

A. I. N° - 232948.0601/06-0
AUTUADO - TRADIÇÃO TRANSPORTES LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 25.05.2007

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0134-04/07

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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

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 - Argumenta 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 03 a 06 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 - Aduz 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 houve 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 - Argumenta 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 06 a 07 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 CTRC'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. Argumenta 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 artigo 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 interestadual, por não se enquadrar nos limites da isenção, o que não foi acatado pelo autuante.

Aduz 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 artigo 399-A, II, "k", item 5 do RICMS/97, o qual transcreveu.

Reconhece 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.

Assevera que não há, nem na lei do Simbahia, nem na Lei do ICMS, nem no Regulamento do ICMS, qualquer dispositivos expressos 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 as operações internas. Contudo, como tal cálculo baseia-se numa má-interpretiação da legislação tributária, entendo que não há qualquer débito tributário referente ao exercício de 2003.

4 - Exercício de 2004

4.1 - Uso de CTRC'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 as operações internas. Contudo, como tal cálculo baseia-se numa má-interpretarção da legislação tributária, entendo que não há qualquer débito tributário referente ao exercício de 2004.

Ao finalizar, requer:

- 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, informa que foram feitas as retificações nos levantamento em relação a correção da digitação dos valores dos CTRC'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 CTRC'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.

Assevera 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 as operações realizadas dentro do Estado. O direito a isenção só é dado às empresas que apuram o ICMS com base no regime normal.

Salienta 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 artigo 387-A, 118, 383-A, inciso II, todos do RICMS/Ba.

Destaca 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 encontrar-se na condição de regime norma, 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 norma 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, opina 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, silenciou.

VOTO

Inicialmente, não acato o pedido de nulidade do autuado, pois, não fundamentado. Os argumentos defensivos tratam de questão de mérito, portanto relacionados a procedência ou improcedência da autuação, os quais serão analisados.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do recolhimento a menos do ICMS, na condição Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SimBahia.

Em sua defesa o autuado alegou que faz jus ao Programa de Incentivo ao emprego estabelecido no artigo 388-A do RICMS/Ba, por ser optante do SimBahia, e que em alguns meses o autuante não considerou o número de empregados e em outros considerou um número menor do que o efetivamente existente.

Entendo razão assistir 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 sua vez, 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.

Também, entendo que 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.

Antes, a prova material acostada na impugnação, o autuante, após analisá-la, 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.

Ante ao acima exposto, acolho as provas apresentadas e concordo com a informação fiscal do auditor autuante no sentido de excluir as parcelas relativas aos exercícios de 2001 e 2002.

Quanto aos exercícios de 2003 e 2004, acolho 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 CTRC's incluídos indevidamente e o recolhimento a menos em 05/2004, conforme planilha acostada às folhas 520 e 521.

Não acolho 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.

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.

Ressalto 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.

No tocante ao pedido de devolução do indébito, o mesmo não pode ser acolhido por este órgão, o contribuinte deverá observar as determinações do artigo 74 do RPAF/99, *in verbs*:

"Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - prova inequívoca do recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.

Parágrafo único. Para efeitos de produção da prova de que cuida o inciso III deste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - a prova será feita mediante anexação aos autos do documento original de pagamento;

II - a critério do requerente, o documento original poderá ser substituído por sua cópia, caso em que na protocolização do pedido:

a) deverá ser exibido à repartição fiscal o documento original;

b) a repartição fará constar no documento original a observação de que o tributo pago foi objeto de pedido de restituição, indicando o número do processo correspondente, devolvendo em seguida o documento original ao interessado;

c) o funcionário que fizer a observação a que se refere a alínea anterior, no documento de arrecadação, deverá declarar ou demonstrar nos autos o cumprimento dessa providência;

III - o contribuinte poderá a qualquer tempo solicitar a devolução do original do comprovante de pagamento, devendo-se nesse caso, além do disposto neste parágrafo, observar a orientação do art. 14.

(...)

DA COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAR A RESTITUIÇÃO

Art. 79. São competentes para apreciar o pedido de restituição:

I - em caso de devolução de ICMS, ITD, IPVA, Contribuição de Melhoria e Taxa na área do Poder Executivo:

a) no âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos;

b) no âmbito da DAT Norte e DAT Sul, os titulares das Inspetorias; ”

Diante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação no valor de R\$ 62.574,35.

MESES	ICMS DEVIDO
jan-03	959,34
fev-03	945,62
mar-03	695,88
abr-03	668,55
mai-03	717,64
jun-03	2.081,11
jul-03	3.032,89
ago-03	4.782,90
set-03	4.697,42
out-03	5.970,52
nov-03	6.081,74
dez-03	6.295,73
jan-04	2.046,33
fev-04	1.117,89
mar-04	2.096,87
abr-04	1.999,15
mai-04	3.055,84
jun-04	2.413,97

jul-04	3.246,39
ago-04	1.797,55
set-04	2.033,04
out-04	1.838,56
nov-04	2.086,35
dez-04	1.913,07
TOTAL	62.574,35

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0601/06-0**, lavrado contra **TRADIÇÃO TRANSPORTES LOGÍSTICA LTDA**, devendo ser intimado o autuado 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, 17 de maio de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR