

A.I. Nº - 293575.0601/04-4
AUTUADO - EXPRESSO BRASILEIRO LTDA.
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 10.02.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0008-02/05

EMENTA: ICMS. 1. CONTA "CAIXA". SALDOS CREDITORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos para correção de erros do lançamento. Reduzido o valor do débito. 2. REGIME DE APURAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O desenquadramento do contribuinte do regime de apuração em função da receita bruta foi feito indevidamente. Não há diferença de imposto a ser lançada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo imobilizado efetuadas por contribuintes que pagam o imposto através do regime de apuração em função da receita bruta, nos termos do art. 7º, IV, "b", e do art. 505-A, IX, do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/6/04, diz respeito aos seguintes fatos:

1. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 159.057,39, com multa de 70%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos, por erro na apuração dos valores, nas prestações de serviço de transporte rodoviário, pois a empresa vinha recolhendo o imposto com base no sistema de apuração em função da receita bruta, em vez de fazê-lo pelo sistema de conta corrente, em virtude da revogação do termo de acordo, sendo lançado imposto no valor de R\$ 71.935,65, com multa de 60%;
3. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS, nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 266.900,00, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa dizendo que firmou um Termo de Acordo e Compromisso com a fazenda estadual para pagar ICMS em função de sua receita bruta, com fundamento no art. 505-A do RICMS. Como havia pago imposto indevidamente e tinha débitos reconhecidos e parcelados, requereu administrativamente a restituição do indébito. Apesar do parecer favorável do auditor que analisou o processo, o pedido de restituição foi negado. Em face disso, a empresa ajuizou uma Ação Ordinária de Repetição de Indébito, na qual pediu que o Juiz autorizasse a compensação do

que fora pago a mais com o débito que havia com a fazenda pública, objeto de parcelamento em curso. O Magistrado, acatando o pedido de antecipação de tutela, determinou a compensação requerida pelo autor, e determinou que se oficiasse ao Banco do Brasil para suspender o débito em conta referente ao citado parcelamento. A Procuradoria da Fazenda apresentou ao Tribunal de Justiça Pedido de Suspensão de Liminar, o qual foi negado pelo Desembargador-Presidente. Foi apresentado Agravo de Instrumento, no qual foi conferido efeito suspensivo à tutela antecipada deferida. O juiz *a quo* prestou informação dizendo que a decisão tomada se sustentava por seus próprios fundamentos. O Magistrado prolatou sentença acolhendo o pedido da empresa, condenando a ré (a fazenda estadual) a restituir à autora o valor pleiteado por esta, a qual ficou autorizada a compensá-lo em frente ao débito que declara ter perante o Estado. A procuradoria da fazenda estadual apresentou Recurso de Apelação. A repartição fiscal havia desenquadrado o contribuinte do regime de apuração do imposto em função da receita bruta. Foi cancelado o Termo de Acordo. Ao tomar conhecimento disso, a empresa deu entrada em petição, dando ciência à repartição da decisão judicial. Como não obteve resposta, deu entrada em nova petição. Foi depois surpreendida com a lavratura do presente Auto de Infração. Pede que se declare nulo o ato administrativo de revogação do Termo de Acordo. Protesta que houve cerceamento do seu direito de defesa. Alega que a revogação do acordo não tem fundamento.

Quanto ao mérito, no tocante ao item 1º do Auto de Infração, o autuado reclama que no levantamento fiscal foi incluído em duplicidade o valor pago ao INSS, retido dos funcionários, e houve erro na transposição de dados. Além disso, não foi lançada a entrada de recursos decorrentes de resgate de aplicação bancária (provisão de Caixa). Reclama também da aplicação da alíquota de 17%, sem levar em conta que a empresa paga o tributo com base na sua receita bruta, em que os percentuais de cálculo do imposto são diferenciados.

Relativamente ao item 2º, argumenta que, conforme expôs na preliminar, a empresa não poderia ter sido desenquadrada do regime de apuração em função da receita bruta, em face dos argumentos ali deduzidos.

Quanto ao item 3º, observa que, nos termos do art. 7º, IV, “b”, do RICMS, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas na situação em exame.

Aponta equívocos em que teria incorrido o fiscal: falta de lançamento do resgate de CDB; lançamento em duplicidade de valores da retenção previdenciária devida pelos empregados; transposição errônea de valores de um demonstrativo para outro, gerando saldo credor de Caixa que não existe; refazimento indevido da escrita, cobrando imposto referente à aquisição de bens para o ativo imobilizado, com esteio num ato de revogação do acordo que não foi finalizado, haja vista que se encontrava aguardando parecer da procuradoria. Aponta decisões deste Conselho em situações análogas. Pede a improcedência da autuação.

O fiscal autuante prestou informação reconhecendo que, no caso do item 1º do Auto de Infração, o contribuinte tem razão no que concerne à inclusão em duplicidade do pagamento do INSS. Refez o demonstrativo do débito. Entretanto, no que diz respeito ao erro na transposição de dados, o fiscal diz que o valor total da soma dos créditos que aparece no mês de setembro de 2002 na planilha da fl. 9 realmente está errado, porém o valor que aparece na planilha à fl. 6, que de fato interessa, está correto. Quanto à falta de lançamento da entrada de recursos decorrentes de resgate de aplicação bancária, o fiscal diz que a empresa apresentou apenas o documento extrato de resgate, não apresentando o documento da aplicação. Explica que com tal documento seria possível verificar o valor e a data da aplicação, a fim de proceder às compensações devidas na Disponibilidade (Caixa e Bancos) da empresa, uma vez que apenas o rendimento da aplicação constitui de fato uma receita adicional (provimento de Caixa), pois quando da aplicação se credita o Caixa, e quando do resgate se debita. Conclui que a empresa não apresentou provas do que alega. Já no que concerne ao

ingresso de receita Bancoob, diz o fiscal que, da mesma forma, a empresa não apresentou documento comprobatório de empréstimo. Diz que, analisando o lançamento, durante a ação fiscal, concluiu tratar-se de transferência de numerário da conta corrente para o Caixa da empresa. Considera que tal movimentação não gera efeitos no levantamento realizado. Relativamente à aplicação da alíquota de 17%, o fiscal observa que, de fato, no ano de 2002 a empresa apurava o ICMS aplicando a alíquota (*sic*) de 7% sobre a receita bruta, em virtude do Termo de Acordo firmado com a fazenda estadual, porém, como se trata de benefício fiscal e não se aplica a receitas omitidas apuradas através de ação fiscal, a alíquota de 17% deve ser mantida. Assinala que foi refeito o demonstrativo do débito, em face dos valores lançados em duplicidade, de modo que o demonstrativo à fl. 731 substitui o da fl. 6.

Quanto ao item 2º, o fiscal observa que o Termo de Acordo foi revogado porque a empresa descumpriu decisão administrativa e continuou a calcular e recolher o imposto pelo regime da receita bruta. Diz que o que fez foi apurar o tributo pelo regime normal. Faz uma exposição detalhada dos motivos que ensejaram a aplicação do critério de apuração do imposto do qual resultou o lançamento em discussão.

Com relação ao item 3º, o fiscal argumenta que, tendo em vista a revogação do citado Termo de Acordo, a diferença de alíquotas é devida, uma vez que o contribuinte não mais se encontra enquadrado no regime de apuração em função da receita bruta.

Foi mandado dar ciência da informação fiscal ao autuado. Este manifestou-se repisando que o cancelamento do Termo de Acordo foi feito de forma irregular, conforme sustentou na defesa. Considera que o fato de a autoridade fazendária desafiar o Judiciário, desobedecendo a comando sentencial, por si só já configura um grave ilícito. Diz que, em 18/9/04, o Tribunal de Justiça julgou o Processo de Apelação nº 29602-4/2003, negando-lhe provimento (juntou cópia das peças pertinentes). Reitera o pedido de improcedência da autuação.

VOTO

Tendo em vista que os itens 1º e 3º estão relacionados, por encadeamento lógico, ao item 2º, começarei o meu voto pela análise do item 2º, que diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos, por erro na apuração dos valores, nas prestações de serviço de transporte rodoviário, pois a empresa vinha recolhendo o imposto com base no sistema de apuração em função da receita bruta, em vez de fazê-lo pelo sistema de conta corrente, em virtude da revogação do Termo de Acordo.

A empresa, na condição de prestadora de serviços de transporte, firmou um Termo de Acordo com a fazenda estadual, passando a pagar ICMS em função de sua receita bruta, com fundamento no art. 505-A do RICMS (cópia do termo à fl. 397).

Como tinha débitos para com o Estado, a empresa pediu parcelamento, autorizando o débito em conta bancária. As parcelas vinham sendo pagas através de débitos automáticos em sua conta no Banco do Brasil. Em virtude de ter pago certos valores que a seu ver seriam indevidos, o autuado requereu restituição. O fiscal que analisou o pedido deu parecer favorável à restituição. A GECOT emitiu parecer reconhecendo a isenção do imposto na situação objeto do pedido de restituição. Porém o pedido foi indeferido pela autoridade competente para decidir sobre a restituição.

Em face disso, a empresa ajuizou uma Ação Ordinária de Repetição de Indébito (Ação nº 6.358/02), na qual pediu que o Juiz autorizasse a compensação do que fora pago a mais com o débito que havia com a fazenda pública, objeto de parcelamento em curso.

O MM. Juiz de Direito, acatando o pedido de antecipação de tutela, determinou a compensação requerida pelo autor, e determinou que se oficiasse ao Banco do Brasil para suspender o débito em conta referente ao citado parcelamento (fls. 401/403).

Assim, por decisão judicial, o débito automático em conta do parcelamento foi suspenso a partir de julho de 2002.

A Procuradoria da fazenda apresentou ao Tribunal de Justiça Pedido de Suspensão de Liminar (nº 24203-9/2002), o qual foi negado pelo Desembargador-Presidente.

Foi apresentado Agravo de Instrumento, no qual foi conferido efeito suspensivo à tutela antecipada deferida. O juiz *a quo* prestou informação dizendo que a decisão tomada se sustentava por seus próprios fundamentos. O Magistrado prolatou sentença acolhendo o pedido da autora (a empresa), condenando a ré (a fazenda estadual) a restituir à autora o valor pleiteado por esta, a qual ficou autorizada a compensá-lo em frente ao débito que declara ter perante o Estado (fls. 407/415).

A Procuradoria da fazenda estadual apresentou o Recurso de Apelação nº 29602-4/2003. Em 18/8/04, o Tribunal de Justiça julgou o Processo de Apelação, negando-lhe provimento, integrando-se a sentença, mantendo, por conseguinte, a sentença do Juiz *a quo*, reconhecendo que o direito à restituição se afigura incontroverso.

Isso implica extinção do débito da empresa, objeto do parcelamento, haja vista que a decisão autorizou a compensá-lo em frente ao débito que o contribuinte declarou ter perante o Estado (acórdão às fls. 744/753).

Ocorre que, anteriormente, por conta da interrupção do parcelamento, a repartição fiscal havia desenquadrado o contribuinte do regime de apuração do imposto em função da receita bruta, tendo em vista que a cláusula 3^a do Termo de Acordo condicionava a fruição do benefício ao pagamento regular dos tributos devidos, inclusive de parcelamentos de débitos.

Após o cancelamento do Termo de Acordo, a empresa continuou a pagar o tributo, calculando-o em função da receita bruta.

A fiscalização apurou a diferença entre o que a empresa vinha pagando em função da receita bruta e o que, na visão do fisco, deveria pagar, calculando-se o imposto pelo regime normal de apuração.

É tal diferença o objeto do item 2º do presente Auto de Infração.

O fato motivador do cancelamento do Termo de Acordo, e, por consequência, do lançamento em apreço foi o fato da interrupção de um parcelamento que ele tinha pendente.

É evidente que o Termo de Acordo foi cancelado indevidamente. O contribuinte não descumpriu a cláusula 3^a do Termo de Acordo. Não foi ele quem interrompeu o desconto em conta das parcelas do parcelamento. O desconto foi interrompido por decisão judicial. Em face disso, analisarei os fatos objeto deste Auto de Infração considerando o contribuinte como enquadrado no regime de apuração em função da receita bruta. É, por conseguinte, indevido o lançamento da diferença de imposto de que cuida o item 2º.

No tocante ao item 1º, foi apurada omissão de saídas de mercadorias tributáveis com base na constatação de saldos credores de Caixa. O fiscal, analisando as razões da defesa, refez o demonstrativo do débito, conforme consta à fl. 731. Foi dada ciência da revisão do lançamento ao contribuinte. A questão agora é quanto ao critério de apuração do imposto. O RICMS/97, no art. 505-A, inciso V, prevê que o imposto a ser pago será calculado aplicando-se o percentual de 7% sobre o valor da receita bruta. O regulamento não faz ressalva quanto à apuração do imposto em caso de omissões de serviços, intencionais ou não. Noutros casos, o Regulamento é claro, como, por exemplo, na parte que cuida dos contribuintes enquadrados no SimBahia. Por questão de coerência, considero que a alíquota deveria ser de 17%, para seguir o mesmo critério do SimBahia. No entanto, não se aplica a analogia para lançamento de tributo. Se o Regulamento diz que o imposto a ser pago será calculado aplicando-se o percentual de 7% sobre o valor da receita bruta, e não faz nenhuma ressalva quanto à apuração do imposto em caso de omissões de serviços, concluo

que este é o percentual a ser adotado no cálculo do imposto do item 1º. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

DATA OCORR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	PERCENTUAL	ICMS
31/01/2002	09/02/2002	57.841,26	7%	4.048,89
28/02/2002	09/03/2002	106.031,14	7%	7.422,18
31/03/2002	09/04/2002	70.302,99	7%	4.921,21
30/04/2002	09/05/2002	118.600,53	7%	8.302,04
31/05/2002	09/06/2002	72.512,30	7%	5.075,86
30/06/2002	09/07/2002	51.697,02	7%	3.618,79
31/07/2002	09/08/2002	124.993,21	7%	8.749,52
31/08/2002	09/09/2002	106.529,85	7%	7.457,09
30/09/2002	09/10/2002	71.456,52	7%	5.001,96
31/10/2002	09/11/2002	12.917,53	7%	904,23
30/11/2002	09/12/2002	59.019,94	7%	4.131,40
Total				59.633,17

Quanto ao item 3º, noto que, nos termos do art. 7º, IV, “b”, e do art. 505-A, IX, do RICMS, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo imobilizado efetuadas por contribuintes que pagam o imposto através do regime de apuração em função da receita bruta.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 293575.0601/04-4, lavrado contra **EXPRESSO BRASILEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 59.633,17, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA