

**PROCESSO** - A. I. Nº 149269.0002/07-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MARAZUL ATACADISTA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0074-01/08  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 05/06/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 0134-12/08

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NOS CRITÉRIOS E ALÍQUOTAS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES NORMAIS. Imputação em desacordo com as situações previstas em regulamento e que autorizam o desenquadramento. Infração Nula. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal contra a referida Decisão pela mesma proferida, que decidiu pela nulidade da infração 2, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Cinge-se o presente Recurso de Ofício à análise e enfrentamento na infração 2, julgada nula em primeira instância, e assim descrita no Auto de Infração:

*“Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, nos meses de setembro a dezembro de 2002, julho a dezembro de 2003, junho a agosto de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$167.660,93, acrescido da multa de 50%.”*

No que se refere à infração 2, alegou o autuado em sua peça defensiva que a exigência relativa aos meses de outubro a dezembro de 2003 e junho a agosto de 2004, foi apurada sem observância do artigo 408-S, § 1º, do RICMS/BA, que prevê a utilização do crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

Por tal razão, argumentou que os aludidos valores deveriam ser reduzidos, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 467 dos autos. À luz do citado demonstrativo, prosseguiu, o ICMS a recolher nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2003, passaria a ser de R\$16.920,27, R\$13.388,29 e R\$13.687,17, respectivamente, ao passo que nos meses de junho, julho e agosto de 2004, o ICMS devido seria de R\$6.754,10, R\$12.091,03 e R\$14.374,22, respectivamente.

De referência à infração 2, a autuante apresentou informação fiscal às fls. 476 a 478, asseverando que acatava as alegações defensivas, visto que utilizou “as planilhas de cálculos que já ficam prontas e com as fórmulas de cálculos”, quando o autuado ultrapassou o limite para enquadramento como empresa de pequeno porte, esqueceu de modificar a fórmula para o cálculo do crédito. Apresentou demonstrativo referente aos meses apontados pelo autuado, com os mesmos valores de ICMS a recolher.

O processo foi convertido em diligência pela 1ª JF, tendo em vista que o autuado não havia recebido cópias das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, determinando que a repartição fizesse a entrega, comunicando-o, também, da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

À fl. 483, foram colacionados aos autos intimação e confirmação pelo autuado do recebimento das cópias das notas fiscais e da reabertura do prazo defesa, tendo o mesmo, porém, quedado-se silente.

Através do Acórdão JF nº 0074-01/08, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela nulidade da infração 2, sob o entendimento de que:

*“De início, no presente caso, parece-me imprescindível identificar qual o critério aplicável para apuração do imposto devido, por ser o autuado optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte e ter recolhido a menos o imposto, em razão de haver ultrapassado o limite para enquadramento em determinada faixa no SimBahia, conforme estabelecido no RICMS/BA.*

*A teor do artigo 408-S, do RICMS/BA, quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

*Portanto, para que o imposto seja exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais e não pelo critério SimBahia, necessariamente a situação deverá estar prevista num dos artigos acima referidos. Como exemplo, cito as infrações consideradas de natureza grave, conforme estabelecido no RICMS/BA.*

*O crédito de 8% pretendido pelo autuado e considerado pela autuante, encontra-se previsto no § 1º do artigo 408-S do RICMS/BA, e tem a seguinte dicção:*

*'Art. 408-S.*

*(...)*

*§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.'*

*Observe que a infração imputada ao contribuinte, não se identifica com nenhuma das situações previstas nos artigos 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, do RICMS/BA, valendo dizer que, não houve perda do direito de apurar o imposto devido pelo regime simplificado de apuração.*

*Assim sendo, no caso em exame, não cabe a aplicação da alíquota de 17%, conforme consta nas planilhas acostados aos autos, e muito menos o crédito de 8%, conforme pretendido pelo autuado e considerado pela autuante, haja vista que a admissibilidade de tal tratamento somente ocorre quando o imposto é apurado pelos critérios normais de apuração, em decorrência da perda do direito de apurar pelo regime simplificado de apuração.*

*Portanto, a exigência da diferença não recolhida apontada no Auto de Infração em exame, deveria ser feita com base nos mesmos critérios aplicáveis ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, ou seja, aplicação do percentual previsto sobre a receita bruta mensal apurada, com a observância do número de empregados para fins de abatimento do imposto apurado, sendo 1% por empregado registrado até o quinto empregado, e a partir do sexto empregado 2% até o limite de 25% de abatimento.*

*Diante do exposto, considerando que a base de cálculo do imposto foi determinada em desacordo com a legislação do ICMS, este item da autuação é nulo, consoante o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.*

*Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas”.*

## **VOTO**

Reforma alguma merece a Decisão de primeira instância.

Isso porque, como corretamente decidiu o julgador de primeira instância, a infração 2, imputada ao contribuinte, não se enquadra em nenhuma das hipóteses insculpidas nos artigos 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, do RICMS/BA.

Daí porque incorreu a perda do direito de que o imposto devido fosse apurado através do regime simplificado.

Não caberia, portanto, a aplicação da alíquota de 17% constante nas planilhas acostadas ao Auto de Infração e, conseqüentemente, a concessão de qualquer crédito. Tal critério somente pode ser adotado, como ressaltou o *a quo*, “quando o imposto é apurado pelos critérios normais de apuração, em decorrência da perda do direito de apurar pelo regime simplificado de apuração”.

Logo, a diferença que foi objeto da infração 2 deveria ser feita com base nos mesmos critérios aplicáveis ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, qual seja, “*aplicação do percentual previsto sobre a receita bruta mensal apurada, com a observância do número de empregados para fins de abatimento do imposto apurado, sendo 1% por empregado registrado até o quinto empregado, e a partir do sexto empregado 2% até o limite de 25% de abatimento*”, como assinalou o Acórdão recorrido.

Flagrante, portanto, a nulidade da infração 2, posto que a sua base de cálculo foi determinada em dissonância com o quanto prescrito na legislação do ICMS.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos. Recomendo, porém, à autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, à luz do art. 21, do RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 149269.0002/07-9, lavrado contra **MARAZUL ATACADISTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$164,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.793,45**, prevista no art. 42, IX, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se à autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, relativamente à infração julgada nula.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2008

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. PGE/PROFIS