

A. I. Nº - 149269.0002/07-9  
AUTUADO - MARAZUL ATACADISTA LTDA.  
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET - 18. 03. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/08

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Infração não impugnada. 2. 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. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Infração Nula. 3. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Restou comprovado que o autuado estava inscrito na condição de normal, no período apontado na autuação. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007, exige ICMS no valor de R\$ 167.825,07, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 6.793,45, em decorrência das seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

1. deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 [artigo 353,II, do RICMS/BA], nos meses de janeiro, março a maio de 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 164,14, acrescido da multa de 60%. Consta se referir à aquisição de café correspondente aos exercícios de 2002 e 2003;
2. 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%;
3. deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2004 a 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 6.793,45.

O autuado apresentou defesa às fls. 464 a 468, dizendo que analisando os documentos relativos à infração 02, constatou 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.

Diante disso, sustenta que os valores devidos referentes aos meses apontados acima, fica reduzido, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 467 dos autos. No referido demonstrativo, o ICMS a recolher nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2003, passa para R\$ 16.920,27, R\$ 13.388,29 e R\$ 13.687,17, respectivamente. Já nos meses de junho, julho e agosto de 2004, o ICMS devido passa para R\$ 6.754,10, R\$ 12.091,03 e R\$ 14.374,22, respectivamente.

Quanto à infração 03, alega que durante parte do período de 2004 estava enquadrada na condição de empresa de pequeno porte, portanto, dispensado de manter escrita fiscal, não sendo cabível a aplicação da penalidade em questão.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 476 a 478, dizendo que acata as alegações defensivas, tendo em vista que por ter utilizado 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. Apresenta demonstrativo referente aos meses apontados pelo autuado, com os mesmos valores de ICMS a recolher.

Contestando as alegações defensivas relativas à infração 03, afirma que o autuado realmente funcionou como EPP até 31/08/2004 e a partir de 01/09/2004 se enquadrou na condição de normal, não procedendo a sua impugnação, tendo em vista que as notas fiscais arroladas neste item da autuação foram aquelas emitidas a partir de 01/09/2004, conforme planilha à fl. 32 e anexos às fls. 32 a 43 dos autos.

No tocante à infração 01, diz que o autuado não impugnou a autuação.

Finaliza mantendo parcialmente a autuação.

A 1ª JF, considerando que o autuado não recebera cópias das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, converteu o processo em diligência (fl. 481), a fim que a repartição fizesse a entrega, inclusive, comunicando-o da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Consta à fl. 483, intimação e confirmação pelo autuado do recebimento das cópias das notas fiscais e da reabertura do prazo defesa, contudo, sem qualquer manifestação.

## **VOTO**

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado se insurge contra as infrações 02 e 03, silenciando quanto à infração 01.

No que concerne à infração 01, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no artigo 353, II, do RICMS/BA, observo que o autuado reconheceu tacitamente o cometimento da infração, haja vista que se manteve em silêncio, prevalecendo, no caso, as disposições do artigo 123 e 144 do RPAF/99. Mantida a infração.

Quanto à infração 02 – que cuida de recolhimento a menos do ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS -, vejo que o sujeito passivo alega a não observância pela autuante do direito ao crédito de 8%, conforme previsto no artigo 408-S, § 1º, do RICMS/BA, o que determinou a exigência em valor superior ao devido, nos meses de outubro a dezembro de 2003 e junho a agosto de 2004.

Por outro lado, observo que a autuante acata a alegação defensiva e refaz os cálculos abatendo do ICMS calculado o crédito de 8%, apresentando novo demonstrativo de débito, com os mesmos valores indicados no demonstrativo elaborado pelo autuado, ou seja, ICMS a recolher nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2003, no valor de R\$ 16.920,27, R\$ 13.388,29 e R\$ 13.687,17,

respectivamente, e nos meses de junho, julho e agosto de 2004, no valor de R\$ 6.754,10, R\$ 12.091,03 e R\$ 14.374,22, respectivamente.

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.”*

Observo 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.

No que concerne à infração 03 - que cuida da entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% do valor comercial das mercadorias, constato assistir razão a autuante, pois os registros de informações acostados aos autos, comprovam que o autuado esteve inscrito na condição de empresa de pequeno porte até 31/08/2004, passando a partir de 01/09/2004 a condição de normal. Como as notas

fiscais arroladas neste item da autuação foram emitidas pelos fornecedores, a partir de 01/09/2004, conforme comprovação nos autos, não procede a alegação defensiva.

Cumpre registrar que, apesar de no Auto de Infração constar como data de ocorrência o final do exercício e não os meses da efetiva ocorrência como deveria ser consignado, inclusive, para fim de aplicação dos acréscimos moratórios, o demonstrativo elaborado pela autuante anexado aos autos, discrimina corretamente as ocorrências. Mantida a infração.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 149269.0002/07-9, lavrado contra **MARAZUL ATACADISTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 artigo 42, IX, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, recomendando a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, relativamente à infração julgada nula.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2008

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR