

PROCESSO - A.I. N° 269285.0010/03-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EMPRESA DE ÔNIBUS NOSSA SENHORA DA PENHA S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF n° 0396-02/03
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 03.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0003-11/04

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO NAS PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. O benefício fiscal do crédito presumido só poderia ser utilizado por contribuintes que já fruíssem do aludido benefício em 30/06/2000, consoante dispõe o art. 5º do Decreto n° 7842 de 11/09/2000. O Termo de Acordo em data posterior não ampara o pretendido crédito. Modificada a Decisão recorrida para manter a exigência fiscal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto na própria Decisão prolatada na 1ª Instância (2ª Junta de Julgamento Fiscal), conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF/99 e art. 23, inciso IV do Regimento Interno do CONSEF (Decreto n° 7592/99), em razão do Acórdão n° 0396-02/03, ter considerado insubstancial a exigência fiscal referente ao item 1 do Auto de Infração acima referido, desonerando o sujeito passivo de montante do débito fiscal apurado quanto ao referido item.

A peça acusatória aponta a exigência fiscal no valor de R\$66.761,97 de ICMS, acrescido de multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no total de R\$66.311,97, valor superior ao permitido na legislação em vigor, sob o fundamento de que o autuado utilizou em sua escrita o crédito presumido de R\$58,8235%, em substituição aos 20% estabelecidos na legislação, no período de outubro de 2000 a outubro de 2001.
2. Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS, no valor de R\$450,00, relativamente ao mês 02/2000.

Segundo consta do relatório da Decisão recorrida, o autuado na peça de impugnação na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegou que através do Decreto n° 7.784, de 07/08/2000, foi acrescentado o art. 505-A ao RICMS/97, e as empresas prestadoras de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de pessoas, através de acordo firmado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, podem optar pelo regime de apuração em função da receita bruta. Entende que até 27/12/2002 a alíquota aplicada sobre o valor da receita bruta para calcular o imposto pago mensalmente era de 7%. Disse que, para usufruir do benefício previsto na legislação, o autuado celebrou Acordo, e como se pode notar na cláusula sétima do mencionado acordo, seus efeitos retroagiram a 01/07/2000. Por isso, argumentou que tem direito a utilizar o benefício desde julho de 2000, mas o autuante não reconheceu esse direito. Comentou sobre o Princípio da Legalidade, citando o art. 37 da Constituição Federal, além de ensinamentos de Hely Lopes Meirelles.

Em relação ao cálculo do imposto, o autuado alegou que apurou o valor a recolher aplicando a alíquota de 7% sobre a receita bruta, de acordo com o previsto no art. 505-A do RICMS-BA, antes do advento do Decreto n° 8.409/02. Citou exemplo, reafirmando que o acordo celebrado entre o

autuado e a Secretaria da Fazenda garante o benefício a partir de 01 de julho de 2000. E que se insurgiu quanto à multa aplicada alegando que a mesma é confiscatória, argumentando que a atualidade econômica em nosso país não acolhe mais as multas abusivas, e o disposto no art. 61 da Lei Federal 9.430/96 estabelece a multa de mora de 0,33% ao dia. Comentou sobre as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor e art. 150 da Constituição Federal, além de ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho, em sua obra “Teoria e Prática das Multas Tributárias”. Sobre a mesma questão, citou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e o defensor concluiu que a multa de 60% configura ato da mais absurda inconstitucionalidade. Por fim, requereu a improcedência do Auto de Infração.

Foi relatado ainda que na informação fiscal prestada pelo autuado o mesmo diz que ocorreu a edição de norma legal concedendo um crédito presumido adicional às prestadoras de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros de forma a reduzir a carga tributária a 7%, condicionando tal benefício à respectiva assinatura de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, e como forma de manter as empresas signatárias do benefício fiscal sob vigilância fiscal, a SEFAZ optou por não conceder o benefício eternamente, fazendo-o por meio de prorrogações. Fez análise a respeito da legislação e diversas prorrogações. Comentou sobre uma Consulta formulada pela Empresa Senhor do Bonfim. E quanto à infração 1 esclareceu que efetuou análise dos livros e documentos fiscais do autuado constatando que até setembro/2000 foi utilizada a sistemática de apuração prevista no art. 96, inciso XI, do RICMS/97, ou seja, crédito presumido de 20% em substituição aos demais créditos. A partir de agosto de 2000 o autuado passou a utilizar, além dos 20%, o crédito presumido adicional de 38,8235%, invocando o Decreto nº 7.728/99, que prorrogou os efeitos do Decreto nº 7.594/99 até 30/06/2000. Entende que o autuado não poderia estar utilizando o benefício fiscal do crédito presumido adicional a partir de outubro de 2000 sem ter assinado acordo específico, conforme determina o Decreto 7.594/99.

Quanto à alegada retroatividade do acordo anexado aos autos à fl. 73, apresentou o entendimento de que o benefício só alcança os contribuintes que tinham termos de acordo com a SEFAZ em 30/06/2000, não produzindo efeitos para contribuintes que assinaram acordos posteriores a 08/08/2000, em face da vacância estabelecida no interstício do crédito presumido adicional. Disse que não acredita que a SEFAZ ao assinar o acordo concedendo benefício fiscal retroativo a 01/07/2000 com o autuado, além de convalidar a utilização ilegal do benefício do crédito presumido adicional no período 10/2000 a 10/2001, obtenha direito a restituição do valor recolhido a mais nos meses de julho a setembro de 2000.

No julgamento da 1ª Instância (2ª JJF), o relator referente à primeira infração, considerou que o benefício fiscal relativo ao crédito presumido foi instituído mediante Decreto nº 7452 de 25/08/98, e houve diversas prorrogações, e no Decreto nº 7834 de 07/08/2000, consta no art. 2º do aludido Decreto que os seus efeitos retroagem a 01/07/2000. E que no cálculo do imposto relativo às prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, o contribuinte pode optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, e a fruição do benefício é condicionada à celebração de acordo entre o contribuinte e o Estado da Bahia, representado pelo Diretor da Administração Tributária do domicílio fiscal do contribuinte.

Esclareceu que tomando por base o documento de fl. 73 dos autos, anexado pelo autuado referente à xerocópia de Termo de Acordo e Compromisso, assinado pelo DIRETOR DAT/METRO desta SEFAZ, José Sérgio Sousa Guanabara, constando na cláusula primeira que fica autorizada a accordante apurar o ICMS em função da receita bruta, nos termos do disposto no art. 505-A do RICMS/97, e sua alteração nº 18, processada pelo Decreto nº 7.834, de 07/08/2000, ressaltando-se que na cláusula sétima que o termo de acordo e compromisso retroagem seus efeitos a 01/07/2000, em conformidade com o art. 2º do Decreto nº 7.834/2000, considera que não subsiste a exigência fiscal, pois entende que restou provado que o procedimento do autuado estava autorizado pela SEFAZ.

E quanto à segunda infração que apurou imposto em decorrência de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado no livro de Apuração do ICMS, assevera que o autuado não trouxe elemento probatório contrapondo a acusação, e por isso manteve o reclame.

Após instrução do processo, para apreciação do Recurso de Ofício na Instância recursal, conforme fl. 122 dos autos, foram anexados ao PAF nova manifestação do autuado, onde requereu a juntada de documentos, e o DAE do pagamento referente a infração 2 (fl. 134), no valor de R\$450,00, que corrigido totalizou R\$924,57, do qual tomei ciência em 27/11/03.

Na assentada de julgamento esta Câmara deliberou que a matéria requeria uma manifestação da PGE/PROFIS, em razão da legislação existente, quanto ao benefício do crédito presumido e o Termo de Acordo e Compromisso (fl. 73).

A PGE/PROFIS à fl. 144, após discorrer sobre a matéria em lide constante ao item 1 do Auto de Infração, e ao constatar que a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela insubsistência do aludido item, observou que nos termos do art. 5º do Decreto nº 7842 de 2000, só poderão apurar o imposto com base na receita bruta, os contribuintes que já usufruam do benefício do crédito presumido preconizado no Decreto nº 7894 de 30/06/00. E que na hipótese em tela, o Termo de Acordo e Compromisso foi celebrado no exercício de 2001, concluindo que a retroatividade resta comprometida em virtude da vacância estabelecida no interstício do benefício do crédito presumido adicional e da apuração do imposto em função da receita bruta.

VOTO

Examinado as razões de mérito relativamente ao item 1 do Auto de Infração, que foi devolvido para a apreciação na 2ª Instância, em sede de Recurso de Ofício, verifico que o cerne da lide decorre do fato de ter sido utilizado crédito fiscal presumido com base no Decreto nº 7834 de 07/08/2000, e o autuante entendeu que o crédito fiscal utilizado foi superior ao permitido pela legislação.

Verifico que o relator da Decisão de 1ª Instância pautou o seu entendimento de que tendo o Diretor da DAT/METRO, Sr. José Sérgio Sousa Guanabara, assinado o Termo de Acordo e Compromisso, conforme fl. 73 dos autos, onde consta na Cláusula sétima, que o mesmo retroage seus efeitos a 1º de julho de 2000, respaldado no artigo 2º do Decreto nº 7834 de 07/08/2000, o Ilustre relator considerou insubsistente a exigência fiscal do item 1, sob o fundamento de que *“não se pode deixar de reconhecer como válido o documento de fl. 73 do PAF, haja vista que foi assinado por autoridade competente desta SEFAZ, constando expressamente que o benefício retroage a 01/07/2000, e por isso, não se pode negar o benefício ao contribuinte que está devidamente identificado, como acordante, inclusive com sua inscrição estadual e CNPJ, no mencionado documento”*.

Cotejando o que dispõe o referido Decreto nº 7834/2000, que alterou o RICMS, o mesmo determina no art. 505, III, que a fruição do tratamento tributário previsto neste artigo fica condicionada à celebração de acordo entre o contribuinte e o Estado da Bahia representado pelo Diretor de Administração Tributária do domicílio fiscal do contribuinte.

Observo que o autuante na informação fiscal, à fl. 83, transcreve resposta de consulta feita à DITRI quanto ao benefício de transporte relativo a outra empresa que opera no ramo de atividade da recorrida, e a Parecerista consignou que:

“entretanto devemos ressaltar o que já mencionamos acima, quanto a retroatividade: o Decreto nº 7834 faz retroagir seus efeitos à 01/07/00, mas o Decreto nº 7842 (art. 5º) determina que só poderão apurar o imposto com base na receita bruta (até 30/09/00), desde que já fruissem do benefício do crédito presumido previsto no Decreto nº 7594 em 30/06/00.” E acrescentou que *“para aqueles contribuintes que assinaram T. A em data posterior, entendo que não há o que se falar em retroatividade.”*

Ocorre que no caso em lide, o autuado assinou Termo de Acordo e Compromisso, em 20/11/2001, e anterior a esta data, conforme dispõe o Decreto nº 7842 de 11/09/2000, poderão apurar o imposto com base na receita bruta na forma prevista no art. 505-A do RICMS, somente aqueles contribuintes que fruíam do benefício em 30/06/2000.

Diante da dúvida quanto à aplicação da legislação, foi deliberado na assentada de julgamento que a PGE/PROFIS se manifestasse acerca da existência do Termo de Acordo e Compromisso, em face da legislação existente, através dos sucessivos Decretos de nºs 7425/98, 7594/99, 7834/00 e 7842/00, quanto ao benefício do crédito presumido de 58,8235%, em substituição ao crédito de 20%, e a Ilustre representante exarou o Parecer às fl. 144, onde conclui que nos termos do art. 5º do Decreto nº 7842/00, só poderão apurar o imposto com base na receita bruta os contribuintes que já usufruíssem do benefício do crédito presumido, preconizado no Decreto nº 7594, em 30/06/00, e que neste caso, a retroatividade resta comprometida em razão do Termo de Compromisso ter sido celebrado em 2001.

Neste sentido, acatando o entendimento da Douta PGE/PROFIS, e considerando ainda que manifestação da GECOT/DITRI, transcrita no bojo da informação fiscal, às fls. 85 dos autos, deixa claro que aqueles contribuintes que assinaram Termo de Acordo, em data posterior, não há o que se falar em retroatividade. Assim, considero que a Junta de Julgamento Fiscal laborou em equívoco ao entender que deveria ser dado validade ao referido Termo, assinado em 20/11/01, tornando insubstancial a exigência fiscal.

Deste modo, entendo que merece reparo o julgado de 1ª Instância, e a infração 1 deve ser mantida, sendo, portanto, Procedente o Auto de Infração em sua inteireza, restaurando-se a infração 1, objeto deste Recurso de Ofício, o que, por conseguinte voto pelo Provimento do mesmo.

Entretanto, por entender que o contribuinte tomou por base o aludido Termo de Acordo, que resta esclarecido que não pode ter efeito retroativo, como bem dito no Parecer da PGE/PROFIS, sugiro que o recorrente ao apelo da equidade, deve proceder na forma prevista no art.159 do RPAF/99, requerendo a dispensa da multa referente à obrigação principal à Câmara Superior do CONSEF, atendendo ao disposto nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, quanto ao item 1, objeto do presente Recurso Voluntário.

Por todo o acima exposto, modifico o julgamento de 1ª Instância, por entender que a exigência do item 1 deve ser mantida, e o Auto de Infração julgado PROCEDENTE, e assim, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício, para reformar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269285.0010/03-0, lavrado contra **EMPRESA DE ÔNIBUS NOSSA SENHORA DA PENHA S/A**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$66.761,97, sendo R\$5.716,31, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$61.045,66, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e VII, “a” da referida lei, e demais acréscimos legais, homologando-se o valor já comprovadamente recolhido, conforme fl. 134.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS