

A. I. N° - 180503.0149/07-7
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DE CASTRO DIAS
ORIGEM - INFAZ T. DE FREITAS
INTERNET - 10.06.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0132-02/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações caracterizadas. 2. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamento com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração subsistente. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2007, exige ICMS, no valor de R\$47.682,56, em decorrência:

- 1- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$4.998,71, nos prazo regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).
- 2- Recolhimento a menos na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), no valor R\$3.479,74.
- 3- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2003 e 2004, com ICMS devido no valor de R\$39.204,11.

O autuado apresentou defesa, fls. 28 a 37, impugnando o lançamento tributário, preliminarmente, arguindo nulidade do Auto de Infração em relação, com as seguintes alegações:

- 1- Duplicidade da exigência fiscal sobre o mesmo fato (omissão de saída) em relação ao mesmo período de apuração do imposto, ou seja, mês 12/2003 e 12/2004, em relação a infração 03, por entender que já foi corretamente apurada na imputação de infração nº 02, uma vez que o período objeto de tal imputação, exercícios de 2003 e 2004, também consta daquela imputação. Aduz que essa cobrança caracteriza *bis in idem*, sendo um verdadeiro confisco, o que é vedado pela Constituição Federal no inciso IV, artigo 150, citando doutrina sobre o tema.
- 2- Utilização simultânea de dois regimes de apuração do ICMS sem previsão à época do fato gerador, isto é: um em função da receita bruta e o outro pelo regime normal, transcrevendo Emendas dos Acórdãos JJF N° 0378-03/02; CJF N° 0060-12/07 e CJF N° 0179-12/07;
- 3- Aplicação de alíquota inexistente de 17% para o regime do SimBahia. Requer que seja aplicado o referido regime, pois quando aderiu ao mesmo, deixou de apropriar dos créditos fiscais, utilizando em contrapartida de alíquota reduzida. Caso seja mantida a autuação, será uma ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que a mesma alíquota aplicada ao autuado é aplicada aos contribuintes normais, por força do artigo 50 do RICMS vigente, aos quais é assegurado o direito de crédito garantido por nossa Carta Magna e pelo artigo 91 e seguintes do

nosso RICMS, transcrevendo Emendas dos Acórdãos CJF Nº 0060-12/07; CJF Nº 0596-11/03, JJF Nº 0111-01/04 e JJF Nº 0098-01/04.

Aduz que o autuante não é competente para proceder o desenquadramento do regime de apuração durante a ação fiscal, sendo nula a autuação.

Ao finalizar, requer a nulidade da autuação.

Na informação fiscal, fl. 53, o autuante aduz, em relação as infrações 01 e 02, que no período fiscalizado o contribuinte enquadrado no SimBahia, na condição de EPP, e na sua defesa não apresenta nenhuma prova de que o débito reclamado na ação fiscal em lide, folhas 09 e 10 dos autos, não existem ou foi calculado de forma errônea. Frisa que apurou o ICMS devido de forma correta, inclusive, tendo considerado a redução em função dos empregados.

No tocante a infração 03, assevera que não procede o argumento defensivo de que houve cobrança em duplicidade, pois o mesmo foi intimado a apresentar documentação comprobatória das obrigações que alega não mais existir.

Ressalta que nada há de errado na apuração do débito, de acordo como demonstrado à folha 12, baseada nos dados das folhas 11, 13 e 14, foi feito o abatimento dos pagamentos efetuados às folhas 17 à 25 e concedido o crédito de 8%.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 03 (três) irregularidades.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, resalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, pelas seguintes razões:

Quanto a arguição defensiva de duplicidade da exigência fiscal sobre o mesmo fato (omissão de saída), em relação as infrações 02 e 03, as mesmas não pode ser acolhida, haja vista que a infração 02 trata das operações realizadas com emissão de notas fiscais, porém, o imposto devido foi calculado a menos. Já na infração 03 o autuado não emitiu nota fiscal, portanto, não foi oferecido à tributação do ICMS de forma espontânea como deveria.

Em relação a arguição defensiva de utilização simultânea de dois regimes de apuração do ICMS sem previsão à época do fato gerador, isto é: um em função da receita bruta e o outro pelo regime normal (aplicação de alíquota de 17%), devo ressaltar que as decisões transcritas pela defesa não guardam pertinência com a presente lide.

De acordo com o art. 19, da Lei nº 7.357/98, quando uma empresa optante pelo regime do SimBahia praticar infração tipificada no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, o imposto deverá ser exigido com base no regime normal de apuração, sendo concedidos os créditos fiscais a que o contribuinte fizer jus.

Portanto, o procedimento fiscal encontra-se embasado na Lei que trata especificadamente das infrações praticadas por contribuintes enquadrado no SimBahia, não havendo razão para alegação de nulidade, uma vez que a determinação legal é para que o Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, diante dessas infrações, realize o lançamento tributário, apurando o ICMS devido com base no regime normal de apuração, sendo concedido o crédito fiscal de 8%.

No mérito, na Infração 01 é imputada a falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Na infração 02 é imputada ao autuado o recolhimento a menos na condição de

Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Portanto, as duas infrações (1 e 2) versam sobre erros nos recolhimento do SimBahia. Na primeira, imputa a falta do recolhimento referente ao mês de maio de 2004, demonstrativo à folha 10 dos autos. A segunda (recolhimento a menos) encontra-se demonstrado às folhas 09 e 10 dos autos. O autuado não apresentou nenhum argumento em relação aos referidos itens da autuação.

Logo, entendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Na Infração 03 é imputada ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2003 e 2004.

Em sua defesa, além das questões de nulidade, já analisadas e afastadas, o autuado não demonstrou ou questionou os números levantados pelo autuante.

A ação fiscal foi embasada no Balanço Patrimonial dos exercícios de 2003 e 2004, folhas 13 e 14 dos autos, nos quais constam as assinaturas do sócio do contribuinte autuado e do contador.

De posse dos balanços patrimoniais do sujeito passivo o auditor relacionou os pagamentos efetuados aos fornecedores durante os respectivos exercícios, abatendo o total dos pagamentos do saldo existente nos balanços, tendo apurado a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, conforme demonstrado à folha 12 dos autos.

Considero correta a exigência fiscal, tendo respaldo legal no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, segundo o qual, além de outras hipóteses, a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, condição não atendida pela empresa.

Ressalto que, por se tratar de contribuinte enquadrado no SimBahia, no período objeto da autuação, o autuante concedeu o crédito de 8% previsto na legislação do SimBahia, para essas situações. Logo, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180503.0149/07-7**, lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.682,56**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.478,45 e 70% sobre R\$39.204,11, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item I e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR