

PROCESSO - A.I. Nº 2069050036/01-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RODOMASTER TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - RODOMASTER TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - ACÓRDÃO 4^ªJF nº 0257-04/02
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
INTERNET - 16/10/02

1^ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0377-11/02

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CONHECIMENTOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS COM DIVERGÊNCIA ENTRE AS VIAS DO MESMO DOCUMENTO. DESENQUADRAMENTO DO REGIME. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Não ficou comprovada a exclusão “de ofício” do contribuinte, do regime simplificado de apuração, condição para a exigência do imposto pelo regime normal sobre todas as operações que tivesse realizado, a partir da data de ocorrência dos fatos que deram origem ao desenquadramento. Ficou comprovado que a base de cálculo sobre a qual calculou o imposto foi inferior à apurada, motivada por emissão irregular e fraudulenta dos documentos fiscais, o que sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto devido, sem o benefício do regime simplificado. Feito o cálculo do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/03/2002, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$152.612,02, mais multa de 150%, por empresa optante pelo Simbahia – EPP, calculado pelo regime normal de apuração, em face da constatação de fraude e dolo, pela prática de “calçamento” de documentos fiscais (CTRC).

O autuado defende-se tempestivamente (fl. 16), invocando a nulidade do lançamento por entender que, de acordo com o inciso III, do artigo 406-A, a cobrança do imposto pelo regime normal de apuração depende da exclusão “de ofício”, o que não ocorreu. Assim, entende que o presente Auto de Infração foi lavrado com base numa situação que não se consumou, alegando que somente após este procedimento poderia ser efetivada a autuação fiscal.

Entende também que o lançamento é nulo porque se baseia na presumida fraude, justificada na identificação de documentos fiscais “calçados” e, ao invés de ter sido exigido o imposto sobre as operações específicas, foi exigido o imposto sobre as prestações realizadas nos exercícios de 1999 a 2001, desprezando a sua escrita e documentos, generalizando a base de cálculo e aplicando uma espécie de arbitramento disfarçado. Alega que, somente comprovando a imprestabilidade da escrita e demonstrando a impossibilidade de determinação do montante do débito tributário é que poderia ser aplicado o arbitramento.

Argumenta ainda a nulidade do lançamento por entender que o Decreto nº 7889/00 revogou o inciso III, do artigo 406-A, do RICMS/BA, que não mais poderia ser aplicado, pelo menos relativamente ao exercício de 2001.

Para concluir, diz que o dispositivo legal citado para estabelecer a multa aplicada é incerto e indefinido, pois no inciso V, do artigo 42, da Lei nº 7014/96, existem três situações distintas, não tendo sido especificado qual delas seria aplicável, dificultando o exercício do direito de defesa.

A autuante presta informação fiscal (fl. 1132) fazendo um arrazoado da legislação para concluir que a exclusão do regime Simbahia fica a critério do Inspetor Fazendário, ao teor do artigo 408, L, do RICMS/BA, mas que o lançamento do imposto pelo regime normal de apuração é ditado por lei, à qual é vinculado, independentemente dos critérios do mesmo Inspetor. Contesta o argumento defensivo de que somente deveria ser cobrado o imposto sobre os valores correspondentes às fraudes, pois isso seria premiar o autuado.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, após analisar as peças processuais, demonstra, fundamenta e proclama o seguinte voto:

“Inicialmente, para melhor compreensão da matéria, analiso a legislação específica para, em seguida, me manifestar sobre os pedidos de nulidade.

A Lei nº 7357/98 e suas alterações posteriores, em seu artigo 22, IV, diz que a exclusão dar-se-á, “de ofício”, nas situações mencionadas nos incisos II a V, do seu artigo 15. Este artigo, por sua vez, diz que perderá o direito à adoção do tratamento simplificado aquele que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. O artigo 17 da mesma lei diz que os contribuintes ficarão sujeitos ao pagamento do imposto sem o tratamento tributário simplificado, a partir dos fatos que deram causa ao desenquadramento.

O Regulamento do ICMS, complementando o que a Lei lhe delegou, dispõe em seu artigo 406-A, VII, que deve ser desenquadrado do regime aquele que cometer irregularidades descritas no artigo 408-L. Este, por sua vez, no seu inciso V, diz que perderá o direito ao pagamento do imposto com tratamento diferenciado, aquele que incorrer na prática, dentre outras, da infração de que trata o inciso V, “c” do seu artigo 915, infração esta que foi cometida pelo autuado ou seja, a emissão de documentos fiscais com divergência entre as suas diversas vias, vulgarmente conhecida como “calçamento”.

O autuado não nega o cometimento da infração, nem contesta os cálculos. Sua impugnação pauta-se no pedido de nulidade pelos motivos a seguir analisados e numa única questão de mérito: a de que a cobrança do imposto pelo regime normal de apuração deveria ser limitada ao valor das fraudes constatadas.

Quanto aos pedidos de nulidade entendo que não cabe razão ao autuado já que se encontram no processo informações suficientes para a determinação da infração, o conhecimento de sua base de cálculo e a quantificação do imposto devido. Não foi cerceado o direito de defesa porque o autuado pôde se manifestar sobre todos os aspectos da autuação. Especificamente, sobre os pedidos de nulidade, assim entendo:

- a) Que a cobrança do imposto, pelo regime normal de apuração, sobre todas as prestações realizadas pelo autuado nos exercícios de 1999 a 2001, somente poderia ser realizada se precedida da exclusão “de ofício”, a ser decretada por ato baixado pelo Inspetor Fazendário, a quem a legislação delegou o poder de Decisão para tal. No presente caso é possível separar o valor da base de cálculo da real movimentação do autuado, daquela que o mesmo ofereceu à tributação, possibilitando apurar sobre qual valor deixou de ser

recolhido o imposto. Assim, ao teor do §1º, do artigo 18, do RPAF/99, entendo que o vício formal pode ser sanado.

- b) A fraude não foi presumida e, sim, comprovada em processo regular de fiscalização (fls. 13 a 42). Nem sequer foi negada pelo autuado que, ao contrário, na questão de mérito que levanta, pede que a exigência do tributo se dê sobre o valor comprovadamente não oferecido à tributação.
- c) Não foi aplicado qualquer arbitramento da base de cálculo. O imposto foi calculado com base em valores consignados nos próprios documentos emitidos pelo autuado.
- d) O artigo 406-A, do RICMS não foi revogado pelo Decreto nº 7889/00, por que tal decreto não foi publicado pelo Governo Estadual para estabelecer normas tributárias.
- e) Que a indicação irregular do dispositivo legal, ao teor do artigo 19, do RPAF/99, não nulifica o lançamento.

No mérito, de acordo com a análise da legislação que fiz no início deste voto, o imposto pelo regime normal de apuração somente pode ser exigido do contribuinte sobre os valores que deixou de oferecer à tributação, por fraude, dolo ou simulação. No presente caso, a emissão de documentos fiscais irregularmente, com o intuito de beneficiar-se com o pagamento a menor do imposto, ficou caracterizada e não foi sequer questionada pelo autuado. Por isso, entendo que o procedimento fraudulento do autuado ficou caracterizado. Também é possível, abater do valor da receita real do estabelecimento, apurada pela autuante, o valor das receitas que ofereceu à tributação, constatando-se o valor que não foi declarado pelo autuado, fazendo incidir sobre este a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, conforme planilha que elaboro a seguir, na qual, inclusive, considero o crédito presumido previsto no artigo 96, XI, "b", do RICMS/97, como forma de conceder ao autuado todos os direitos que a legislação tributária lhe faculta.

MÊS ANO	B.C. APURADA (1)	B.C. DECLARADA (2)	RECEITA OMITIDA (3 = (1-2))	ICMS (4= 17% S/3)	CRED PRES (5= 20% S/4)	A PAGAR (4-5)
FEV/99	4.295,59		4.295,59	730,25	146,05	584,20
ABR/99	51.334,07	51.334,07	-	-	-	-
MAI/99	267.817,39	96.353,41	171.463,98	29.148,88	5.829,78	23.319,10
JUN/99	203.302,68	77.268,77	126.033,91	21.425,76	4.285,15	17.140,61
JUL/99	42.061,93	42.061,93	-	-	-	-
AGO/99	56.506,33	48.128,62	8.377,71	1.424,21	284,84	1.139,37
SET/99	12.907,92	12.907,92	-	-	-	-
OUT/99	4.548,21	4.548,21	-	-	-	-
NOV/99	9.743,21	9.743,21	-	-	-	-
DEZ/99	14.351,62	14.351,62	-	-	-	-
			-	-	-	-
JAN/00	39.077,67	39.077,67	-	-	-	-
FEV/00	14.600,98	14.600,98	-	-	-	-
MAR/00	14.644,36	14.644,36	-	-	-	-
ABR/00	13.026,00	13.026,00	-	-	-	-
MAI/00	44.324,00	44.324,00	-	-	-	-
JUN/00	28.150,02	28.150,02	-	-	-	-
JUL/00	52.975,90	52.975,90	-	-	-	-
AGO/00	15.001,00	15.001,00	-	-	-	-
SET/00	20.835,00	20.835,00	-	-	-	-
OUT/00	15.085,00	15.085,00	-	-	-	-
NOV/00	14.553,60	14.553,60	-	-	-	-

			-	-	-	-
FEV/01	14.685,00	14.685,00	-	-	-	-
MAR/01	45.821,00	45.821,00	-	-	-	-
ABR/01	119.058,09	119.058,09	-	-	-	-
MAI/01	134.192,26	116.161,26	18.031,00	3.065,27	613,05	2.452,22
JUN/01	52.175,55	52.175,55	-	-	-	-
JUL/01	17.148,79	17.148,79	-	-	-	-
AGO/01	46.962,83	46.962,83	-	-	-	-
SET/01	48.655,98	46.655,98	2.000,00	340,00	68,00	272,00
OUT/01	45.403,21	45.403,21	-	-	-	-
NOV/01	42.712,84	42.712,84	-	-	-	-
DEZ/01	84.894,11	84.894,11	-	-	-	-
	TOTAL		330.202,19	56.134,37	11.226,87	44.907,50

(1) Conforme demonstrativo folhas 47 a 74.

(2) Conforme Registro de Saídas – cópia às folhas 76 a 118.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, no valor de R\$ 44.907,50”.

Em seguida a 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos previstos pelo artigo 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto nº 7851/99, com efeitos a partir de 10.10.2000.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0257-04/02.

Transcreve a imputação fiscal que lhe foi imposta e repete argumentos anteriormente apresentados para argüir a nulidade do Auto de Infração.

Cita e transcreve o artigo nº 406-A, III, do RICMS que dispõe sobre desenquadramento de Microempresa, Empresa de Pequeno Porte e do Ambulante. Por este dispositivo legal o que se entende é que, a cobrança do imposto pelo regime normal de apuração, depende da exclusão de ofício, e tal não ocorreu, tendo sido lavrado Auto de Infração com base em situação prevista no RICMS/BA que não se consumou.

Não ocorrendo a exclusão do contribuinte, faltou o pressuposto regulamentar para embasar o procedimento fiscal, tanto que, o autuante envia ofício ao Inspetor Fazendário para que efetue a exclusão do autuado, pois só após este procedimento poderia efetivar a autuação fiscal. Tal irregularidade, por se só, justifica a nulidade total do Auto de Infração.

Afirma que o Decreto Estadual nº 7886 de 29/12/2000 revogou o inciso III, do artigo 406-A, do RICMS/BA, não podendo ser aplicado no que pertine ao exercício de 2001. Requer a exclusão do débito o valor inerente ao exercício de 2001.

Repete argumentação de que o dispositivo legal indicado quanto à multa, é incerto e indefinido, o que implica cerceamento ao direito de defesa.

Requer a reforma do Acórdão JJF nº 0257-04/02, para que o Auto de Infração seja julgado NULO, ou que sejam excluídos do demonstrativo de débito os valores inerentes ao exercício de 2001.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que o mesmo traz os fundamentos apresentados anteriormente, os quais, são incapazes de alterar o julgamento recorrido.

Entende correta a Decisão atacada e opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso de Ofício a parte em que ficou sucumbente a Fazenda Pública Estadual, foi devidamente demonstrada e fundamentada pelo voto do relator anterior e constante deste relatório.

O voto demonstra que excluiu do débito reclamado, os valores das receitas oferecidas pelo autuado à tributação, e considerou os créditos presumidos previstos pelo artigo nº 96, XI, “b” do RICMS/97, para conceder todos os direitos que a legislação tributária vigente faculta.

Por entender correta e devidamente fundamentada a Decisão Recorrida voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer PROFAZ exarado as folhas de nº 152 e 153 deste processo.

Os fundamentos agora trazidos, já foram apresentados anteriormente, constando do relatório inclusive a sua apreciação pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal.

As nulidades suscitadas carecem de respaldo legal, pois, as infrações imputadas, a base de cálculo do imposto e os seus valores, estão discriminados e fundamentados, logo ficam rechaçadas.

Quanto ao mérito, os valores reclamados são exigidos em razão do seu não oferecimento a tributação, em face dos documentos irregulares e procedimento fraudulento.

Entendo correto o julgamento recorrido e concordo integralmente com os fundamentos apresentados pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, logo, em face da inexistência de fato ou razão capaz de alterá-lo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206905.0036/01-5, lavrado contra **RODOMASTER TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.907,50**, sendo R\$42.183,28 atualizado monetariamente, acrescido de multa de 150%, prevista no art. 42, V, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$2.724,22, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “c”, da citada lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ