

A. I. Nº - 206936.0006/10-6
AUTUADO - EMPRESA AUTO VIAÇÃO PROGRESSO S/A
AUTUANTE - FRANCISCO BENJAMIN DE SOUZA MUNIZ
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25/11/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0239-03/11

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Sendo o autuado optante pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, a legislação prevê que não é devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de outra unidade da federação, de bens destinados ao ativo imobilizado. Infração não caracterizada. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2010, refere-se à exigência de R\$715.540,43 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro de 2005; janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, julho, outubro e dezembro de 2007.

O autuado, por meio de advogado com procuração e substabelecimento às fls. 65/66, apresentou impugnação (fls. 57 a 63). Preliminarmente, alega decadência dos lançamentos anteriores a dezembro de 2005, com base no art. 150, § 4º do CTN. O defendente entende que não mais caberia ao autuante promover o lançamento do ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até 30/11/2005. Cita decisões administrativas estaduais, reproduzindo as ementas. Diz que em face da decadência do direito de efetuar o lançamento referente ao período anterior a dezembro de 2005, pede a improcedência da autuação fiscal no que diz respeito ao imposto exigido e seus respectivos acréscimos decorrentes dos fatos geradores até 30/11/2005. No mérito, o defendente alega que o autuante deixou de verificar o fato de que o RICMS/BA, no inciso IX do art. 505-A, prevê expressamente que não é devido o imposto relativo à diferença de alíquota de bens destinados ao ativo imobilizado. Assim, o defendente apresenta o entendimento de que a autuação fiscal é improcedente, por manifesta contrariedade decorrente de erro de fato, cometido pelo autuante. Pede a nulidade do presente Auto de Infração em relação aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2005, ou mesmo improcedência em razão do argumento de mérito. Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada posterior de documentos.

O defendente acostou às fls. 89 a 93 um aditamento de defesa. Cita o art. 505-A, inciso IX do RICMS/BA e alega que o autuante não levou em consideração que o autuado é optante pelo regime de apuração em função da receita bruta. A opção de cálculo do imposto a ser pago, calculando mensalmente com a aplicação do percentual de 5% sobre o valor da receita bruta mensal, veda a utilização de qualquer crédito fiscal vinculado às prestações objeto do mencionado regime de apuração do imposto. Junta ao presente PAF cópias do livro RAICMS dos exercícios de 2005 e 2007 e Termo de Acordo firmado entre o autuado e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para fruição do referido regime especial para pagamento do ICMS. Pede a improcedência do presente Auto de Infração

O autuante prestou informação fiscal às fls. 181 a 184 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que em relação ao primeiro questionamento do autuado, o art. 173 do CTN prevê

que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e o RICMS/BA repete o mencionado dispositivo legal. Assim, a decadência alegada pelo defendente somente ocorreria a partir de janeiro de 2011. Quanto ao segundo questionamento apresentado nas razões de defesa, o autuante diz que o defendente não apresentou a escrituração conforme determina o art. 505-A, inciso XII, e o art. 633, parágrafo 1º do RICMS/BA, devendo, por isso, ser desenhquadrado do regime, perdendo os benefícios pretendidos. Também informa que o autuado apresentou o livro RAICMS (fls. 104 a 179) comprovando que utiliza crédito de ICMS em valor superior ao crédito presumido de 20% do valor do ICMS devido nas prestações. Apresenta o entendimento de que, utilizando-se, o autuado, de crédito de ICMS em valores superiores ao permitido pelo crédito presumido, ele está abdicando dos benefícios desse regime, está calculando o ICMS pelo regime normal de apuração e, sendo assim, está obrigado a recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquota. Informa que elaborou tabela (fls. 185/186 do PAF), onde se visualiza que em todos os meses do exercício de 2005 e janeiro a julho de 2007, o autuado utilizou crédito de ICMS em valores superiores ao crédito presumido de 20% do valor do ICMS devido nas prestações, ou seja, utilizou créditos não permitidos pelo art. 505-A, VIII do RICMS/BA. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto incluindo fatos geradores relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2005, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores referentes ao período anterior a dezembro de 2005, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º, do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento

sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2010, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro de 2005; janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, julho, outubro e dezembro de 2007.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

Foi alegado nas razões de defesa que o autuante não levou em consideração que o autuado é optante pelo regime de apuração em função da receita bruta. A opção de cálculo do imposto a ser pago, calculando mensalmente com a aplicação do percentual de 5% sobre o valor da receita bruta mensal, sendo vedado utilizar qualquer crédito fiscal vinculado às prestações objeto do mencionado regime de apuração do imposto. Neste caso, alega que não é devido o imposto relativo à diferença de alíquota de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme inciso IX do art. 505-A, do RICMS/BA.

O autuante não acatou a alegação defensiva, dizendo que o autuado não apresentou a escrituração conforme determina o art. 505-A, inciso XII, e o art. 633, parágrafo 1º do RICMS/BA, devendo, por isso, ser desenhado do regime, perdendo os benefícios pretendidos. Também informou que o autuado apresentou o livro RAICMS, comprovando que utiliza crédito de ICMS em valor superior ao crédito presumido de 20% do valor do ICMS devido nas prestações. Apresentou o entendimento de que, se o autuado utiliza crédito de ICMS em valores superiores ao permitido, ele está abdicando dos benefícios do regime de receita bruta, está calculando o ICMS pelo regime normal de apuração e, sendo assim, está obrigado a recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquota.

Em relação ao cálculo do imposto relativo às prestações de serviço de transporte pelo regime de apuração em função da receita bruta, o RICMS/BA estabelece:

Art. 505-A. No cálculo do imposto relativo às prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de pessoas, o prestador de serviços de transporte poderá optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, observado o seguinte:

I - o enquadramento de um dos estabelecimentos da empresa sujeitará os demais, situados neste Estado, à apuração do imposto pelo regime em função da receita bruta;

II - o contribuinte que pretender optar pelo tratamento tributário previsto nesta seção deverá formalizar a sua opção;

III - 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;

IV - o contribuinte que descumprir qualquer cláusula do acordo a que se refere o inciso anterior ficará sujeito ao desenquadramento do regime;

V - o imposto a ser pago mensalmente será calculado aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da receita bruta mensal;

...

VIII - é vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais vinculados às prestações objeto do regime de apuração previsto nesta seção;

IX - não é devido o imposto referente à diferença de alíquotas relativo à aquisição, em outra unidade da federação, de bens destinados ao ativo imobilizado;

O defendente juntou aos autos cópia do Termo de Acordo e Compromisso firmado com a Secretaria da Fazenda, estabelecendo uma carga tributária equivalente a 7%, condicionando a fruição do benefício ao cumprimento regular dos prazos de pagamento do imposto apurado e dos parcelamentos dos débitos tributários. Também consta na cláusula quarta, que a falta de pagamento de crédito tributário decorrente de denúncia espontânea ou constituído por lançamento de ofício, depois de esgotada as possibilidades de discussão administrativa de sua procedência, implicará imediata suspensão do direito de fruição do benefício a que se refere o mencionado Termo de Acordo.

Entendo que o fato de o autuado ter escriturado créditos fiscais indevidamente e se utilizado desses créditos, seria passível de autuação em relação aos valores creditados mais, mediante auditoria fiscal própria.

Por outro lado, sendo o autuado optante pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, a legislação prevê que não é devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de outra unidade da federação, de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme inciso IX do art. 505-A, do RICMS/BA, reproduzido neste voto.

Acato as alegações defensivas, e considero que não está caracterizada a irregularidade apontada pelo autuante e, em relação ao fato de o autuado ter utilizado indevidamente créditos fiscais, recomendo que seja realizado procedimento fiscal no sentido de que sejam apurados os valores dos créditos utilizados em desacordo com a legislação.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206936.0006/10-6, lavrado contra **EMPRESA AUTO VIAÇÃO PROGRESSO S/A**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR