

PROCESSO - A. I. Nº 232948.0601/06-0
RECORRENTE - TRADIÇÃO TRANSPORTES LOGÍSTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0134-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0374-12/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e a faixa de enquadramento. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0134-04/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2006, reclama ICMS no valor de R\$74.428,54 acrescido da multa de 50%, decorrente do recolhimento a menos do ICMS, na condição Empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime simplificado de apuração do imposto – SimBahia.

O autuado apresentou defesa, fls. 224 a 244, informando que preferiu dividir os itens contestados de acordo com os exercícios:

1. EXERCÍCIO DE 2001

1.1 – Programa de Incentivo ao Emprego - Argumentou que o programa de incentivo ao emprego autorizado pelo artigo 388-A do RICMS/97, determina que as empresas tenham uma redução do ICMS apurado de acordo com o número de empregados, o que não foi observado pelo autuante, uma vez que manteve de 3 a 6 empregados registrados durante o exercício, tendo direito a uma redução no valor de R\$1.569,25, conforme tabela que elaborou.

1.2 – Cálculo incorreto das mercadorias adquiridas - Aduziu que o auditor calculou de forma incorreta as compras realizadas no exercício, considerando que em todos os meses o autuado teria adquirido mercadorias no valor de R\$45.116,21. Entretanto, isto não corresponde à realidade, alterando substancialmente o valor do imposto devido, pois os documentos de Arrecadação Estadual anexos comprovam um montante diverso, interferindo substancialmente no recolhimento.

1.3 - Recolhimento de ICMS, dezembro/2001, por dois DAE's - O autuante desprezou o fato de, no mês de dezembro, ter havido recolhimento de ICMS através de dois DAE's, nos valores de R\$2.211,39 e R\$ 2.260,00.

Concluiu que no exercício de 2001 não há débito a ser recolhido, mais sim um crédito de R\$756,08 em seu favor.

2- EXERCÍCIO DE 2002

2.1 – Programa de Incentivo ao emprego - Argumentou que o programa de incentivo ao emprego autorizado pelo artigo 388-A do RICMS/97, determina que as empresas tenham uma redução do ICMS apurado de acordo com o número de empregados, o que não foi observado pelo autuante,

relativamente aos meses de janeiro a junho, uma vez que manteve de 6 a 7 empregados, tendo direito a uma redução no valor de R\$1.041,03, conforme tabela que elaborou.

Nos meses de agosto a novembro, o autuante considerou a menos o número de empregados, que foi de 7 nos meses de agosto e setembro, e 10 nos meses de outubro e novembro.

Concluiu que no exercício de 2002 não há débito a ser recolhido, mais sim um crédito de R\$1.434,98 em seu favor.

3- EXERCÍCIO DE 2003

3.1 Uso de CTCR's cancelados ou duplicados para apuração da base de cálculo, alterando substancialmente o montante devido do imposto, conforme tabela que elaborou, indicando data, números e valor, representando um aumento de R\$26.394,33 na receita bruta acumulada do exercício.

3.2 – O autuante apurou incorretamente o número de empregados no exercício de 2003, sendo que neste período o número variou entre 7 a 12 empregados, sendo a redução total no valor de R\$10.705,65, ao invés dos R\$7.171,74, calculado pelo autuante, resultando numa diferença de R\$3.533,91.

3.3 - Diferença do recolhimento de ICMS devido à aplicação da isenção do art. 632, § 2º, combinado com o art. 1º, § 7º do RICMS/97. Argumentou que é optante do regime de tributação simplificado SimBahia e, a partir de 1º de janeiro de 2003, entrou em vigor a nova redação do § 2º, do art. 632, do RICMS/BA, que estabeleceu isenção da cobrança do referido imposto nas operações internas de transporte de cargas, o qual transcreveu. Com base nestes dispositivos, passou a não mais contabilizar, para efeitos de apuração da base de cálculo do ICMS, as operações internas, recolhendo apenas sobre as interestaduais por não se enquadrar nos limites da isenção, o que não foi acatado pelo autuante.

Aduziu que consultou o Plantão Fiscal da SEFAZ/BA, conforme cópia anexa, tendo recebido como resposta que estaria excluído da isenção em razão de ser optante do SimBahia. Para fundamentar a resposta, o Plantão Fiscal indicou o art. 399-A, II, “k”, item 5 do RICMS/97, o qual transcreveu.

Reconheceu que, pela letra fria da norma, o autuado não poderia estar enquadrado no regime SimBahia, entretanto, a redação do referido dispositivo ocorreu apenas em 18 de janeiro de 2006, com a Alteração nº 73, Decreto nº 9760/06, pois anteriormente vigorava a restrição apenas a fornecedores de alimentos. Em seu entendimento, não havia qualquer irregularidade no enquadramento do autuado no SimBahia, pois a referida restrição aplica-se tão-somente a fatos ocorridos da publicação para frente, transcrevendo o artigo 106, do CTN, segundo o qual a lei aplica-se a ato ou fato pretéritos.

Asseverou que não há, nem na lei do Simbahia, nem na Lei do ICMS, nem no Regulamento do ICMS, qualquer dispositivo expresso que exclua as optantes do regime simplificado da isenção do artigo 632, § 2º. Desta forma, ainda que estivesse supostamente irregular no enquadramento deste regime – o que não é o caso - isenção a beneficiária, porque trataria apenas das empresas não-optantes. Como a isenção não se aplicou apenas aos contribuintes em situação “normal” (não-optante do SimBahia), não faz qualquer sentido a cobrança do montante do imposto sobre os anos de 2003 e 2004.

Concluiu que, efetuado os devidos cálculos e as devidas correções, verifica-se que seria devedora do valor de R\$35.567,50, referente às operações internas. Contudo, como tal cálculo baseia-se numa má-interpretação da legislação tributária, entendeu que não há qualquer débito tributário referente ao exercício de 2003.

4. EXERCÍCIO DE 2004

4.1 - Uso de CTCR's cancelados nºs 8150, 8160, 8179 e 8281 para apuração da base de cálculo, gerando um aumento na receita bruta de R\$4.996,35, devendo ser excluído da apuração.

4.2 – O autuante apurou incorretamente o número de empregados no exercício de 2004, sendo que neste período o número variou entre 8 a 18 empregados, sendo a redução total no valor de R\$18.563,77, não tendo imposto a recolher.

4.3 – ICMS a menos em maio/2004 – Verificou que o autuante lançou a menos R\$100,00, referente ao ICMS de maio/2004, conforme documento anexo.

4.4 - Diferença do recolhimento de ICMS devido à aplicação da isenção do art. 632, § 2º, combinado com o art. 1º, § 7º do RICMS/97, conforme já relatado acima.

Concluiu que, efetuado os devidos cálculos e as devidas correções, verifica-se que seria devedora do valor de R\$24.715,49, referente às operações internas. Contudo, como tal cálculo baseia-se numa má-interpretação da legislação tributária, entendeu que não há qualquer débito tributário referente ao exercício de 2004.

Ao finalizar, requereu:

- a) Nulidade do Auto de Infração;
- b) Repetição de indébito;
- c) Retirada do cadastro do autuado de qualquer restrição junto à Fazenda Pública Estadual, para obtenção de certidão negativa de débito;
- d) Arquivamento do Auto de Infração.

Na informação fiscal, folhas 512/517, o autuante, em relação aos exercícios de 2001 e 2002, informou que foram feitas as retificações nos levantamentos em relação a correção da digitação dos valores dos CTC's e números de empregados, não restando ICMS a recolher.

Quanto aos exercícios de 2003 e 2004, acatou os argumentos defensivos: em relação ao número de empregados, comprovados pelos termos de rescisões apresentados pelo autuado; os CTC's incluídos indevidamente e o recolhimento a menos em 05/2004, conforme planilha acostada. Contudo, manteve os valores decorrentes da interpretação errônea do autuado ao excluir da receita bruta os serviços de transportes dentro do Estado, sob o argumento de que tais serviços são isentos a partir de janeiro de 2003.

Asseverou que o autuado, ao optar pelo “benefício fiscal” do SimBahia, recebendo por isso um tratamento tributário diferenciado e simplificado, perde o direito de excluir da base de cálculo o valor relativo às operações realizadas dentro do Estado. O direito à isenção só é dado às empresas que apuram o ICMS com base no regime normal.

Salientou que, conforme legislação em vigor, o tratamento tributário diferenciado dado pelo SimBahia estabelece que o cálculo do imposto a recolher deve ser feito tendo como base o faturamento total mensal da empresa, não discriminado, portanto, se o faturamento é dentro ou fora do Estado, transcrevendo os artigos 387-A, 118, 383-A, inciso II, todos do RICMS/BA.

Destacou que o autuado, objetivando dirimir sua dúvida, realizou consulta ao Plantão Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, folhas 492 a 496, obtendo como resposta que não podia ser alcançado pela medida, em virtude de não se encontrar na condição de regime normal, ratificando a interpretação do autuante. No período fiscalizado, o contribuinte era optante do SimBahia, conforme comprovado documento à folha 519, só passando para a condição de normal a partir de 01/01/2006. Vê-se, portanto, que o autuado não poderia excluir da receita bruta o faturamento efetivado dentro do estado.

Ao finalizar, opinou pela procedência parcial da autuação, conforme planilha acostada às folhas 520 e 521.

O autuado recebeu cópia da Informação Fiscal, do extrato do sistema INC - Informação do Contribuinte e dos novos demonstrativos de débito, folhas 522 e 523, sendo informado do prazo de 10 (dez) para se manifestar, entretanto, quedou-se silente.

Através do Acórdão JJF n.º 0134-04/07, decidiu a 4.ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) não deve ser acatado o pedido de nulidade, suscitado pelo autuado, uma vez que o mesmo não foi fundamentado, tratando-se, em verdade, *“de questão de mérito, portanto relacionados a procedência ou improcedência da autuação, os quais serão analisados”*;
- b) quanto ao mérito, asseverou que razão assiste em parte ao contribuinte, *“uma vez que o artigo 388-A do RICMS/97, como incentivo adicional para a manutenção e a geração de empregos, autorizou a empresa de pequeno porte a deduzir do imposto devido mensalmente, um determinado percentual por empregado regularmente registrado”*; por outro lado, *“foram acostadas às folhas 463 a 484 dos autos, pela defesa, cópias dos Termos de Rescisões dos Contratos de Trabalhos, objetivando comprova o número correto de empregado existente em cada mês objeto da autuação, relativos aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, documentos que foram acatados pelo autuante quando da informação fiscal”*; de igual forma, *“deve ser acolhido o argumento defensivo relativo ao erro do autuante em relação aos valores das aquisições realizadas no exercício de 2001 e a não observação do recolhimento relativo dezembro/2001 mediante 02 (dois) DAE’s, fatos que foram reconhecidos pelo autuante na informação fiscal”*; arrematou a análise do argumento defensivo ressaltando que o autuante, após analisar a prova material acostada à impugnação, *“acatou-a e revisou os demonstrativos, considerando o número corretos de empregados, as correções relativas as aquisições de 2001 e a inclusão dos dois DAE’s, constatou que não existem valores a serem reclamados em relação aos exercícios de 2001 e 2002”*, razão pela qual acolheu as provas apresentadas e concordou com a informação fiscal do auditor autuante no sentido de excluir as parcelas relativas aos exercícios de 2001 e 2002;
- c) no que pertine aos exercícios de 2003 e 2004, acolheu as provas acostadas pela defesa e a informação fiscal *“que revisou os levantamentos, considerando o número de empregados comprovado pelos termos de rescisões apresentados pelo autuado; os CTC’s incluídos indevidamente e o recolhimento a menos em 05/2004, conforme planilha acostada às folhas 520 e 521”*;
- d) rejeitou *“o argumento defensivo de que as operações internas relativas aos serviços de transportes não devem ser incluídas na apuração da receitas bruta, porque este benefício não se aplica aos contribuintes que utilizam benefício fiscal previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), o qual já concede um tratamento tributário diferenciado e simplificado aos optantes”*; asseverou que *“O ICMS devido pela empresa de pequeno porte é apurado, mensalmente, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, que serão determinados em função da receita bruta global acumulada da empresa desde o início do ano, observadas as deduções, tanto nas entradas como nas saídas, relativas as transferências internas; devoluções; saídas e retornos para consertos; saídas e retornos para industrialização, no tocante ao valor originário das mercadorias, sendo incluído porém o valor acrescido; mercadorias sinistradas e notas fiscais de simples faturamento para entrega futura, devendo ser consideradas as notas fiscais emitidas no momento da entrega, conforme determinação constante do inciso II do § 1º do artigo 384-A do RICMS/97”*; acrescentou, ainda, que *“o contribuinte realizou consulta ao plantão fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, folhas 492 a 495 dos autos, tendo recebido como resposta que não poderia, na qualidade de contribuinte enquadrado no SimBahia, se beneficiar da isenção prevista no § 7º do artigo 1º do RICMS/97”*;
- e) no que se refere ao pedido de restituição de indébito, salientou que o mesmo *“não pode ser acolhido por este órgão, o contribuinte deverá observar as determinações do artigo 74 do RPAF/99”*, cujo teor transcreveu;
- f) ao final, reduziu o débito originalmente exigido para R\$62.574,35, conforme demonstrativo de débito apresentado no voto.

Inconformado com a Decisão recorrida interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, inicialmente, demonstra o cabimento e tempestividade da peça recursal apresentada e tece considerações sintéticas acerca do quanto até então ocorrido. Repisa o argumento defensivo de que se trata de empresa beneficiária da isenção prevista no art. 632, § 2.º, c/c art. 1.º, § 7.º, do RICMS/97, ainda que optante do SimBahia, por inexistir previsão legal expressa no sentido de que a sua condição a excluiria da incidência da aludida benesse, à luz do princípio da legalidade cerrada. Transcreve o art. 111, do CTN, para ressaltar que o RICMS/97 em nenhum momento exclui da sua incidência as empresas optantes do regime simplificado, seguindo igual sorte o normativo do SimBahia e a legislação do ICMS, concluindo que se trata de concessão de isenção de caráter geral, vez que a legislação em apreço é norma geral e abstrata que, por si só, obsta qualquer argumento no sentido de excluir o autuado de sua incidência, caso contrário a isenção seria concedida tão-somente mediante despacho da autoridade administrativa, em atendimento a requerimento do interessado, consoante orientação do art. 179, caput, do CTN, cujo teor também transcreve. Argumenta que qualquer restrição de direitos somente pode ocorrer quando há expressa previsão legal, jamais podendo se dar por presunção.

Argüiu que, acaso não sejam acatados os argumentos acima expendidos, no que se refere às operações internas será demonstrado que o autuado jamais pode ser considerado como devedor, pois, distintamente do quanto disposto no regime simplificado, as empresas com as quais operava o autuado, agiram como substitutas tributárias daquela, muitas vezes em razão de previsão contratual, recolhendo o respectivo imposto gerado pela operação. Assevera que, ao realizar o fato gerador do tributo, nas operações internas de transporte, especificamente, jamais se utilizou daquela forma de pagamento privilegiada por encontrar-se sob regime próprio de recolhimento do tributo de forma antecipada, através de substituição, quando então o tributo deveria ser recolhido pelos próprios contratantes, os substitutos tributários, como determina o art. 380, II, do RICMS. Por tal razão, prossegue, a despeito de estar inscrito no SimBahia até a ocorrência da modificação do regramento a que se sujeita a espécie, a empresa estava, por força de contrato, obrigada a recolher o tributo mediante substituição tributária, o que levaria ao cumprimento do quanto disposto no RICMS, e traria, com isso, uma vantagem financeira ao erário estadual. Argumenta que, ao proceder ao recolhimento enquanto contribuinte normal – somente nas operações internas – através de substituição, estava também obedecendo a uma norma tributária legal de igual hierarquia àquela que instituiu o SimBahia. Assinala que à autoridade fiscal, na função vinculada que lhe foi atribuída, cabe a fiscalização do efetivo recolhimento do tributo e, em caso de dúvida, deve optar pela forma de pagamento que for mais favorável à Fazenda Pública, por ser este um dos aspectos relevantes da função pública. Exemplifica, a fim de demonstrar a sua boa-fé, que um dos contratantes do autuado, qual seja, a BRASKEM S/A, considerando este sistema de substituição tributária das operações internas de transportes, negou-se a recolher o imposto, valendo-se da prerrogativa expressa no art. 125, II, do CTN, cujo teor transcreveu. Ressalta, por fim, que o aludido imposto não é devido, face à isenção de que é beneficiário o autuado, contudo, o recolhimento indevidamente feito por substituição deve ser apurado, para fins de repetição do indébito, o que se requer através de diligência fiscal através de fiscal estranho ao feito, por rogo da justiça. Informa que ao caso concreto não se aplica nenhuma das hipóteses prescritas no art. 147, do RPAF, razão pela qual torna-se indispensável a realização de diligência. Invoca e transcreve decisões deste CONSEF acerca de autuações em que foram deferidas diligências fiscais, bem como o art. 128, do CTN.

Aduz, quanto ao pleito de cabimento de repetição de indébito/compensação, que, em que pese a informação de que não se pode proceder à repetição do indébito, face ao contido no art. 174, do RPAF/99, é mister requerer a compensação dos valores pagos indevidamente com aqueles que ainda são tidos como devidos, quais sejam, aqueles referentes às operações internas de transporte. Ao final, pugna pela realização de diligência para fins de comprovação do efetivo recolhimento do imposto por substituição pelas empresas contratantes dos serviços de transportes prestados internamente pelo autuado, podendo ocorrer a conversão de diligência em perícia, se assim entender este Conselho. Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário,

preservando o recorrente de qualquer medida restritiva de seus direitos. Conclui pedindo a improcedência do Auto de Infração ou, mantida a procedência, a repetição do indébito pago a maior.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual entende que *“o recorrente pretende afastar a aplicação do regime simplificado do imposto, quando lhe é conveniente, ao qual optou por escolha própria”*. Assevera que o benefício previsto no art. 1.º, § 7.º, do RICMS, é incompatível com o regime de apuração fiscal adotado pelo recorrente, consoante afirmado em consulta formulada ao plantão fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, acostado às fls. 492/495. Ressalta que o ICMS devido pela empresa de pequeno porte é apurado mensalmente, pelo total da receita bruta, razão pela qual, ao optar pelo regime simplificado, não é possível ao recorrente excluir da base de cálculo os valores concernentes às operações internas de serviços de transporte de cargas, apenas cabível na apuração normal do imposto, como previsto no art. 1.º, § 7.º, do RICMS. Além disso, prossegue, o recorrente não colaciona aos autos prova do recolhimento do imposto por meio de substituição tributária na qualidade de contribuinte normal relativamente às operações internas de transportes de cargas. Afirma que as decisões do CONSEF transcritas na peça recursal não socorrem o recorrente, visto que se tratam de empresas com regime de apuração normal e não optantes do SimBahia. No que se refere ao pedido de restituição de indébito, salienta que o mesmo deve obedecer aos ditames previstos no RPAF vigente, mormente o artigo 74 do referido diploma legal e dirigido ao Coordenador de Processos. Acrescenta que o recorrente não carreou aos autos nenhum elemento novo, restando claro, portanto, que as razões recursais apresentadas não são capazes de modificar a Decisão recorrida, que está pautada na absoluta regularidade. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Isso porque não é possível a aplicação, em favor do recorrente, do benefício insculpido no art. 1.º, § 7.º, do RICMS, em virtude deste ser absolutamente incompatível com o regime de tributação diferenciado utilizado pelo recorrente.

Tal matéria, inclusive, foi objeto de consulta formulada ao plantão fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fls. 492/495) que adotou exatamente o mesmo entendimento consubstanciado na Decisão da Junta e ora corroborado.

Ora, como foi devidamente demonstrado nos presentes fôlios processuais, o ICMS devido pelo recorrente, enquadrado, na época dos fatos geradores, como empresa de pequeno porte, foi apurado mensalmente, pelo total da receita bruta. Logo, ao optar pelo regime simplificado, não é possível ao recorrente excluir da base de cálculo os valores concernentes às operações internas de serviços de transporte de cargas, apenas cabível na apuração normal do imposto, como previsto no art. 1.º, § 7.º, c/c art. 632, parágrafo 2º do RICMS.

Outrossim, o recorrente não acosta aos autos qualquer prova do recolhimento do imposto por meio de substituição tributária, na qualidade de contribuinte normal, relativamente às operações internas de transportes de cargas.

Ademais, as decisões do CONSEF, transcritas na peça recursal, não o socorrem, notadamente porque se referem a empresas com regime de apuração normal e não optantes do SimBahia, como sói ocorrer no caso vertente.

Assim, em face da interpretação que ora se confere à norma tributária vigente, torna-se desnecessária a realização de diligência pleiteada pelo recorrente, sendo suficientes, à formação da minha convicção como julgador, os elementos existentes nos autos, em face do que preceitua o art. 147, do RPAF.

Por fim, no tocante ao pedido de restituição de indébito, agiu com acerto o julgador de Primeira Instância ao firmar o entendimento de que o mesmo deve obedecer aos ditames previstos no RPAF vigente, em especial o quanto disposto no artigo 74, do referido diploma normativo, devendo ser dirigido, pedido específico, ao inspetor fazendário de sua circunscrição.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0601/06-0**, lavrado contra **TRADIÇÃO TRANSPORTES LOGÍSTICA LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.574,35**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS