

A. I. Nº - 269114.0206/10-0
AUTUADO - EDITE PEREIRA DA SILVA
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VEREJO
INTERNET - 26.08.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-02/11

EMENTA: ICMS. REFEIÇÕES. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES DEVIDAMENTE ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Refeitos os cálculos. Contribuinte, legalmente intimado, não mais impugnou os demonstrativos revisados, ocorrendo o reconhecimento tácito do novo valor apurado. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/06/2010, exige ICMS, no valor histórico de R\$50.267,26, acrescido da multa de 50%, decorrente de ter deixado de recolher no prazo regulamentar ICMS, relativo a comercialização de refeições, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios. Contribuinte inscrito no SimBahia irregularmente, pois a legislação do RICMS vedava a sua adesão a este regime devido a sua atividade econômica desenvolvida. A opção de Receita Bruta não pode ser tácita e sim, expressa. Ou seja, o contribuinte deve formalizar a sua opção, mediante a solicitação de alteração cadastral, além de atender a exigência de ser usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF. A autuada não atendeu a nenhuma das duas condições, sendo adotado o regime de apuração de Conta Corrente Fiscal.

O autuado apresentou defesa, fls. 181 A 188, inicialmente, asseverando que nos períodos fiscalizados, contrariando as alegações da fiscalização, preenchia todos os requisitos para estar enquadrada no regime do SimBahia, pois suas receitas não excediam R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)/ano, conforme art 384-A, I, do RICMS/97. Tanto é assim que, o próprio DAE apontava esta qualificação, surtindo as expectativas da ora Recorrente.

Observa que, para sua surpresa, sem que tivesse sido notificada, foi desenquadrada do SimBahia, não sendo informada da necessidade da solicitação para o regime de receita bruta, quando o ICMS seria de 4% e não os absurdos 17%.

Argumenta que na apuração do montante do imposto supostamente devido, o fiscal não observou o quanto determina o artigo 87, do RICMS, o qual prevê a redução de 30% da base de cálculo para contribuintes que desempenham atividade de fornecimento de refeições, como é o caso da Recorrente, transcrevendo o artigo 87, inciso XX.

Discorre sobre a não-cumulatividade do ICMS e da proibição do confisco, além dos créditos de insumos. Diz que o fiscal tributou as operações de venda, desconsiderando os valores dos insumos utilizados para a elaboração de seus produtos, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88 e artigo 116 do RICMS/BA, citando doutrina sobre o tema, tecendo comentário sobre o direito constitucional ao crédito fiscal.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração, a fim de que seja garantida a ora autuada, a aplicação da alíquota de 4%, a redução de trinta por cento da base de cálculo, nos termos do art.87, do RICMS e, se for o caso, garantido os créditos dos insumos então utilizados.

O auditor autuante, fls. 192 a 194, ao prestar a informação fiscal, diz que ao analisar os argumentos levantados pela defesa verificam-se inúmeros erros de aplicação e interpretação da legislação tributária estadual.

Salienta que para fazer parte do SimBahia, a empresa deve obedecer a diversos critérios, além de possuir receita compatível, a sua atividade não pode ser uma das vedadas pelo Regulamento no art. 394, transcrevendo alínea “d”: *d) que se dediquem às atividades de restaurante, churrascaria, pizzaria, lanchonete, pastelaria, confeitaria, doçaria, casa de chá, loja de “delicatessen”, serviço de “Buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedor de refeições e outros serviços de alimentação.” (efeitos a partir de 1º de janeiro de 1998)*

Observa que desde 1998 é vedado pela legislação, o ingresso de contribuintes com atividade igual a do autuado. Assim como, o SimBahia, possui seus requisitos necessários, e, portanto, obrigatórios, para a opção pelo regime de receita bruta anual, citando o art. 504, II e III.

Aduz que a autuada não atendeu nenhum dos dois itens exigidos para sua opção pelo regime de receita bruta fosse considerada válida, ou seja, formalizar a sua opção, mediante solicitação de alteração cadastral e se o estabelecimento exercer, unicamente, atividade compreendida entre as especificadas no caput do art. 504, entre essas as de fornecedores de refeições, e que seja usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

Frisa que, desta forma, só resta à apuração do imposto através do regime de conta corrente fiscal. Os cálculos dos débitos e créditos foram feitos a partir dos livros fiscais e documentos fiscais fornecidos pela própria autuada e anexados aos autos.

Diz que foram considerados todos os débitos e créditos lançados nos livros fiscais e nas notas apresentadas.

Aduz que os argumentos apresentados pela autuada quanto a preencher os requisitos para ingressar no SimBahia não são válidos quando confrontados com a legislação vigente à época. Assim como cai por terra as afirmações de cumulatividade e proibição da utilização de créditos por parte da autuada, bastando uma rápida análise dos livros e documentos fiscais, fornecidos pela própria empresa.

Reconhece que o autuado tem direito a redução de 30% na base de cálculo, tendo feito o demonstrativo.

Ao finalizar, opina pela redução do valor autuado para R\$ 35.106,12, anexando novos demonstrativos, fls. 195.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e do novo demonstrativo, sendo intimado para se manifestar, porém silenciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de ter deixado de recolher no prazo regulamentar ICMS, relativo a comercialização de refeições, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios. Contribuinte inscrito no SimBahia irregularmente, pois a legislação do RICMS vedava a sua adesão a este regime devido a sua atividade econômica desenvolvida. A opção de Receita Bruta.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, por entender que se trata de confisco, ressalto 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.

No tocante a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, não podem ser acolhidas, tendo em vista que o eventual erro no percentual da alíquota e a eventual falta de redução da base de cálculo não é causa de nulidade da autuação. Tais equívocos podem ser corrigidos mediante revisão fiscal. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

Em relação ao regime de apuração em função da receita bruta, observo que o Art. 504, estabelece condições para adoção do referido benefício fiscal, conforme inciso II e III.

O inciso II do referido artigo determina que o contribuinte que pretender optar pelo tratamento previsto neste artigo deverá formalizar a sua opção, mediante solicitação de alteração cadastral.

Outra condição imposto que deve ser atendida pelos contribuintes e que o estabelecimento deve exercer, unicamente, atividade compreendida entre as especificadas no *caput* do referido artigo e que seja usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

O sujeito passivo não comprovou em sua defesa ter atendido as condições impostas para usufruir do benefício fiscal previsto no artigo 504, fato que levou a fiscalização a apurar o ICMS devido mediante aplicação do Regime Normal de Apuração do ICMS. Procedimento que não tem nenhuma relação com desenquadramento do SimBahia, com alegado pela defesa.

Quanto a alegação de falta de observação, pela fiscalização, dos créditos fiscais, a mesma não pode ser acolhida, pois na apuração do imposto devido foram considerados todos os pagamentos e os créditos do imposto.

No tocante ao argumento de redução da base de cálculo, entendo razão assistir ao contribuinte, razão pela qual acolho a revisão realizada pela fiscalização, quando da informação fiscal, que resultou na redução do valor autuado para R\$ 35.106,12.

Ressalto, que o sujeito passivo recebeu cópia do novo demonstrativo de débito e apesar de intimado para se manifesta, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração, no valor R\$35.106,12, conforme abaixo:

MESES/ANO	ICMS DEVIDO
SET/05	8.397,83
OUT/05	4.312,56
NOV/05	2.537,68
DEZ/05	1.976,00
JAN/06	2.177,70
FEV/06	1.765,96
MAR/06	1.485,72
ABR/06	1.465,84
MAI/06	1.547,60
JUN/06	1.162,63
JUL/06	1.385,16
AGO/06	1.200,71
SET/06	1.125,28
OUT/06	1.455,97
NOV/06	1.266,76
DEZ/06	1.842,72
TOTAL	35.106,12

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269114.0206/10-0, lavrado

contra **EDITE PEREIRA DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.106,12**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR