

PROCESSO - A. I. Nº 281394.1301/13-7
RECORRENTE - TRANSPORTADORA TRANSFER LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0207-01/14
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 24/03/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-12/15

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. COMPRAS EM OUTROS ESTADOS DE BENS DO ATIVO FIXO. Após a apresentação de defesa e no curso da instrução processual do presente processo administrativo o contribuinte através de seu procurador firmou requerimento de parcelamento de débito. Consta de forma clara que o contribuinte declara que o requerimento implica na confissão da dívida objeto do pedido e em renúncia do direito de discutir a validade do débito tributário. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 18/09/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 406.691,67 (quatrocentos e seis mil seiscentos e noventa e um reais e sessenta e sete centavos) em decorrência do cometimento de 1 (uma) infração.

Infração 01. RV – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Período março, maio/agosto, novembro/dezembro de 2011; março, maio, agosto e setembro de 2012.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.152/155), atacando o mérito da infração.

A autuante apresentou sua informação fiscal (fls.174/175), mantendo o teor do seu lançamento.

Em seguida o PAF fora convertido em diligência à ASTEC (fls. 192/193) com o objetivo de solicitar do contribuinte a comprovação do Termo de Opção ao Crédito Presumido nos termos do art. 96, XI do RICMS/97 que afirmava ter, a qual ofereceu o Parecer de nº 0032/2014 (fls. 195/197), chegando à seguinte conclusão:

Tendo sido solicitado ao autuado comprovação da data efetiva (formal e material) da sua opção pela utilização do crédito presumido nos termos do art. 96, XI, “c-1”, RICMS/97-BA, o mesmo apresentou o Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO), onde o diligente verificou não constar o Termo de Opção anexado pelo autuado à fl. 156 e sim o Termo lavrado pelo autuante, constante às fls. 07 a 09, pelo que se conclui que o termo anexado pelo autuado é um termo avulso, sem credibilidade.

Foi anexado o citado termo do autuante, devidamente autenticado pela Infaz de Barreiras, conforme fls. 198 / 200.

Em relação às DMA's anexadas pelo autuante às fls. 176 / 188, as mesmas não contemplam operações com o Ativo Imobilizado,

Quanto à existência de outras operações que possam identificar a forma de apuração do ICMS e a utilização de créditos fiscais, nos períodos da ação fiscal, não foi possível identificar.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que entendeu por bem,

julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nº 281394.1301/13-7, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$406.691,67, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

A infração contida no presente processo administrativo fiscal - PAF acusa o sujeito passivo de deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao Ativo Fixo do estabelecimento, no valor de R\$406.691,67.

Alega a defesa que a exigência não pode prosperar, pois adquiriu bens para uso e consumo, bens destinados ao ativo fixo da empresa e, conforme pode ser averiguado do Termo anexado aos autos, a empresa declarou sua opção pelo crédito presumido, a partir de 01.01.2011.

Analizando as peças processuais e a legislação que rege a espécie, constato que a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas para serem utilizadas como material de uso e consumo ou para compor o ativo imobilizado do contribuinte adquirente. No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei 7.014/96 (art. 2º inciso IV), transcrição que segue, norma regulamentada pelo Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA), vigente, na época dos fatos ocorridos, nos presentes autos.

O art. 2º inciso IV da Lei 7.014/96, assim define a ocorrência do fato gerador:

IV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

O art. 5º, I do RICMS-BA/97 define assim o momento da incidência, para efeito do pagamento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

Em face da alegação do autuado da opção pelo crédito presumido (art. 96, XI, "c-1", RICMS/97-BA), o processo administrativo fiscal - PAF foi convertido em diligência, fls. 192/193, a fim de intimar o contribuinte para fazer prova (formal e material) de ter exercido tal opção.

Fundamental tal comprovação, uma vez que a legislação do imposto desonera do pagamento da diferença de alíquota diversos contribuintes, entre esses, o prestador de serviços de transporte, que formalizar a opção do crédito presumido do ICMS, como opção do contribuinte, em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação (débito/crédito), de acordo com o art. 7º, IV, "c", RICMS/97-BA, abaixo transcrita.

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

(...)

IV - nas aquisições de bens do ativo permanente efetuadas por:

(...)

c) transportadores que tenham optado pelo crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96, condicionado ao não-aproveitamento de créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas;

Nas prestações de serviços de transporte rodoviário, como no caso presente, o crédito presumido será de 20% do valor do ICMS devido nas prestações (Convênio ICMS 106/96);

O Parecer da ASTEC 0032/2014, anexado aos autos, fls. 195/196, conclui que o contribuinte não formalizou a opção pelo crédito presumido, em substituição aos créditos regulares relativos às operações e prestações tributadas, a que faz jus. A legislação do ICMS define que relativamente à opção pelo direito ao uso de créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas ou pelo benefício da utilização do crédito presumido, o contribuinte lavrará "Termo de Opção" no Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências - RUDFTO.

Não exibe fidedignidade o "Termo de Opção" acostado aos autos pelo contribuinte, fl. 156. A diligência confirma que o autuado não exerceu corretamente a opção pelo crédito presumido, anexando cópias do livro RUDFTO sem qualquer manifestação do sujeito passivo acerca da sua preferência pelo crédito presumido, em

substituição ao modelo conta corrente fiscal do ICMS (fls. 198/200). As retificações nas DMA,s fls. 176/188, operada pelo autuado, não contemplam as operações com o ativo immobilizado, nem possibilitou a identificação da existência de operações que pudesse indicar a forma de apuração de ICMS com a utilização de créditos fiscais.

Verifico ainda que o próprio autuado reconheceu a existência procedência do débito, ao requerer o seu parcelamento, com os benefícios da Lei nº 12.903 (fl. 204/205), indeferido, posteriormente, por falta de cumprimento de seus termos (fl. 219).

Do todo exposição, resta evidente que o contribuinte autuado tentou montar um cenário que lhe permitisse isentar-se da exigência do ICMS diferencial de alíquotas, tendo em vista a aquisição de bens destinados ao ativo fixo, conforme discriminados no demonstrativo de fls.05/06, além dos extratos das respectivas notas fiscais eletrônicas, fls. 14/141.

Posto isto, o Auto de Infração é PROCEDENTE, no valor de R\$406.691,67.

É o voto.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 1^a JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Argumentou que a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como diferencial de alíquota, são exigidas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo ou para compor o ativo immobilizado do contribuinte adquirente, conforme o art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96;
- b) Observou que fora realizada diligência para que o contribuinte comprovasse suas alegações em relação a ser optante do crédito presumido, bem como que resultado de tal procedimento foi conclusivo no sentido de que o autuado não formalizou a opção pelo referido benefício;
- c) Verificou ainda que o contribuinte reconheceu a existência do débito ao requerer seu parcelamento com os benefícios da Lei nº 12.903, o qual fora indeferido posteriormente por descumprimento dos seus termos.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 252/278)** em relação à Decisão da junta:

- i. Afirmando que o Auto de Infração seria nulo por cerceamento de defesa, já que o valor utilizado na base de cálculo não se referiria ao valor da nota fiscal, bem como que a alíquota aplicada deveria ser o diferencial e não a alíquota cheia;
- ii. Pugnou também pela nulidade por ofensa ao art. 142 do CTN, com o argumento de que caberia à autoridade administrativa o dever jurídico de provar a inexistência do termo de opção do benefício do crédito presumido, o qual teria sido juntado nos autos;
- iii. Arguiu que não teria havido a circulação jurídica da mercadoria capaz de autorizar a incidência do tributo sobre a aquisição dos bens, pois no presente caso houvera o arrendamento mercantil, no qual o recorrente figura apenas como possuidora direta do bem, sem ter aperfeiçoado seu domínio;
- iv. Levantou o argumento de que a exação traria o empobrecimento do recorrente, à margem da lei e em favor do Estado;
- v. Alegou que o caso ora combatido teria se tratado de substituição tributária, e que, conforme a cláusula primeira do Convênio ICMS 132/92, caberia ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, devido em toda a cadeia de incidência dos veículos automotores, inclusive quando o adquirente der ao bem for destinado ao ativo immobilizado. Sendo assim, afirmou que todo o tributo teria sido retido na primeira saída da mercadoria;
- vi. Por fim, afirmou ainda que a multa aplicada teria caráter confiscatório.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 284/287) através da Dra. Maria José Sento Sé opinou pelo

Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. As questões versando sobre vícios de constitucionalidade ou ilegalidades da legislação tributária estadual, não podem ser apreciadas pelo CONSEF, em face do art. 167, II, do RPAF/BA;
- ii. Que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, pois as mesmas possuem natureza jurídica diversa;
- iii. Que a multa aplicada no caso em apreço encontra previsão no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e decorre do descumprimento de obrigação principal. Sendo assim, o pedido de dispensa da multa deveria ser endereçado à Câmara Superior deste CONSEF, conforme determinação do art. 159 do RPAF/BA;
- iv. Que o lançamento atende a todos os requisitos do art. 39 do RPAF, bem como argumenta que foram observados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal;
- v. Que o recorrente não teria comprovado a opção pelo crédito presumido, conforme o Parecer da ASTEC de nº 0032/2014, bem como, afirmou que caberia ao mesmo colacionar aos autos os elementos capazes de descharacterizar o lançamento, o que não o fez. Pelo contrário, observou que o recorrente reconheceu expressamente a existência do débito, ao requerer seu parcelamento.

VOTO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, em decorrência da falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Período março, maio/agosto, novembro/dezembro de 2011; março, maio, agosto e setembro de 2012.

Inicialmente, antes de adentrar a qualquer análise das razões expostas no apelo voluntário, entendo ser necessário analisar, de ofício, questão preliminar.

Ocorre que, em 18/10/2013, após a apresentação de defesa e no curso da instrução processual do presente processo administrativo o contribuinte através de seu procurador firmou requerimento de parcelamento de débito (fl. 204). No referido termo consta de forma clara que o contribuinte declara que o requerimento implica na confissão da dívida objeto do pedido e em renúncia do direito de discutir a validade do débito tributário.

Em que pese o parcelamento tenha sido indeferido por falta de pagamento da parcela inicial, o fato é que o contribuinte exerceu livremente o seu direito de pedir o parcelamento e, na oportunidade, confessou o débito e renunciou ao direito de discutir o mesmo.

Verifico ainda que a opção foi formalizada pelo contador da empresa (fl. 212), que possuía poderes outorgados pelo contribuinte, inclusive para pedidos de parcelamento.

Assinalo que no documento intitulado “Requerimento de Parcelamento de Débito”, que o sujeito passivo assina, à fl. 204, está descrito, de forma expressa, que o signatário está “*ciente que nos termos do disposto da Lei 12.903/2013, este requerimento de parcelamento implica na confissão da dívida objeto do pedido;*”.

Por sua vez, no Termo de Confissão de Dívida (fl.205) o contribuinte na Cláusula terceira renuncia expressamente a qualquer defesa ou Recurso tendentes a discutir o crédito tributário objeto do presente acordo.

Verifico ainda que, nos termos do art. 4º. da Lei nº 12.903/2013, o reconhecimento expresso do crédito tributário é condição para formalização do pedido.

O indeferimento do pedido de parcelamento, realizado no caso concreto em razão da falta de pagamento da primeira parcela pelo contribuinte, é ato administrativo posterior à confissão da dívida, confissão esta que é condição essencial para que o contribuinte possa fazer o pedido de parcelamento de seu débito.

Assim, tal indeferimento, ato do poder público, não desfaz a situação que lhe é preliminar, de estar o débito já confessado pela pessoa física que é o signatário, e ora sujeito passivo.

Tanto assim, que prevê o §1º, do art. 7º, da Lei nº 12.903/2013:

Art. 7º Implica rescisão do parcelamento:

I - a inobservância de quaisquer das exigências estabelecidas nesta Lei;

II - estar em atraso, por prazo superior a 90 (noventa) dias, com o pagamento de qualquer parcela.

§ Ata da totalidade do débito confessado e ainda não pago;

Ou seja, o débito está confessado desde o momento do pedido de parcelamento. E a Lei nº 12.903/2013 também explicita providências a serem tomadas para que o erário receba o montante confessado.

Pelo exposto, deixou de existir a lide no momento em que o contribuinte confessou o débito lançado no Auto de Infração que, antes, impugnara.

A princípio, o presente lançamento sequer deveria ter permanecido neste CONSEF, mas sim, ter sido encaminhado diretamente para inscrição em dívida ativa.

Assim, NÃO CONHEÇO do Recurso Voluntário, razão pela qual voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281394.1301/13-7, lavrado contra TRANSPORTADORA TRANSFER LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$406.691,67, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS