

PROCESSO - A. I. Nº 298742.0001/05-4
RECORRENTE - CEMAPE TRANSPORTES S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0310-02-05
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 28/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0482-12/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO DE CRÉDITO FISCAL SEM PREVISÃO LEGAL E COM BASE EM LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. Decisão judicial definitiva confirmou a legalidade da cobrança do ICMS sobre os serviços de transporte intermunicipal e interestadual prestados pelo autuado. Sendo o estabelecimento optante pelo crédito presumido, nessa condição, fica vedada a utilização de quaisquer outros créditos fiscais. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado 04/03/2005, sob acusação de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$105.784,17, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher, referente ao período de janeiro, abril a dezembro de 2003 a setembro de 2004, conforme documentos às fls. 8 a 144.

O autuado em sua impugnação, após descrever os fatos e os fundamentos do Auto de Infração, argúi a nulidade do lançamento tributário, sob o alegação de que os dispositivos legais relacionados pela fundamentação da autuação não tipificam a infração apontada, por entender que não foi deduzido do valor da base de cálculo apurado, o percentual de 20% do valor do ICMS nos respectivos períodos, nos termos do artigo 96, XI, “a”, do RICMS/97.

Questiona a multa cobrada no período de 31/01/2003 a 30/04/2004, considerando-a indevida, em razão da existência de liminar reconhecendo o direito do estabelecimento utilizar o crédito relativo ao ICMS, cuja Decisão somente foi revogada no dia 08/04/2004. Diz ainda que a exigibilidade do imposto estava suspensa por ordem judicial, não sendo devido exigir multa punitiva, nos termos do artigo 151, V, do CTN.

Assevera que tendo optado pelas prestações tributadas para apuração do imposto de compensação (débito/crédito), tem o direito de fazer o aproveitamento de créditos fiscais de 20% do valor do ICMS.

Por fim, requer que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário exigido no Auto de Infração.

A autuante em sua informação fiscal diz que houve equívoco do autuado em achar que não foi deduzido do valor do imposto o crédito presumido de 20% que faz jus por força do Convênio ICMS 106/96, pois nas planilhas que instruem a autuação, referente à reconstituição da conta corrente fiscal, os valores apurados correspondem aos valores declarados pelo contribuinte,

conforme documentos às fls. 93 a 144. Para demonstrar que não assiste razão ao sujeito passivo, a autuante elaborou um quadro comparativo entre os valores apurados pelo fisco, e pelo autuado, com a indicação das páginas dos documentos que se encontram nos autos, a exemplo do mês de janeiro/03, o crédito presumido de R\$1.756,29 foi lançado pelo fisco à fl. 21, e é idêntico ao valor escriturado no RAICMS à fl. 96.

Quanto à multa aplicada, foi informado pelo preposto fiscal que o contribuinte entrou com ação ordinária em 05/04/2000 para utilização de créditos fiscais, obtendo liminar concedendo-lhe o direito de utilizar os valores constantes na planilha por ele elaborada. Diz que o Estado conseguiu suspender os efeitos da liminar, tendo o estabelecimento sido autuado por ter utilizado os créditos mesmo com a liminar cassada. Informa que o processo judicial foi concluído em maio/2004, com Decisão favorável ao fisco, e juntou cópia do histórico do mesmo que foi solicitado pelo CONSEF à Procuradoria Fiscal em 21/06/2005.

Em virtude da autuante ter acostado à sua informação fiscal novo elemento ao processo, mais precisamente, histórico do processo judicial fornecido pela PROFIS/CODEF, o autuado foi intimado a tomar conhecimento do referido documento (fl. 164), tendo o mesmo se manifestado às fls. 166 a 170, reiterando que nos levantamentos às fls. 158 a 159 não foi deduzido do crédito presumido o percentual previsto no RICMS.

Em seguida, argumentou que estando o crédito com sua exigibilidade suspensa, por ordem judicial, não é devida a cobrança de multa moratória e juros de mora, porque durante a vigência da medida judicial e dentro de trinta dias subseqüentes à sua revogação, não estava em estado de mora.

Ressalta que, nos termos do artigo 151 do CTN, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não caracteriza a mora do contribuinte, e que esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de Decisão judicial.

Teceu algumas considerações sobre o conceito de mora, à luz do artigo 955 do Código Civil, concluindo sobre a impossibilidade da cobrança de multa e juros sobre período em que a empresa esteve beneficiada por Decisão judicial.

Em nova informação fiscal à fl. 172, a autuante salienta que na manifestação do autuado não foi acrescentado nenhum fato novo, pugnando pela procedência de sua ação fiscal.

Na fase de instrução, o processo foi submetido à Pauta Suplementar visando a realização de diligência fiscal, sendo deliberado que o Auto de Infração reúne todas as condições de ser apreciado pelo órgão julgador.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“A infração contemplada no Auto de Infração diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher. Consta ainda na descrição do fato que os valores considerados como indevidos encontram-se lançados no Registro de Apuração do ICMS, na coluna 006 – “Outros Créditos”, com base em liminar concedida na Ação Ordinária nº 744.179-7/00, que já havia sido cassada anteriormente.

Portanto, a infração imputada ao contribuinte autuado se refere a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher, cujos valores, levantados através da reconstituição do livro de apuração foram menores do que os lançados pelo autuado, em razão do estabelecimento ter debitado a mais o valor do diferencial de alíquota em operações interestaduais de bens de uso e consumo.

Nas impugnações apresentadas, o patrono do autuado, pede a nulidade do lançamento com base no argumento de que os dispositivos legais relacionados pela fundamentação da autuação não tipificam a infração apontada, por entender que não foi deduzido do valor da base de cálculo apurado, o percentual de 20% do valor do ICMS nos respectivos períodos, nos termos do artigo 96, XI, “a”, do RICMS/97.

Nota-se que a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo se confunde com o mérito da questão, e, portanto, devem ser apreciadas conjuntamente.

Do exame dos documentos que instruem a autuação, mais precisamente, a reconstituição da conta corrente fiscal elaborada pela autuante às fls. 21 a 92, em comparação com as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado, constantes às fls. 93 a 145, verifico que a preliminar de nulidade não deve prosperar, tendo em vista que os valores apurados pelo fisco a título da dedução prevista no artigo 96, XI, “a”, do RICMS/97, são idênticos aos apurados pelo estabelecimento, ou seja, o estabelecimento autuado lançou no débito do imposto os valores correspondente às diversas prestações de serviços, inclusive a diferença de alíquotas. No campo destinado ao crédito do imposto, foram efetuados dois lançamentos: no campo 006 consta escriturado o valor correspondente a outros créditos a título de “LIMINAR 744.179-7/00 PROCESSO ICMS”, e também no campo 007, o valor correspondente ao estorno de débitos “CONVÊNIO 106/CLAUSULA ICMS”.

Desta forma, percebe-se claramente que a autuante lançou corretamente, na conta corrente reconstituída, no Campo 007, o crédito presumido previsto no citado dispositivo legal em valor idêntico ao lançado pelo estabelecimento. Quanto ao valor lançado no Campo 006 a título de Outros Créditos – Liminar 744.179-7/00 – Processo ICMS, verifico que o valor lançado corresponde exatamente a diferença entre o total do débito e o valor do crédito presumido lançado no Campo 007. Observo que não há como acatar o referido crédito efetuado no RAICMS, pois de acordo com a informação da PROFIS/CODEF (docs. fls. 160 a 163), em 15/05/2000 foi suspensa pelo Tribunal de Justiça, a liminar concedida pelo juízo de direito, e que, em 30/03/2004, foi proferida a Decisão dando provimento, no mérito, a Recurso de Apelação nº 16027-9/2002, interposto pelo Estado da Bahia.

Cumpra observar que a questão discutida nestes autos também já foi objeto de julgamentos pelo CONSEF (Acórdãos JJF 0298-02/03 e JJF 0431-03/04), ambos pela procedência de autuação, concludo pela subsistência da infração ora em comento.

Quanto à multa cobrada relativa ao período de 31/01/2003 a 30/04/2004, o autuado a considerou indevida, em razão da existência de liminar reconhecendo o direito do estabelecimento utilizar o crédito relativo ao ICMS, cuja Decisão somente foi revogada em 08/04/2004. Argumentou que estando o crédito com sua exigibilidade suspensa, por ordem judicial, também não é devida a cobrança de multa moratória e juros de mora, porque durante a vigência da medida judicial e dentro de trinta dias subsequêntes à sua revogação, não estava em estado de mora.

Quanto ao questionamento acima, observo que a liminar reconhecendo o direito do estabelecimento de utilizar o crédito relativo ao ICMS, foi revogada no dia 08/04/2004. Desta forma, as multas são devidas em função da inadimplência do contribuinte.

O art. 159 do RPAF/99 prevê que pode ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente apresenta, basicamente os argumentos expendidos na defesa, acrescidos de referências doutrinárias, sem nada de novo que deva ser considerado.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, nos seguintes termos:

*“No que se refere à aplicação da multa de 60%, embora entenda, particularmente, que seja a mesma indevida, por não vislumbrar o cometimento de infração legal, já que a utilização do crédito estava acobertada por Decisão judicial, portanto, pela segurança jurídica, não é este o entendimento prevalente no CONSEF e nos Tribunais Superiores. Em conformidade com as decisões proferidas pelo STF, uma vez cassada a liminar, retornaria o **status quo ante**, de maneira que o crédito tributário deve ser cobrado em sua integridade, inclusive com a incidência de multa e de acréscimos moratórios. Nesse sentido, vejam-se os Acórdãos abaixo transcritos. Assim, segundo a apontada jurisprudência dominante, considerando que, no caso em tela, a liminar que autorizava o contribuinte a utilizar os créditos tributários discutidos na Ação Ordinária nº 744.179-7/00 foi revogada em abril de 2004, estes passaram a ser considerados como utilizados indevidamente, incluindo, assim, multa e juros moratórios.”*

VOTO

Inicialmente, a preliminar argüida confunde-se com o mérito da autuação, devendo, portanto, ser apreciados conjuntamente. A alegação de que o crédito presumido de 20% não foi computado, não procede, pois restou devidamente comprovado que o mesmo foi considerado, uma vez que nos demonstrativos de débito, o crédito constante resulta da diferença entre o crédito utilizado pelo recorrente em decorrência da liminar, e o percentual de 20% a que faz jus o contribuinte. Quanto à multa, entendo que a cassação da liminar importa no não reconhecimento do direito argüido pelo recorrente, devendo, pois, o crédito tributário ser cobrado em sua integralidade, com a incidência de multa e acréscimos moratórios.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter 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** o Auto de Infração nº 298742.0001/05-4, lavrado contra **CEMAPE TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.784,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS