

A. I. Nº - 232943.0022/08-3  
AUTUADO - UNIÃO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA  
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO  
ORIGEM - INFAS ITABUNA  
INTERNET 19.05.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0103-05/10**

**EMENTA:** ICMS. 1. MICROEMPRESA. IMPOSTO APURADO POR LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. PERÍODO SIMBAHIA E SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO APURADO EM FUNÇÃO DA MVA; **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO, NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Valores reduzidos em função de ajuste no levantamento em face de originalmente não ter sido considerado parte do movimento da empresa. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO POR APURAÇÃO DE DIFERENÇA TANTO DE ENTRADA COMO DE SAÍDA SENDO EXIGIDO ICMS SOBRE DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO – A DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS; Infração nula por inadequação de procedimento fiscal. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO DO ICMS-SIMBAHIA. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS NA DME. MULTA. Infração não elidida. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS FORA DO ESTADO. Infração não elidida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS FORA DO ESTADO. Infração não elidida. Pedido de perícia indeferido. Rejeitadas preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 29/09/08, exige o valor de R\$165.856,51, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento de ICMS por antecipação tribu acrescido da multa de 60%, de responsabilidade do próprio sujeito p

valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2007;

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$16.049,14, acrescido da multa de 70%, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2007)

INFRAÇÃO 3: Recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$4.201,03, acrescido da multa de 50%, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), relativo ao período março a junho de 2007;

INFRAÇÃO 4: Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$90.291,77, acrescido da multa de 70%, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007);

INFRAÇÃO 5: Multa de R\$140,00 por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa);

INFRAÇÃO 6: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária no valor de R\$22.274,42, acrescido da multa de 50%, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional – referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no período julho de 2007, janeiro a junho de 2008;

INFRAÇÃO 7: Deixou de efetuar recolhimento de ICMS antecipação parcial no valor de R\$1.413,80, acrescido da multa de 50%, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte – Simples Nacional – referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no período janeiro, março a junho de 2008.

O autuado, na defesa apresentada por meio de advogados legalmente constituído (fls. 273/322), inicialmente discorre sobre as infrações e diz que recorrendo será, automaticamente, obrigado a recolher multa, o que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, diz que o demonstrativo de débito está totalmente equivocado, o que acarreta a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto ao mérito, diz que iniciou suas atividades em 2007 enquadrado como microempresa, estando neste período desobrigado da entrega de arquivos magnéticos do Sintegra.

Diz que em setembro de 2007, entretanto, tendo seu faturamento ultrapassado o limite de R\$360.000,00, iniciou voluntariamente a remessa dos referidos arquivos à Sefaz.

Sendo assim, se observa um fato grave na autuação: a desconsideração de parte da movimentação de notas fiscais do autuado, relativas ao período março a agosto de 2007.

Aduz que o autuante, desconsiderando essas informações, distorceu o levantamento quantitativo das omissões de entrada e saída.

Diz que tal afirmação pode ser comprovada no relatório c

movimentação quantitativa item por item de todo o período de 2007, relacionando o movimento e enumerando suas respectivas notas fiscais de entrada e saída, em ordem de código de mercadoria, como fez o autuante.

Portanto, após tal conferência diz que avaliou as omissões quantitativas de conformidade com os preços médios unitários levantados pela fiscalização, concluindo que a base de omissões monta o total de R\$194.780,93 e não R\$625.692,13.

Não bastasse isso, diz que os preços médios apurados pelo autuante relativos a quatro itens não estão corretos, motivo pelo qual os recalcoulou, podendo ser comprovados mediante análise dos documentos fiscais, como abaixo descritos;

Código Proc	Descrição Produto	Mês	Doc.Fiscal	Valor Produto	Qtdde.	Preço Médio
71987	PISO CER BIANCOGRES APPIA LINE BRO	09	ECF.1860	69,84	29,7	2,35
71987	PISO CER BIANCOGRES APPIA LINE BRO	09	NF. 0346	699,73	29,7	23,56
Total				769,57	59,4	
Preço Médio NF + ECF						12,96
72124	PISO CER BIANCOGRES FLORENCA BIAN	10	ECF.2409	440,16	29,7	14,82
72124	PISO CER BIANCOGRES FLORENCA BIAN	10	NF.0382	704,78	29,7	23,73
Total				1.144,94	59,4	
Preço Médio NF + ECF						19,28
92276	PISO CER BALTIKO FORMIGRES 43X43 A	09	NFs.0336 e 0349	347,74	166	2,09
92276	PISO CER BALTIKO FORMIGRES 43X43 A	09	ECF.2374	21,59	18	1,20
Total				369,33	184	
Preço Médio NF + ECF						2,01
92147	PISO CER KARDENIA PATAKOS ESMALTA	10	ECFs.2886-2928-3507	671,67	54	12,44
92147	PISO CER KARDENIA PATAKOS ESMALTA	10	NF.0407	258,00	20	12,90
Total				929,67	74	
Preço Médio NF + ECF						12,56

Assim, diz que considerando as alegações ora dispostas, e a revisão do auto de infração, o montante da auditoria de estoques apurado pelo autuante em seu relatório “DEMONSTRATIVO DAS OMISSÕES PORTARIA 445/98” deve ter uma nova configuração como demonstrado abaixo:

**DEMONSTRATIVO DAS OMISSÕES PORTARIA 445/98**

(1) TOTAL DAS OMISSÕES DE ENTRADAS	191.936,01
(2) TOTAL DAS OMISSÕES DE SAÍDAS	7.844,97
(3) OMISSÃO DE ENTRADAS MAIOR QUE A DE SAÍDAS (1) - (2)	189.091,09
(4) VALOR DAS OMISSÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NA ST	160.512,78
(5) VALOR DAS OMISSÕES DE MERCADORIAS TRIB NORMAIS	28.578,31
(6) TOTAL DAS OMISSÕES (4) + (5)	189.091,09
ICMS S/OMISSÕES MERCADORIAS TRIB NORMAL (28.578,31 x 17%)	4.858,31
ICMS S/OMISSÕES MERCADORIAS ENQUADRADAS NA ST	
(A) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (160.512,78 x 17%)	27.287,17
(Art.10, a, Portaria 445/98)	
RESP PRÓPRIA C/VALOR ACRESCIDO ((216.486,47 x 17%) A)	9.515,53
TOTAL DO ICMS	41.661,01

Portanto, afirma que o auto está eivado de ilegalidade e deve ser considerado nulo.

Neste aspecto, diz que não está claro nos autos até quando deverá ser realizado o pagamento, muito pelo contrário, no Anexo do Demonstrativo de débitos está explicita uma tabela de redução de multa.

Fala que pelo que consta no AI seu direito de ampla defesa e contr

Created with

uma vez que está sendo “obrigado” a não discutir o débito, mas sim, simplesmente aceitá-lo, com o que entende haver ato confiscatório, não sendo nele observadas as formalidades essenciais, especialmente dispositivos legais infringidos e os que culminem a sanção ou que justifique a exigência tributária, porquanto, segundo ele, não determina, com segurança, a infração cometida.

Diz que, no caso, houve retroatividade do ato de desenquadramento em seu prejuízo, pois este deveria atingir somente o exercício seguinte, qual seja 2008, e que a lei tributária apenas pode retroagir para beneficiar conforme art. 106 do CTN, ressaltando que a irretroatividade da lei está ligada ao direito adquirido.

Seguindo, requer perícia para provar os valores que foram pagos a título de reembolso, contrário ao fundamento para essa autuação, ou, caso mantida a autuação, para reduzir os valores.

Protesta também contra a utilização da Taxa SELIC sobre débitos tributários por entender manifestamente ilegal, transcrevendo ementa de decisão do STJ a respeito (Resp. nº 215.881-PR), ao tempo que alega que o lançamento é confiscatório.

Quanto à multa da obrigação principal diz que ela é meramente punitiva colocando o contribuinte em situação de inferioridade em mais um desrespeito à CF por ferir o princípio da isonomia, prevalecendo sempre a punição imposta pelas administrações tributária, o que deixa o contribuinte à sua mercê.

Concluindo, diz que o AI não merece prosperar, pois os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório foram feridos, devendo o Auto de Infração ser anulado e extinto.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 337 e 338), diz que a defesa é procrastinatória com dados sem comprovação, tentando fazer acreditar que foi desconsiderado o movimento relativo ao período março a setembro de 2007, porém no demonstrativo que apresenta a omissão de saídas tem o mesmo valor apurado na ação fiscal e que o autuado admite a existência de omissões, porém requer a nulidade do Auto de Infração. Concluindo, ratifica o procedimento fiscal na íntegra.

À fls. 342 e 343, consta pedido de diligência com o seguinte teor:

*“Na Impugnação de fls. 273 a 322, o autuado contesta apenas as infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoques (Infrações 01, 02 e 04), especialmente alegando que só iniciou a remessa dos arquivos magnéticos à SEFAZ a partir de setembro de 2007 quando ultrapassou o limite de R\$360.000,00 de faturamento, sendo que na ação fiscal o autuante não computou as notas fiscais relativas ao período março a agosto de 2007 e que os preços médios calculados pelo autuante, relativos a quatro itens conforme indica na fl. 280, não estão corretos, com o que demonstra outro cálculo das omissões na fl. 281.”*

*Analizando os autos e para garantir a concreção dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal, em especial os da verdade material, do informalismo e da garantia da ampla defesa, e tendo em vista que não constam nos demonstrativos analíticos de entradas e saídas da autuação, sejam os impressos ou magnéticos, documentos fiscais relativos ao período março a agosto de 2007, esta 5ªJJF decidiu converter o processo em diligência à Inspetoria de Origem para que:*

## **I – AUTUANTE**

- 1) Intime o contribuinte a apresentar todos os documentos fiscais relativos à sua movimentação quantitativa do período que alega não considerado no levantamento fiscal;
- 2) Caso sejam apresentados os documentos, refazer o levantamento fiscal incluindo as quantidades de mercadorias elencadas comprovadamente não consideradas;
- 3) Elaborar nova Informação Fiscal, inclusive se manifestando a cerca do cálculo do preço médio questionado pelo contribuinte na sua Defesa.

## **II – INSPETORIA FAZENDÁRIA**

1. Fornecer ao autuado cópia da nova Informação Fiscal e demonstrar de dez (10) dias para que, querendo, se manifeste.

*Caso o autuado apresente nova impugnação, o processo deve ser retornado ao autuante para se pronunciar a respeito.”*

Em consequência da diligência, às fls. 347 e 348 o autuante se manifesta dizendo que intimou o contribuinte a apresentar os documentos fiscais relativos à sua movimentação quantitativa do período março a agosto de 2007 e efetuou o cotejamento entre esses documentos e o demonstrativo apresentado pelo autuado constatando que na ação fiscal não considerou a movimentação do referido período em virtude da inexistência dos dados nos arquivos magnéticos apresentados na ocasião.

Quanto ao preço médio, afirma que devido a não inclusão de algumas quantidades adquiridas/vendidas, seu valor foi distorcido, cabendo razão ao contribuinte, dizendo que em face ao exposto apresenta um demonstrativo relativo às infrações 01, 02 e 04 coincidente com apresentado pelo autuado na Defesa.

Retornado ao CONSEF e tendo em vista que não foi atendido o ponto II do pedido de diligência de fl. 3423, conforme fl. 352, o PAF foi retornado à Infaz de origem para a providência de fornecer ao autuado cópia da nova Informação Fiscal e demonstrativos refeitos, concedendo-lhe o prazo de dez dias para que, querendo, se manifestasse, pedindo que se isso acontecesse o autuante deveria se pronunciar a respeito.

Cumprida a providência o PAF retornou para julgamento.

## VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de diversas infrações: 1. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque; 2. Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício; 3. Recolhimento a menos de ICMS na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia); 4. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado; 5. Multa por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa); 6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional – referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; 7. Deixou de efetuar recolhimento de ICMS antecipação parcial na condição de microempresa e empresa de pequeno porte – Simples Nacional – referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado apresentou defesa inicialmente argüindo nulidade do laudo, feridos os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

“obrigado” a não discutir o débito, mas sim, simplesmente aceitá-lo, com o que entende haver ato confiscatório, não sendo nele observadas as formalidades essenciais, especialmente dispositivos legais infringidos e os que culminem a sanção ou que justifique a exigência tributária, porquanto, segundo ele, não determina, com segurança, a infração cometida.

Por lógica ordem de análise, antes de adentrar pelo mérito da lide, devo apreciar as questões preliminares.

Da análise das peças processuais, vejo que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo dos papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, conforme ciência de recebimentos nos demonstrativos constantes nos autos, tendo a infração sido descrita de forma clara, estando fundamentada nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator. Ao contrário do que o autuado alega, verifico que lhe foram assegurados todos os direitos processuais, tendo ele iniciado o contraditório exercendo o seu direito de ampla defesa, apresentando larga impugnação sem qualquer reserva demonstrando conhecer os fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração, estabelecendo-se a lide fiscal-tributária dentro do devido processo legal.

Constato que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, bem como expressos os dispositivos legais infringidos e relativos a cada situação, não estando presentes nos autos nenhum dos motivos de nulidades elencados na legislação enquadráveis nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, e, por isso, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, entendendo, inclusive, que tal argüição foi efetuada de forma genérica, sem especificar os vícios que poderiam macular o lançamento tributário.

Com fundamento nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 147 do RPAF/99, indefiro também a solicitação de perícia pelo autuado, tendo em vista que a prova do fato não depende de conhecimento técnico especializado e é desnecessária diante de outros elementos existentes no processo vez que as alegações objetivas de inconsistências e equívocos comprovados pelo sujeito passivo foram saneadas pelo próprio autuante. Ademais, os elementos que integram os autos são suficientes para a compreensão e formação de meu juízo acerca de todas as infrações que compõem o presente Auto de Infração.

Quanto ao mérito, percebo que na Impugnação o autuado apenas se manifestou quanto ao levantamento quantitativo que apurou os valores concernentes às infrações 01, 02 e 04, nada tratando quanto às demais infrações (3, 5, 6 e 7), pelo que as analisando e não constatando incorreções formais, as vejo caracterizadas com integral subsistência.

Em relação ao levantamento quantitativo, disse que iniciou suas atividades em 2007 enquadrado como microempresa, estando neste período desobrigada da entrega de arquivos magnéticos do Sintegra, passando a repassá-los à SEFAZ apenas em setembro de 2007, quando seu faturamento ultrapassou o limite de R\$360.000,00. Além disso, disse que o resultado da ação fiscal está equivocado, em face da desconsideração de parte da movimentação de notas fiscais relativas ao período março a agosto de 2007 e de cálculo de preços médios de quatro mercadorias estarem incorretamente calculados, tendo carreado aos autos relatório considerando seu movimento do período compreendido pela ação fiscal apresentando demonstrativo que indica ser devido nas infrações 1, 2 e 4 o valor de R\$41.661,01.

Neste particular, observo razão assistir ao contribuinte, pois, de fato. observei por ocasião da instrução processual que nos arquivos magnéticos relativos aos origens não continham documentos fiscais do período março a agosto de

convertido em diligência ao autuante, que, em trabalho de revisão, ajustou as infrações na forma condicionada pelo §1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal acatando integralmente as razões defensivas a elas concernentes, corrigindo-se as incorreções e omissões apontadas pelo contribuinte.

Devo ressaltar que o autuado se equivoca no que diz respeito ao seu entendimento de existência de retroatividade legal no caso, pois que a apuração tributária como feita no procedimento de levantamento quantitativo não implicou em desenquadramento de sua condição de contribuinte integrante do regime SimBahia, ou do Simples Nacional.

Entretanto, a despeito de estar perfeitamente consubstanciada nos autos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em face de tratar de uma microempresa cadastrada no SimBahia até 30/06/2007, passando a partir de 01/07/2007 a ser um contribuinte enquadrado no Simples Nacional, considerando que a ação fiscal incluiu o período julho a dezembro de 2007, tal aspecto deve ser analisado por implicar em repercussão neste lançamento.

As infrações 1 e 4 se referem à falta de recolhimento de ICMS relativo a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo que a Infração 1 diz respeito à antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função da MVA e deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, ou seja, equivale ao imposto relativa à operação subsequente operável pelo autuado encerrando-se a fase de tributação da mercadoria, e a Infração 04 diz respeito à falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, e referente ao tributo concernente à operação de aquisição.

Pois bem, nas datas de ocorrência dessas infrações (31/12/2007), o autuado estava enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – Simples Nacional. Entretanto, tendo em vista que o art. 386, inciso I, do RICMS-BA., expressa que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária, entendo subsistente a Infração 01 no valor de R\$9.515,53 e a Infração 04 no valor de R\$27.287,17, em face do ajuste por ocasião da Informação Fiscal.

Porém, em relação à Infração 02 que abrange todo o exercício de 2007, tratando-se de presunção legal de omissão de saídas de mercadorias do regime normal de tributação, outro deve ser o tratamento tributário.

Para o período janeiro a junho de 2007, no que diz respeito ao tratamento tributário, apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à essa infração, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02:

*“Art. 408-S”. 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.*

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

*“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário*

*“Art. 915”. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as*

Created with

 nitroPDF® professional  
download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

**III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”**

Para o período julho a dezembro de 2007, estando o autuado enquadrado no Simples Nacional, se deve observar o seguinte:

As empresas enquadradas no Simples Nacional cujo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, entrou em vigor a partir de 01/07/2007, se sujeitam a tratamento tributário específico.

No âmbito estadual, a Lei Nº 10.646 de 03 de julho de 2007, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia de 04/07/2007, dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, alterando a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, e dar outras providências.

Aos contribuintes do ICMS, optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – Simples Nacional, de que trata o Capítulo IV da referida Lei Complementar Federal nº 123/2006, aplicam-se, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

A lei estadual acima citada estabelece no seu artigo 3º que as normas regulamentares estabelecidas pelo Comitê Gestor de Tributação da Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, de que cuida o inciso I do art. 2º da Lei Complementar Federal nº 123/2006, cuja aplicação no Estado esteja condicionada à edição de ato normativo, do Chefe do Poder Executivo Estadual, somente terão vigência após a publicação do competente Decreto e no artigo 10 revoga as disposições em contrário e, especialmente, a Lei nº 7.357, de 04 de novembro de 1998.

Observo que a revogação da Lei 7.357, de 04 de novembro de 1998 ocorreu de forma expressa, consequentemente não mais existe no ordenamento jurídico tributário estadual baiano previsão para aplicação do crédito presumindo de 8% para aqueles contribuintes, que a época, estavam enquadrado no antigo SimBahia, hoje não mais existente frente às normas do Simples Nacional. Assim, não há que se falar em crédito presumindo como antes concedido às micro e pequenas empresas nas constatações de omissões de saídas de mercadorias tributáveis a partir de 01/07/2007.

Quanto aos procedimentos de fiscalização dos contribuintes enquadrados no Simples Nacional, a Lei Complementar nº 123, estabelece que o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte será gerido por instâncias, entre elas o Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários.

Ao Comitê Gestor do Simples Nacional compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 dessa Lei Complementar, observadas suas demais disposições. Diz essa LC que a competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município. Podendo as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o tributo. Portanto, o valor não pago apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizar a fiscalização disciplinar o referido procedimento.

Mediante Resolução CGSN 030/2008, o Comitê Gestor do Simples Nacional, determinou que verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do sistema eletrônico. O AINF é o documento de autuação, a ser utilizado por todos os entes federativos, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional, sendo que as disposições sobre o cálculo e recolhimento dos tributos das empresas enquadradas no Simples Nacional estão contidas na Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008.

Outrossim, não há dúvida que se aplicam às empresas enquadradas no Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional (art. 9º da Resolução CGSN nº 30). Neste aspecto, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra da constatação de venda de mercadoria sem documento fiscal correspondente (inclusive no caso de confirmação da presunção legal prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96), desde que mediante prévia exclusão de ofício do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições na forma da Resolução CGSN nº 15 (hipótese de exclusão contida no inciso XI da LC 123/2007), se legitima a exigência tributária observando-se a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, ou seja, pelo regime normal de tributação do ICMS, conforme disposição do inciso VI do art. 6º da Resolução nº 15 do CGSN, de 23 de julho de 2007, como também nos casos de exclusão conforme indicado nos incisos III e VII do mesmo artigo citado.

Assim, sem que se faça a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, na exigência do ICMS apurado em razão de omissão de receitas deverão ser observadas as regras do Simples Nacional, no que se refere à base de cálculo, definição de alíquotas, juros e multas, sendo necessários ajustes nos sistemas SEAI e SIGAT, para inserção de infrações a serem exigidas mediante essas regras.

Entretanto, considerando que ainda não foi implantado o Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) pela Receita Federal na forma prevista na Resolução 030 do CGSN, e não sendo o caso em apreço objeto de exigência tributária pelo regime de tributação normal aplicável aos demais contribuintes, conforme previsão do art. 386 do RICMS-BA, ainda não há instrumento de fiscalização para exigência fiscal por lançamento tributário de ofício dentro das normas do Simples Nacional, para fatos geradores ocorridos após o enquadramento no referido regime, pelo que entendo nula a Infração 2, apurada através do levantamento quantitativo de estoques em que se constatou a presunção de omissão de saída de mercadoria tributável, ao tempo que, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo a renovação oportuna do procedimento a salvo da inadequação apontada, com o fito de apurar os valores eventualmente devidos pelo contribuinte no período fiscalizado, observando a legislação do SimBahia para as ocorrências até 30/06/2007 e a legislação do Simples Nacional para as ocorrências a partir de 01/07/2007.

No que concerne ao protesto quanto à taxa SELIC e quanto à multa, registro que ambas têm previsão na legislação tributária do ICMS, sendo a relativa à taxa SELIC no artigo 138-B, inciso I, do RICMS/97 e na Lei 3.956/81 e as multas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em razão da subsistência total das infrações 3, 5, 6 e 7, subsistência parcial das infrações 01 e 04, nos valores ajustados por ocasião da Informação Fiscal e retro apontados, e da nulidade da Infração 02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232943.0022/08-3, lavrado contra **UNIÃO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser imposta a multa de R\$64.691,95, acrescido das taxas e juros de mora, e determinar a imediata liquidação da dívida, ficando vedada a cobrança de juros de mora e multa, bem como a cobrança de juros e multa sobre a multa, salvo se houver alegação de que o débito é fruto de infração penal, caso em que permanecerá vedada a cobrança de juros e multa sobre a multa.

70% sobre R\$27.287,17 e 50% sobre R\$ 27.889,25, previstas no art. 42, II, “d”, III, I, “b”, itens 1 e 3, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c” da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 06 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA