

PROCESSO - A. I. Nº 233037.0100/03-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REBEKA TRANSPORTADORA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª JJF nº 0023-02/04
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 17/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0002-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE CONCLUIU PELA INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II da Lei nº 3956/81- COTEB, alterada pela Lei nº 7438/99, fundamentada no fato de que não houve intempestividade na apresentação do Recurso Voluntário. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pelo Chefe da PGE/PROFIS, com base no art. 119, II do COTEB (Lei nº 3956/81) e alterações posteriores, para que uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF face ao Controle da Legalidade, exercido por aquele órgão, aprecie a referida representação.

A acusação fiscal do presente Auto de Infração lavrado em 11/11/2003, apontou as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$48.122,60 correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outra Unidade da Federação, e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, relativa aos meses de novembro/01, janeiro e abril de 2001, conforme documentos às fls. 13 a 18.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 7.039,88, nos prazos regulamentares, referente a Prestação de Serviço de Transporte devidamente escriturada nos livros fiscais, relativo aos meses de março, abril, junho a agosto de 2003, conforme documentos às fls. 19 a 29.
3. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), relativa ao mês de dezembro de 2001, sujeitando-se a multa no valor de R\$120,00.
4. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), relativa aos meses de fevereiro a setembro de 2003, sujeitando-se a multa no valor de R\$1.260,00.

No prazo regulamentar, o sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, interpõe recurso às fls. 52 a 72, no qual, após fazer um breve histórico sobre a autuação, se insurge quanto a infração 1, tendo argüido a nulidade da autuação com fulcro nos artigos 18, II, IV, 19, e 39, do RPAF/99, sob alegação de que o Auto de Infração falta elemento indispensável ao pleno exercício do direito de defesa, pois não foi indicada precisamente a base legal para cobrança da diferença de alíquota, impossibilitando-lhe de verificação de sua legalidade.

Em seguida, com base no artigo 110, do CTN, e em ensinamento de renomado professor de direito tributário, fez a conceituação de mercadoria e bem, para argüir a impossibilidade de cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia a título de diferença de alíquotas na aquisição de bem para o ativo imobilizado, por entender que é ilegal a cobrança do imposto no caso em que o produto não se destine à venda.

Prosseguindo, o defendente com fulcro no artigo 155, incisos VII e VIII, 146, III, “a”, da CF/88, aduziu que com a edição da Lei Complementar nº 87/96, também se tornou inócua e desprovida de utilidade pública a instituição do diferencial de alíquota do ICMS, pois o crédito decorrente da entrada seria aproveitado pelo adquirente dos bens.

Com esses argumentos, após fazer as suas considerações sobre o regime tributário nacional, argüiu a inconstitucionalidade na cobrança do diferencial de alíquotas.

Sobre todas estas questões citou o pensamento de renomados professores de direito tributário, e a jurisprudência do STF.

Mais adiante invocou os artigos 51, 69 e 339 do RICMS/97, para argüir a ilegalidade da alíquota aplicada, por entender que foi aplicada a diferença de alíquota no imposto de 10%, quando deveria ser de 5%, equivalente à diferença entre a alíquota aplicada pelo Estado de origem dos bens (7%) e a alíquota interna do Estado da Bahia (12%), por se tratar de caminhão.

Além disso, alegou que houve violação ao artigo 150, inciso IV, da CF/88, por considerar confiscatória a aplicação da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Citou o caso de julgamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em processo que decidiu que a multa máxima não pode exceder a 30%.

Como último argumento defensivo, o patrono do autuado requer seja declarado o direito ao crédito de ICMS correspondente ao que for pago ao Estado da Bahia a título de diferença de alíquota.

Por fim, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário a sua improcedência, e que seja reduzida a alíquota aplicada para 5%, e a redução da multa para 30%.

O autuante presta sua informação fiscal à fl. 75, frisando que o autuado reconheceu as infrações 2; 3 e 4. No tocante à infração 01, ressalta que o contribuinte omitiu o registro em sua escrita fiscal dos Documentos Fiscais nºs 73.350; 102.755 e 149.724, sendo detectado o fato junto à 9ª CIRETRAN. Sobre o questionamento do autuado, se a alíquota complementar seria de 5% ou 10%, o autuante ressalta que com a modificação introduzida através da Alteração nº 34 do RICMS/97, que estabeleceu a alíquota de 12% para caminhões a partir de 01/04/2002, concorda com a redução do débito cuja data de ocorrência é 30/01/2003 para o valor de R\$ 9.250,00.

A lide foi decidida em 1ª Instância com base no voto a seguir transcrito:

“Na análise das peças processuais constata-se que o autuado se silenciou quanto às infrações 2, 3 e 4, correspondentes a falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS sobre prestação de serviço de transporte no valor de R\$7.039,88, e multas nos valores de R\$120,00 e R\$1.260,00, em razão de ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, se insurgindo quanto a infração 1.

Com relação a infração 1, observa-se que os valores lançados no Auto de Infração são concernentes a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de três Caminhões Trator da Volvo do Brasil Veículos

Ltda (PR), através das Notas Fiscais nº 75.350, 102.755 e 149.724, conforme documentos às fls. 13 a 18, e estão demonstrados nas folhas 02 e 03.

Quanto à base legal para a exigência fiscal, consta logo após a demonstração do débito que a infração está enquadrada no artigo 1º, §2º, inciso I e V, artigo 5º, inciso I, 36 §2º, inciso XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea “a”, 124, inciso I e 131 do RICMS/97, bem como, que a multa pela infração está capitulada no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Considerando que a infração imputada está relacionada com o pagamento da diferença de alíquotas, os dispositivos legais indicados estão corretos, eis que, tratam exatamente da base legal relacionada com a descrição legal do fato; momento da ocorrência do fato gerador; quem está sujeito ao pagamento; base de cálculo; constituição e escrituração; e prazo de pagamento. Embora ao ser transportado o débito relativo a data de ocorrência 30/04/01, no valor de R\$ 13.422,60, tenha sido indicado incorretamente o enquadramento legal, entendo que tal fato não impediu ao sujeito passivo de exercer a ampla defesa, nem o impossibilitou de verificação da legalidade da infração que lhe foi imputada conforme alegado na defesa, haja vista que pelos argumentos defensivos quanto ao mérito, o autuado demonstrou perfeitamente que teve todas as condições de exercer o seu direito de defesa. Por isso, por não encontrar amparo o pleito do sujeito passivo em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, rejeito a preliminar de nulidade argüida no recurso defensivo.

Quanto ao mérito, considero que a infração está devidamente caracterizada nos autos através das notas fiscais citadas, pois o estabelecimento autuado realmente adquiriu em outra Unidade da Federação bens (três caminhões-tratores) destinados ao ativo permanente, e não procedeu ao lançamento nos livros fiscais das notas fiscais, ocasionando na falta de pagamento do ICMS relativo a diferença de alíquotas.

Sobre as argüições de inconstitucionalidade de cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia a título de diferença de alíquotas na aquisição de bem para o ativo imobilizado, deixo de apreciá-las, por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativo (art. 167, I, do RPAF/99).

Concordo com o argumento defensivo de que no caso do pagamento do diferencial de alíquota do ICMS o crédito decorrente da entrada seria aproveitado pelo adquirente dos bens. Contudo, de acordo com a legislação tributária, o contribuinte primeiro deveria proceder ao pagamento do imposto, mediante o lançamento do débito no livro de apuração, e a partir do período seguinte é que teria direito como crédito fiscal o valor correspondente a 1/48 por mês.

No que concerne a alíquota interna aplicável para fins de cálculo do diferencial de alíquotas, de acordo com o artigo 51, do RICMS/97, a alíquota era de 17%, sendo modificada para 12% nas operações com caminhões-tratores com inclusão do inciso III pela Alteração nº 34 (Decreto nº 8276, de 26/06/02, efeitos a partir de 01/04/02. Considerando que as aquisições ocorreram respectivamente em 28/01/2003 (NF 149724); 09/11/2001 (NF 102755); e 30/03/2001 (NF 75350), somente é devida a aplicação da alíquota de 12% para o débito correspondente a NF 149724, cujo débito fica reduzido para a cifra de R\$ 9.250,00 (5% sobre R\$185.000,00).

Quanto ao crédito fiscal relativo ao valor recolhido a título de diferencial de alíquota, após o pagamento dos valores exigidos neste Processo e regularização da escrituração dos documentos fiscais, poderá o contribuinte requerer a autoridade fazendária, mediante processo específico, o creditamento na forma prevista no RICMS.

Finalmente, descabe a alegação de que a multa aplicada de 60% é confiscatória, uma vez que a mesma está em perfeita consonância com a infração 01, e está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014,96.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da autuação, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 38.872,60, ficando o débito relativo a data de ocorrência 30/01/2003 da infração 01-06.01.01 modificado para o valor de R\$9.250,00.”

A PGE/PROFIS, à fl. 133 dos autos, tendo em vista o arquivamento do recurso voluntário apresentado pelo autuado, manifesta-se pelo indeferimento da impugnação apresentada e opina no sentido de que os autos devem seguir para a PGE/PROFIS a fim de que se proceda o controle da legalidade.

À fl. 139 é determinada a inscrição do débito em dívida ativa.

À fl. 163 a PGE/PROFIS através da ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro, representa ao CONSEF alegando que o Recurso Voluntário deveria ter sido processado uma vez que fora remetido pelos Correios em 15.03.03, no último dia do prazo legal (fl. 115), cita jurisprudência administrativa deste Conselho de Fazenda e jurisprudência dos Tribunais Superiores e conclui que o recurso voluntário interposto é tempestivo, uma vez que se deve considerar a data da postagem e não a data de recebimento pela Repartição fiscal. Opina para que seja declarada a NULIDADE DO ATO QUE CONSIDEROU INTEMPESTIVO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

O Parecer foi ratificado pela procuradora fiscal Verônica S. de Novaes e referendado pelo procurador Chefe da PGE/PROFIS que no exercício do controle da legalidade representa a este CONSEF para que seja declarada a nulidade do ato que considerou intempestivo o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo.

VOTO

Resta devidamente comprovado nos autos que o Recurso Voluntário foi apresentado dentro do prazo legal conforme manifestação contundente da PGE/PROFIS.

A jurisprudência administrativa deste Conselho de Fazenda e jurisprudência dos Tribunais Superiores constantes dos autos respaldam a presente representação.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação, devendo ser desarquivada a peça do Recurso Voluntário, anexada aos autos e processada regularmente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPE. DA PGE/PROFIS