

A. I Nº - 207150.0147/06-0
AUTUADO - JOSÉ SIVALDO RIOS DE CARVALHO & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTÔNIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 12.04.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0064-02/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. **a)** MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Infrações caracterizadas. **c)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. O contribuinte optante do SimBahia, por comercializar com peças e acessórios para automóveis sujeitas ao regime de substituição tributária não requereu o seu enquadramento para o regime normal e deixou de recolher o imposto devido apurado pelo regime simplificado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 04/05/06 e exige ICMS no valor de R\$ 22.905,76 acrescido da multa de 50%, em razão das seguintes irregularidades:

01. Falta de recolhimento do ICMS na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) relativo aos meses de fevereiro e março de 2002. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 740,00 e aplicada a multa de 50%;
02. Recolheu a menos o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), relativo aos meses de abril a dezembro de 2002 e janeiro e fevereiro de 2003. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 18.640,73 e aplicada a multa de 50%;
03. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), relativo a janeiro de 2001 a janeiro de 2002 Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 3.525,00 e aplicada a multa de 50%.

O autuado apresenta contestação, fls. 13 a 17, aduzindo que após tomar conhecimento do Parecer DITRI nº 2714/2006, que concluíra como sendo devida a cobrança do ICMS pelo regime simplificado de apuração independentemente de ter ele pago o imposto por substituição tributária, afirma ser o Auto de Infração descabido pelo fato da Inspetoria ter analisado os demonstrativos e comprovado seus recolhimentos do ICMS de peças e acessórios de automóveis por substituição tributária.

Diz que atentou para a mudança legislativa e que recolhera corretamente os impostos devidos, entretanto entendera que a mudança de regime seria efetuada automaticamente pelo sistema da SEFAZ, e que não precisaria comunicar a mudança de regime.

Apela para regência do princípio da busca da verdade material no processo administrativo, por isso o fisco deveria utilizar todo o manancial probatório disponível para constatar se a obrigação principal ou acessória imposta ao contribuinte fora efetivamente cumprida. Tudo isso, acrescenta o autuado, porque o processo administrativo fiscal possui natureza inquisitória, dispondo a autoridade fiscal de um vastíssimo cabedal para formar sua convicção, não podendo se eximir da constatação dos fatos, não devendo se apegar a meros formalismos.

Cita o posicionamento de Aurélio Pitanga Seixas Filho para reforçar sua tese, e aduz que é no intuito de não causar prejuízo injusto ao contribuinte, ou enriquecimento ilícito ao Estado, que o referido juízo de valor a ser emitido pela autoridade fiscal não pode ser pautado em presunções formais, de maneira que o lançamento, ou não, do tributo deve levar em consideração o que de fato aconteceu.

Conclui solicitando que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 20 e 24, preliminarmente relata que o autuado em 06/12/2005 ingressou com requerimento solicitando a dispensa do pagamento do ICMS decorrente do seu cadastramento no SimBahia, referente ao período de janeiro de 2001 a fevereiro de 2003, ocasião em que requeria seu desenquadramento do regime, arguindo que as mercadorias por ele comercializadas estarem enquadradas no regime da substituição tributária. Prossegue o autuante esclarecendo que a resposta ao pleito do autuado fora consumada através do Parecer DITRI nº 2714/2006, cuja conclusão assevera que o contribuinte optante pelo SimBahia fica obrigado a recolher o ICMS do Regime Simplificado de Apuração, independente do imposto pago por substituição tributária, além de citar diversos pareceres emitidos pela GECOT ratificando esse entendimento, concedendo o prazo de trinta dias para que o consultante, e ora autuado, efetuasse o recolhimento. Como não ocorrera o pagamento foi procedido o lançamento de ofício.

Diz que o argumento apresentado pelo autuado restringe-se ao seu entendimento de que tendo pago o imposto por substituição tributária das mercadorias adquiridas, não estaria sujeito ao pagamento do imposto do Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, sem contudo, apresentar o fundamento de sua pretensão.

Afirma que o autuado estava inscrito em nosso cadastro estadual como Microempresa Comercial Varejista, optou em 12/98 por aderir ao SimBahia, na condição de microempresa, ficando, com base no seu movimento do exercício de 1998, constante da DME, enquadrada na faixa M3, com o pagamento mensal de R\$ 100,00, a partir de 01/03/99 até 31/03/2000, quando foi reenquadrada, com base na sua receita bruta justada do ano anterior, para a faixa M6, ficando os pagamentos majorados para R\$ 290,00 por mês. A partir de 01/01/02 a 31/03/02 passou para a faixa M7 e o valor da prestação mensal para R\$ 370,00. A partir de 01/04/02 passou para a condição de Empresa de Pequeno Porte até 28/02/03, quando então passou à condição de normal.

Esclarece que o SimBahia, foi instituído em 1998, passando a vigorar a partir de março de 1999 (para as microempresas), como benefício, importando na redução da carga tributária e de obrigações acessórias. Acrescenta que mesmo instituído o SimBahia, já havia diversas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e empresários de alguns segmentos, como o de farmácia, após avaliarem o custo-benefício, preferiram continuar na condição de microempresa, mesmo tendo a totalidade de seus produtos com o imposto pago por antecipação. Portanto, a condição de permanecer ou não no Simbahia, ao contrário do que afirma a interessada, é de ordem empresarial, ou seja, é de sua competência. Ao fisco cumpre verificar se a empresa atende aos requisitos necessários e se está devidamente enquadrada.

Por outro lado, o RICMS-BA/97 no inciso II § 2º do art. 384-A, estabelece os valores que devem ser excluídos do cálculo para se estabelecer a receita bruta, que determina a faixa de pagamento da microempresa e a base para o cálculo da empresa de pequeno porte e dele não consta as mercadorias de substituição tributária, conforme transcrito adiante, donde se conclui que os valores a ela referentes devem fazer parte do cálculo do tributo a recolher.

Ressalta que a empresa passou mais de um ano, depois de entrar em vigor a substituição tributária de autopeças, recolhendo o ICMS – Simbahia, relativo ao período de 01/2001 a 02/2002, como se estivesse enquadrada na faixa M1, com valor de R\$ 25,00 por cada mês, apesar de encontrar-se enquadrada em outra faixa, como informamos no início.

Finaliza pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado se manifesta em relação à informação fiscal, fls. 30 a 38, além de reiterar os argumentos apresentados na defesa acrescentou as ponderações a seguir sintetizadas.

Afirma que recolheu o ICMS devido conforme cópia dos DAE's, por isso, não há que se falar em ausência de recolhimento, estando o debito extinto.

Assevera que decidiu não mais recolher o ICMS através do SimBahia, cometendo o erro de não informar a SEFAZ, entretanto, diz que em momento algum deixou de recolher o ICMS antecipado.

Reclama da exorbitante multa de 50%, devido apenas para os casos de não recolhimento do imposto, aduzindo que no presente caso, o que deixou de ser cumprido fora, apenas, dever instrumental de informar a SEFAZ, que poderia no seu entender culminar apenas com a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Invoca o autuado, a aplicação do princípio da razoabilidade e a observância do princípio da proporcionalidade, sob pena de tornar as multas confiscatórias e, por consequência, inconstitucionais na forma do inciso IV do art. 150 da CF/88.

Cita também, o posicionamento de Aurélio Pitanga Seixas Filho, que enfatiza a busca da verdade material, em contra ponto ao apego a formalismos com o propósito de não causar prejuízo injusto ao contribuinte, ou enriquecimento ilícito ao Estado.

Conclui por o autuado reiterando sua solicitação para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em pauta suplementar, os membros desta Junta decidiram baixar os autos em diligência junto à ASTEC para que se verificasse a natureza tributária das mercadorias comercializadas pelo autuado. O resultado da diligência apresentado pela ASTEC consta do Pecer n° 0213/2006, fls. 66 a 67, que informa que as notas fiscais de entradas analisadas são de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração trata de três infrações, relativas à falta de recolhimento e de recolhimento a menos do ICMS na condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no SIMBAHIA apuradas no período de janeiro de 2001 a fevereiro de 2003.

A defesa impugna o lançamento alegando que comercializa exclusivamente com peças e acessórios de automóveis, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Apresenta como prova de sua assertiva cópias de diversos DAE's onde constam pagamentos de ICMS – Antecipação Tributária, realizados no período fiscalizado. Acrescenta ainda que com a inclusão das mercadorias que operava em 01/01/2001 no regime de substituição tributária, por desconhecer da necessidade de alterar o seu regime de apuração do imposto e supondo que a transição seria realizada automaticamente pela SEFAZ, não providenciou a sua mudança do regime simplificado para o regime normal de apuração. Requerendo, por entender já ter pago o imposto devido, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante mantém a autuação aduzindo que o enquadramento no SimBahia é opção do contribuinte e que se encontrando enquadrado no regime simplificado de apuração deve atender aos critérios previsto no regulamento. Para fundamentar seu argumento cita diversos artigos do RICMS-BA/97 para evidenciar que não existe incompatibilidade entre a apuração pelo regime simplificado e o fato do contribuinte comercializar com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em pauta suplementar, os componentes desta Junta de julgamento decidiram baixar os autos em diligência para que preposto da ASTEC verificasse qual a natureza tributária das mercadorias que o estabelecimento autuado operava por ocasião do período fiscalizado.

O resultado da diligência, apresentado através do Parecer ASTEC Nº 0213/06, deu conta de que o autuado comercializava somente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em decorrência dos exames empreendidos nas peças que integram os autos constato que o autuado efetivamente comercializava com peças e acessórios de veículos, portanto, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e que, no período de janeiro de 2001 a fevereiro de 2003, encontrava-se enquadrado no Simbahia, período esse, em que efetuara diversos, recolhimentos sob o código de receita 1145 – ICMS – Antecipação Tributária.

É fato inconteste que na dicção do inciso II do art. 384-A do RICMS-BA/97, que estabelece as exclusões para o cálculo da receita bruta para microempresa e empresa de pequeno porte, não consta alusão alguma às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Obriga também o art. 391 do RICMS-BA/97 as microempresas e empresas de pequeno porte a procederem a substituição tributária quando esta não tiver sido realizada pelo remetentes. Além do que o art. 386-A, do mesmo regulamento, especificamente em relação às microempresas determina que os valores fixos que deverão ser recolhidos devem ser apurados em função da receita bruta do ano anterior e sem prejuízo da aplicação das normas relativas à substituição.

Em suma, o RICMS-BA/97 em diversos de seus dispositivos sinaliza claramente a total compatibilidade entre o regime simplificado de apuração e as normas atinentes à substituição tributária.

O meu entendimento é de que é insuficiente a constatação de que o autuado comercializa somente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e a apresentação de DAE's comprovando o recolhimento do ICMS - Antecipação Tributária de algumas operações por ele realizadas, para se comprovar, de forma inequívoca e definitiva, que o contribuinte recolhera integralmente o imposto devido em cada período de apuração. Eis que, o fato do contribuinte apresentar alguns DAE's comprovando o recolhimento de antecipação tributária no período fiscalizado não tem o condão de atestar a sua total regularidade. Portanto, não há que se falar, com plena convicção de se estar exigindo imposto com fase tributação encerrada. Tanto é assim que, por força legal, o contribuinte tem que está enquadrado em um dos regimes de apuração do imposto, seja ele simplificado, ou não. Isto significa dizer que a obrigação principal a ser cumprida pelo contribuinte regularmente inscrito no CAD-ICMS/BA, não pode ser avulsa, pois, tem que está sistematicamente vinculada a um regime de apuração, com o rigor inerente a cada um dos regimes previstos em lei, sob pena de manifesta impossibilidade de se aquilatar o efetivo adimplemento da obrigação principal.

Portanto, não é verossímil afirmar que, por operar, tão-somente, com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o contribuinte não atrelado a nenhum dos regimes de apuração previsto na legislação pertinente cumpriu integralmente com suas obrigações tributárias, como pretende o autuado, ou seja, não se enquadrado no regime de apuração que lhe é facultado e não recolhera corretamente o imposto devido pelo regime simplificado ao qual se encontrava vinculado. Primeiro, por que não se tem convicção alguma de que os DAE's apresentados contemplam todas as operações efetivamente realizadas em cada período de apuração e muito menos se procedera corretamente a antecipação tributária legalmente prevista. Segundo, porque o contribuinte ao se encontrar desvinculado de um regime específico de apuração não produz e nem apresenta ao fisco os elementos imprescindíveis para o seu monitoramento e ao acompanhamento de suas atividades perante a administração fiscal, subordinado que está por imposição legal.

Por tudo isso é que mantenho as exigências materializadas nas três infrações objetos do presente Auto de Infração com o fundamento de que enquanto o contribuinte estiver vinculado a um regime de apuração do ICMS, precipuamente decorrente de opção própria, deve cumprir todas as exigências inerentes a esse regime, salvo se inequivocamente, e de forma integral, restar comprovada que todas suas operações, em todos os períodos de apuração, tiveram o imposto

correta e devidamente recolhido e estiveram com a fase tributação encerrada. Fato esse que no meu entendimento não restou inteiramente comprovado nos presentes autos.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado cometimento, por parte do autuado, das três infrações que lhe foram imputadas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Os três itens deste Auto de Infração têm uma mesma motivação: os itens 1º e 2º dizem respeito à falta de recolhimento do imposto relativo ao regime do SimBahia, sendo que o item 1º se refere à fase em que o contribuinte era microempresa, e o item 2º se refere à fase em que ele era empresa de pequeno porte, ao passo que o item 3º cuida de diferença de imposto em virtude de “mudança de faixa” na condição de microempresa.

Pelo que consta nos autos, o contribuinte comercializa, exclusivamente, peças e acessórios de veículos.

O autuado era inscrito no SimBahia.

Em 1º de janeiro de 2001, foi feita uma mudança na legislação estadual, incluindo as peças e acessórios de veículos automotores no regime de substituição tributária (Decreto nº 7.886/00).

Por alguma razão, que não tem relevância aqui, o autuado continuou inscrito no SimBahia, embora todas as mercadorias objeto do seu negócio tivessem o imposto pago por antecipação, ficando, assim, encerrada a fase de tributação, conforme prevê o art. 356 do RICMS.

Ao se aperceber disso, o autuado solicitou seu desenquadramento do sistema do SimBahia e ingressou com requerimento, solicitando dispensa do pagamento do imposto relativo ao período em que, inadvertidamente, se manteve cadastrado no aludido sistema.

O pedido foi negado. Em seguida, foi acionada a fiscalização, para lançar o imposto em questão.

Aí está o histórico dos fatos.

Para me posicionar sobre essa lide, preocupei-me em analisar se, de fato, todas as mercadorias comercializadas pelo autuado estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Essa indagação foi feita na diligência à fl. 64: foi mandado verificar “se todas as mercadorias adquiridas pelo autuado estão enquadradas no regime de Substituição Tributária”.

O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informou o seguinte (fl. 67):

“Conforme notas fiscais anexadas ao processo, fls. 70/710, constata-se que o autuado comercializa com pneus, câmaras, protetor de câmara, peças e acessórios para veículos, mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária.”

Desse modo, resta decidir se, uma vez pago por antecipação o imposto relativo às suas operações, o autuado teria, ainda, de pagar “outro imposto”, pelo fato de figurar num segmento cadastral “inadequado”.

O art. 386-A do RICMS prevê que a microempresa deve pagar o imposto de acordo com os valores fixos ali estipulados, sem prejuízo da aplicação das disposições relativas à antecipação ou substituição tributária.

Esse dispositivo precisa ser interpretado com cuidado. O regime simplificado do SimBahia é apenas uma forma ou método de apuração do imposto relativo a operações de circulação de mercadorias ou relativo a prestações de serviços de transportes e de comunicações. O imposto apurado no regime do SimBahia não é “taxa”. Apesar de ser apurado por critérios próprios, continua a ser ICMS. Sendo assim, não importa o segmento cadastral em que o contribuinte esteja inscrito, há que se levar em conta a estrutura básica do ICMS.

Faço uma indagação: uma livraria que, comprovadamente, apenas venda livros e revistas mas que esteja inscrita no SimBahia como microempresa, deverá pagar, todo mês, o valor fixado pelo Regulamento sobre a receita bruta ajustada?

Claro que não. O ICMS não tem como fato gerador a “receita bruta ajustada”. Esta é apenas uma grandeza econômica que serve de parâmetro para apuração do imposto sobre operações ou prestações juridicamente sujeitas ao imposto. Se, comprovadamente, fora de qualquer dúvida, a “receita bruta ajustada” diz respeito a operações ou prestações isentas ou não tributáveis, não há o aspecto material para a incidência da norma jurídica tributária que define os fatos impositivos no âmbito do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

Voltando à regra do art. 386-A, entendo que este dispositivo deva ser interpretado assim: um contribuinte que, além de realizar operações tributáveis normalmente, também realiza – concomitantemente – operações sujeitas à substituição tributária por antecipação, deve pagar o imposto de acordo com os valores fixos ali estipulados, sem prejuízo da obrigação de também ter de antecipar o imposto relativamente às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Se, contudo, o contribuinte realiza, somente, operações com mercadorias cujo imposto é pago por antecipação, não vejo como fugir à regra do art. 356 do RICMS, segundo a qual, uma vez pago o imposto por antecipação, fica encerrada a fase de tributação das mercadorias. Seria um absurdo imaginar que a fase de tributação estivesse “encerrada”, mas mesmo assim tivesse de ser pago o imposto.

Que imposto teria de se pagar, se, literalmente, o Regulamento diz que está “encerrada a fase de tributação”?

O propósito do Estado da Bahia, ao instituir o SimBahia, através da Lei nº 7.357/98, foi favorecer as micros e pequenas empresas com um tratamento tributário diferenciado e simplificado. Uma interpretação distorcida dos preceitos legais, como a perpetrada neste caso, poderá surtir efeito contrário – em vez de se favorecer, castiga-se o pequeno contribuinte, a pretexto de formalismos inexplicáveis.

Nenhum dispositivo legal pode ser interpretado isoladamente. O art. 386-A deve ser interpretado em harmonia com o art. 356.

Prescreve o art. 356 do RICMS:

“Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias [...]”

O art. 356 do RICMS reproduz a norma do art. 9º da Lei nº 7.014/96:

“Art. 9º. Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.”

No caso em tela, foi feita diligência para que a ASTEC verificasse se todas – observe-se bem: todas – as mercadorias comercializadas pelo autuado estão enquadradas no regime de substituição tributária. A solicitação da diligência encontra-se à fl. 64.

Resposta da ASTEC, à fl. 67: todas as mercadorias que o autuado comercializa estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Ou seja: todo o imposto devido pelo autuado relativamente a suas operações é pago por antecipação.

Ora, se todas as operações relativas a circulação de mercadorias efetuadas pelo autuado tem o imposto pago por antecipação – nas entradas –, seguramente está encerrada a fase de tributação, não havendo mais imposto a ser cobrado nas saídas das mesmas mercadorias, independentemente do regime de apuração do imposto.

Onde está escrito isso? Está escrito no art. 356 do RICMS.

Não estou inventando nada. Estou apenas interpretando uma norma que me parece mais clara do que a luz do sol.

Existem precedentes do CONSEF neste sentido.

A 2ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0295-12/02, nos autos do Processo nº 276890.0018/99-7, ao apreciar o Recurso de Ofício da 4ª Junta, relativamente ao Acórdão JJF 1114/00, reafirmou o que a Junta decidira, negando provimento ao Recurso de Ofício, por unanimidade. A ementa do supracitado Acórdão CJF 0295-12/02 é a seguinte:

“EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. 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 NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Transcrevo, a seguir, trecho do voto do eminente Relator do referido Acórdão CJF 0295-12/02, Dr. Ciro Roberto Seifert:

“VOTO

[...]

“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, álcool hidratado), cujo imposto é pago por substituição tributária, conforme art. 512 do RICMS/97.”

“Conforme já mencionado no voto do Relator do PAF, 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 a 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 a 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 pelo autuante, 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 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, concluo que foi perfeito o entendimento manifestado no julgamento de 1ª Instância, ora em reexame, que não carece de qualquer ressalva, e o meu voto, portanto, é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para homologar a decisão recorrida.”

Poder-se-ia objetar que o julgamento acima comentado, da 2ª Câmara, teria sido um caso isolado. Não é. Transcrevo, a seguir, ementa de decisão de igual teor, proferida pela 1ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0019-11/03, nos autos do Processo nº 276890.0028/00-3, ao apreciar Recurso Voluntário em face do Acórdão JJF 2122-03/01, da 3ª Junta:

“**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.”

Desse modo, de acordo com o direito e em consonância com a jurisprudência deste Conselho, não vejo como dar sustentação ao procedimento fiscal em apreço.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207150.0147/06-0**, lavrado contra **JOSÉ SIVALDO RIOS DE CARVALHO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.905,76**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – RESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE