BRUTA. Comprovado que o autuado opera com mercadorias cujo imposto é pago por antecipação ou substituição tributária. No cálculo da receita bruta mensal, utilizada para determinar o imposto devido por contribuinte inscrito no SimBahia, não serão incluídos os valores das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não-incidência, bem como das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo autuado (processado incorretamente como Recurso de Revista pela Secretaria deste órgão) contra o Acórdão nº 2122-03/01, da 3ª JJF, que, por unanimidade, julgou o presente Auto de Infração Procedente para exigir imposto em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Desde a impugnação inicial, o recorrente afirma que opera no ramo de combustíveis e lubrificantes, gasolina, álcool hidratado, tendo o ICMS já sido retido conforme art. 512 do RICMS/97 e Convênios nºs 105/92, 111/93 e 154/94 e que estaria havendo bitributação.

O autuante, na sua informação fiscal confirma que “a empresa opera no ramo de combustíveis (posto) recebendo os mesmos com o imposto antecipado”.

A Relatora da 3ª JJF, também atestando que o contribuinte opera com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, prolatou o seguinte voto:

*“O presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido pelo autuado na qualidade de empresa de pequeno porte (EPP), enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). ”*

*Neste caso deve pagar mensalmente o ICMS calculado mediante aplicação, sobre a receita bruta mensal, dos percentuais indicados no art. 387-A do RICMS/97, a serem determinados em função da receita bruta ajustada acumulada desde o início do ano, até o mês de referência. O art. 124 da citada legislação prevê a forma e o prazo de pagamento.*

*O fato do contribuinte receber as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com o imposto retido, não o desonera do pagamento do ICMS mensal, decorrente de suas operações de mercadorias.*

*Como não há nos autos a prova de pagamento do imposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

No Recurso apresentado, o recorrente repetiu que comercializa com produtos cujo imposto foi pago através da retenção efetuada por seu fornecedor, e que o seu enquadramento no SIMBAHIA foi provido de Ofício pela INFRAZ, sem a sua participação, e que, ao perceber que pagaria mais tributo nessa condição, mostrou isso a INFRAZ e retornou a condição de normal.

Concluiu requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A Representante da PROFAZ solicitou à 2<sup>a</sup> CJF que os autos fossem remetidos em diligência à INFRAZ de origem para que fosse informado sobre a inclusão e exclusão do contribuinte no SIMBAHIA, e, também, para que o fiscal autuante esclarecesse se as receitas provenientes de compras de mercadorias com imposto substituído fizeram ou não parte da base de cálculo para a renda bruta do autuado.

Na apreciação da Pauta Suplementar, como Relator do PAF, afirmei à Representante da PROFAZ o seguinte: “analisando as cópias do livro RAICMS do contribuinte, fls. 10 a 15, fica claro que os valores das saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária foram incluídos no cálculo do imposto devido”. Após esta observação, os demais membros da 2<sup>a</sup> CJF concordaram que a diligência seria inócuia e a mesma foi indeferida.

Em Parecer conclusivo, a Representante da PROFAZ disse que, diante da constatação da inclusão, no total do faturamento, da receita proveniente de mercadorias substituídas, entendeu que a autuação é improcedente, pois essas mercadorias já foram tributadas anteriormente. Opinou pelo provimento do Recurso.

## VOTO

Antes de adentrarmos ao mérito do presente caso, é necessário relembrar o objetivo do Estado da Bahia ao instituir o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, através da Lei n.º 7.357/98, que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado a ser dispensado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, com a consequente redução individual da carga tributária e, em contrapartida, aumento da base tributária, o que permite ao Estado manter, ou até incrementar a arrecadação, com um recolhimento menor de tributo por contribuinte.

No presente caso, está sendo exigido imposto sobre a receita bruta do autuado, inscrito no SimBahia como empresa de pequeno porte, que, conforme consta na sua impugnação (e este fato é confirmado pelo autuante), opera no ramo de combustíveis e lubrificantes (gasolina, diesel, álcool hidratado), cujo imposto é pago por substituição tributária, conforme art. 512 do RICMS/97.

O art. 5º, II, daquela lei, preconiza que o tratamento simplificado de apuração do imposto não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Já o RICMS/97, quando define receita bruta ajustada (§ 1º, do art. 384-A), que servirá de base para o cálculo do imposto devido, na forma do art. 387-A, não exclui as saídas de mercadorias cujo imposto tenha sido pago por antecipação ou substituição tributária, mas os art. 390-A e seguintes determinam que nas aquisições de mercadorias, sujeitas à antecipação ou substituição tributária, por contribuinte inscrito no Simbahia, o imposto é devido por esta sistemática, a ser retido pelo remetente ou pago pelo adquirente, conforme o caso.

Entendo equivocada a interpretação, dada pela 3<sup>a</sup> JJF, da norma contida no RICMS/97, pois o ICMS não pode ser interpretado literalmente de que não havendo previsão para exclusão das saídas de tais mercadorias do cálculo da receita bruta, necessariamente, estariam inclusas, mas deve ser interpretado de forma sistemática.

Neste sentido, ressalto que o ICMS é um imposto não cumulativo, e as alíquotas aplicáveis são fixas (no caso das mercadorias em questão 17% e 25%), e admitir que, uma vez pago o imposto de forma antecipada porque as mercadorias comercializadas estão sujeitas ao regime da substituição tributária, o contribuinte ainda deveria recolher mais 2% a 4% sobre o seu faturamento, seria o mesmo que aumentar a carga tributária do produto em questão, sem que este aumento estivesse autorizado em lei.

Por isso, entendo que a omissão da menção expressa de que deverá ser excluída do cálculo da receita bruta a saída de mercadoria cujo imposto foi pago por antecipação ou substituição tributária se tratou de mera falha, propositada ou não, na elaboração do RICMS/97.

Este entendimento é corroborado pela própria norma contida no RICMS/97, que regulou a sistemática do Regime de Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta, que pode ser adotada por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, cantinas, choperias, whiskeria, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, apart-hotéis, motéis, pousadas, pensões, albergues, fornecedores de refeições, além de outros serviços de alimentação, em que, expressamente, determina que na receita bruta mensal não serão incluídos os valores das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não-incidência, bem como das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação (art. 504, V, “c”).

Desta forma, o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão Recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 276890.0028/00-3, lavrado contra **DAVI SOARES DE MATOS & CIA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PROFAZ