

PROCESSO	- A.I. Nº 299904.0005/01-9
RECORRENTE	- BRESPEL COMPANHIA INDUSTRIAL BRASIL ESPANHA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0137-04/02
ORIGEM	- INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET	- 20.08.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0288-12/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA: **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 2. EXPORTAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRODUTOS SEMI-ELABORADOS. Infrações comprovadas. Razões recursais insuficientes para alterar a Decisão de 1ª Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário contra decisão da Junta de Julgamento que declarou a Procedência do Auto de Infração através do qual é reclamado o pagamento de ICMS no valor de R\$709.130,77, mais multa de 60%. Ao sujeito passivo foram imputadas as seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito - R\$138.954,94;
2. Falta de recolhimento do ICMS devido pela exportação de produtos tributados para o exterior. Referentes as Notas Fiscais nºs 2843/02.09.96, 2899/09.09.96 e 2863/04.09.96, cujo imposto não foi destacado - R\$26.778,63;
3. Falta de recolhimento do ICMS devido pela exportação de produtos tributados para o exterior. O contribuinte impetrou através do Processo nº 2083282/89, na 1ª vara da Fazenda Pública, Medida Cautelar de Depósito - R\$71.780,07;
4. Utilização de crédito fiscal indevido, referente as aquisições interestaduais de matérias-primas, de contribuintes com estabelecimento fixo, sem demonstrativo de saldo credor na conta gráfica do ICMS, em relação a cada remessa, ou regime especial para pagamento do imposto em uma única quota mensal - R\$471.617,13.

No prazo estabelecido na legislação processual o autuado apresenta defesa (fl. 107) aduzindo as seguintes razões de mérito abaixo elencadas.

Infração 1: Alega que houve extravio de uma pasta contendo notas fiscais de entradas referentes ao 2º trimestre de 1996. Aduz que esses documentos foram objeto de arrecadação pelo fisco, não havendo prova de sua devolução. Argumentando que tais documentos estão registrados em suas escritas fiscal e contábil, e que já foram apresentados em fiscalização anterior, externa o seu entendimento de que não é justo exigir a anulação dos créditos fiscais já que os documentos nos quais estavam consignados não são inidôneos. Reconhece que deve lhe

ser imposta a multa prevista no artigo 915, XIX, com a redação dada pela alteração 21 - Decreto nº 7.886/00.

Infração 2: Diz que as notas fiscais foram emitidas sem o destaque do imposto porque referentes a operações com produtos semi-elaborados, cujo fechamento do câmbio ocorreu no ato do embarque, conforme documento de exportação emitido pelo porto de Salvador. Invoca o artigo 57 e seu § 1º, do RICMS/96, que transcreve, e diz que as operações, ocorridas em 20/09/96, já se encontravam desoneradas do imposto, amparadas pela Lei Complementar 87/96, em vigor a partir de 15/09/96.

Infração 3: Afirma tratar-se de ação cautelar referente débitos do exercício de 1996, cujos valores foram depositados em juízo, descabendo qualquer ação contra os valores sob judice, esclarecendo que, se perder a causa, o juiz determinará, ao prolatar a sentença, a conversão do depósito em renda. Alega que o fisco é incompetente e impertinente para exigir o imposto nestas condições.

Infração 4: Inicia alegando que não entendeu a acusação, o que só ocorreu posteriormente, com a identificação dos dispositivos infringidos. Continuando, alega que ao proibir o uso de crédito fiscal o fisco está a descaracterizar o ICMS, pois atenta contra o princípio da não cumulatividade. Diz que, se o imposto está consignado no documento fiscal, a norma estatuída no artigo 509 do RICMS/97 não pode se sobrepor à regra do artigo 99 do CTN e que o fisco não atentou para a norma do artigo 33 do COTEB (Lei nº 3.956/81), que somente condiciona o uso do crédito fiscal às hipóteses ali contidas, não constando das mesmas a exigência de apresentação do DAE ou de certificado de crédito. Lista os emitentes dos documentos fiscais para afirmar que os requisitos para emissão dos referidos documentos foram atendidos. Junta cópias das correspondências que fez aos emitentes dos documentos, pedindo que remetessem cópias dos Livros de Registro de Saídas onde constasse o lançamento das respectivas notas fiscais e diz que junta a resposta dos nove primeiros relacionados e que os três últimos não atenderam ao pedido. Reafirma tratar-se de operações legítimas.

Ao prestar informação fiscal (fl. 384) a auditora responsável pelo lançamento rebate os termos da defesa, apresentando os seguintes argumentos:

Infração 1: os documentos extraviados foram solicitados através de intimação, mas sequer foram arrecadados, pois relativamente ao exercício de 1996 o auditor solicitante limitou-se a arrecadar os documentos referentes ao exercício de 1995, conforme comprova o Termo de Encerramento de Fiscalização, cuja cópia junta ao processo (fl. 390). Diz que somente pode validar os créditos lançados à vista dos documentos, que o autuado foi informado da ausência dos documentos desde o início dos trabalhos fiscais e que o contribuinte somente declara o extravio em suas razões de defesa, não tendo cumprido o que determina o artigo 146 do RICMS/97.

Infração 2: o faturamento para o exterior ocorreu nos dias 02, 04 e 09 de setembro de 1996, conforme comprova as notas fiscais emitidas. O embarque efetivamente ocorreu em 20/09/96 e a apuração do imposto foi feita com base no artigo 57 do RICMS/96, que também transcreve.

Infração 3: a exigência deve ser mantida, pois o artigo 142 do CTN prevê que o depósito em seu montante integral apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário e, não, o seu lançamento.

Infração 4: o autuado engana-se quando quer caracterizar a infração como descumprimento de obrigação tributária acessória, pois o capítulo XXXIV, do título III, dos RICMS/96 e 97 que trata das operações com sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos, no artigo 509, § 4º, faz a exigência do acompanhamento dos documentos que comprovem a quitação do tributo, não cabendo à autoridade administrativa apreciar matéria de constitucionalidade.

A 4ª JJF resolveu converter o processo em diligência à PROFAZ para que exarasse Parecer sobre questões jurídicas levantadas pelo contribuinte (fl. 404).

A PROFAZ se manifestou fazendo as seguintes considerações: **Infração 3** - que o depósito judicial através de medida cautelar não impede o lançamento do tributo e, sim, a sua exigibilidade. Todavia, face à discussão judicial, deve ser aplicada, apenas em relação a esta infração, a determinação do artigo 117 do RPAF/99, ou seja, considerar esgotada a instância administrativa. Com relação ao item 4 da autuação enfatiza que o § 4º do artigo 509 do RICMS disciplina as condições para uso de crédito fiscal, devidamente autorizado pelo artigo 31 da Lei nº 7.014/96. Assim, as condições nele estabelecidas devem ser cumpridas pelos contribuintes.

Ao decidir a lide o julgador de 1ª Instância pronuncia o seguinte voto, a seguir reproduzido:

"Infração 1: Não há discussão sobre lançamento dos documentos na escrita do autuado, já que comprovado pelo mesmo e reconhecido pela autuante. O que se discute é a validade dos créditos fiscais face os extravio dos documentos. O autuado somente comprovou que foi intimado para apresentação dos documentos em 11/07/00 (fl. 125). As alegações de que os documentos foram arrecadados e que inexistia prova de sua devolução, não ficam provadas. Ademais, como bem disse a autuante, o autuado não cumpriu, espontaneamente, o que determina o artigo 146 do RICMS/97.

Também, como disse a autuante, a idoneidade dos créditos só pode ser atestada à vista dos documentos que lhe deram origem, para que se possa verificar se foram mesmo neles destacados. A condição para validação de créditos fiscais é o seu destaque em documento válido, emitido por contribuinte regularmente inscrito, condição esta que o autuado não pode comprovar. Por isso, entendo procedente este item da autuação.

Infração 2: Os documentos para exportação, Notas Fiscais nºs 2843, 2863 e 2899 foram emitidos sem destaque do imposto e, respectivamente nos dias 02, 04 e 09 de setembro de 1996, dados comprovados documentalmente. Também é comprovado que o embarque ocorreu em 20/09/96, fato reconhecido pela autuante. O questionamento não se instala em relação à forma de apuração da base de cálculo, como discutem autuado e autuante. O cerne da questão é determinar qual a data de ocorrência do fato gerado, que poderia impor a exigência do tributo, face à desoneração da operações, a partir da vigência da Lei Complementar nº 87/96.

Consoante dispunha a Lei nº 4.825/89, vigente à época dos fatos, em seu artigo 2º, V, o fato gerador ocorre na saída das mercadorias a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte. Segundo consta dos documentos emitidos (fls. 21 a 23) as saídas dos produtos ocorreram em 02, 04 e 09 de setembro de 1996. Naquelas datas a desoneração prevista na Lei Complementar nº 87/96, ainda não estava em vigor. Não se discutiu sobre a incidência do tributo nas operações ou sobre os

números apurados. Assim, fica caracterizado o acerto dos cálculos e comprovado que o fato gerador ocorreu antes da data do efetivo embarque (que não era previsto na legislação como momento para exigência do tributo), validando a exigência. Entendo pela procedência deste item.

Infração 3: De conformidade com o Parecer emitido pela PROFAZ, este item, aplicado o disposto no artigo 117 do RPAF/99, não pode ter a sua defesa apreciada. Sendo a discussão transferida para outro foro, resta a este Conselho manter a exigência.

Infração 4: O enunciado da infração, realmente, feito de forma não clara, confunde o leitor sobre qual o feito irregular que está sendo apontado. Somente após a verificação da documentação acostada - Intimações - (fls. 90 e 98) fica entendido que se trata de recebimento de couros e peles, oriundos de outros estados, sem o acompanhamento dos respectivos DAEs e/ou certificados de créditos, comprovando o recolhimento do imposto. Todavia não causou cerceamento ao direito de defesa, pois o autuado declarou que entendeu a acusação.

O autuado alega que o imposto está destacado nos documentos de aquisição e que a exigência da comprovação dos recolhimentos não está previsto no COTEB nem no CTN, não podendo o Regulamento, como norma inferior, criar exigências não previstas em lei, afrontando o princípio constitucional da não cumulatividade.

O artigo 509, § 4º dos RICMS/96 e 97 apenas transcreve normas contidas nos Convênios ICM 15/88 e ICMS 75/89 e 89/99, que são normas complementares de direito tributário, regularmente previstas na Lei Complementar que rege a matéria. As comprovações de que as operações foram objeto de debitação pelos fornecedores do autuado, não suprem a exigência dos dispositivos legais sob análise. A PROFAZ, em Parecer exarado a pedido desta 4ª JJF, reafirma a validade das exigências do artigo 509, § 4º, dos RICMS/96 e 97, para a validação do direito ao crédito fiscal.

A legislação deve ser fielmente cumprida para que os atos nela baseados possam ser validados. Por isso, não acato os argumentos defensivos e mantenho a exigência contida neste item.

Por fim, indefiro os pedidos feitos na conclusão da peça defensiva, pelo autuado, porque:

- a) Não entendo necessário a realização de diligência ao teor do artigo 142 do RPAF/99;*
- b) Face à negativa anterior não acato as indicações de pessoas para acompanhar perícia que não será determinada;*
- c) A juntada de documentos e de provas deve ser feita de uma só vez, no momento da apresentação da defesa, conforme artigo 123, §1º do RPAF/99 e*
- d) O julgamento pela improcedência não pode ser acatado pelos motivos que analisei quando da apreciação das infrações.*

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento em sua inteireza.

Intimado da decisão acima, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, onde reafirma, em linhas gerais, os termos da impugnação apresentada na 1ª Instância. Acrescenta em relação ao item 2, o argumento de que as operações estariam amparadas pelo Regime de Drawback.

A PROFAB analisa os argumentos apresentados pela recorrente e tece as seguintes considerações.

"Em razões recursais a recorrente reitera todos os termos da defesa anteriormente apresentada, acrescentando ainda em síntese relativamente à cada infração: 1ª) todos os documentos foram examinados e arrecadados pelo fisco, não havendo prova da devolução das notas fiscais de abril a junho de 1996; 2ª) operação não tributada pois amparada pelo regime drawback; 3ª) a discussão da matéria deve ser transferida ao foro judicial, devendo o item ser considerado nulo de pleno direito; 4ª) é devido o crédito fiscal pois a recorrente demonstrou a legitimidade das operações.

No que tange à infração 01 descrita no Auto de Infração, os documentos colacionados pela recorrente não comprovam a alegação de extravio de documentos pelo preposto fiscal. Por conseguinte é defeso ao contribuinte a utilização do crédito fiscal.

Quanto à infração 02, não socorre à recorrente a alegação de ser indevido o pagamento do imposto face às operações estarem acobertadas pelo regime de drawback. Com efeito, o citado regime isenta do ICMS as operações de importação de mercadorias. Logo, a isenção legal incide sobre a entrada e não sobre a saída de mercadorias do estabelecimento, como no caso em apreço.

Corroboramos ainda do entendimento manifestado pela JJF relativamente ao momento da ocorrência do fato gerador, considerando-o como ocorrido quando da saída das mercadorias do estabelecimento, nas datas constantes nos respectivos documentos fiscais. Assim, correta a exigência do imposto, pois a legislação à época previa a incidência do ICMS nas exportações de semi-elaborados.

Sobre a infração 03, observamos que a recorrente equivocou-se ao interpretar a manifestação da PROFAB de fls. 405/408. Naquela oportunidade, manifestando-nos pela aplicação do art. 117 do RPAF vigente, ante à constatação de discussão concomitante de matérias idênticas nas esferas judicial e administrativa.

Ocorre que tal fato não induz em nulidade do item como pretende fazer crer a recorrente, mas sim em desistência do recurso interposto, como preceituado no caput do art. 117 do diploma legal citado.

Nesse sentido, veda-se à autuada a possibilidade de discussão administrativa, devendo o item ser considerado procedente pelos órgãos julgadores.

Acerca da infração 04, observamos que a autuada não cumpriu as normas previstas no RICMS, especialmente o disposto no § 4º do art. 509, pois as cópias dos livros (fls. 188 e ss.) não comprovam a legitimidade das operações. A utilização do crédito fiscal é condicionado à obediência das normas legais.

Pelo exposto, opinamos pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado pela autuada".

Esboçadas todas a fases principais do processo passaremos em seguida à exposição do voto.

VOTO

Comungo do entendimento exarado no parecer da PROFAZ. Em relação à infração 01 o que se discute é a validade dos créditos fiscais face ao extravio dos documentos. Não há nos autos prova trazida pelo recorrente que demonstre que a fiscalização tenha arrecadado os documentos que supostamente desapareceram. Além disso, o contribuinte, deixou de cumprir as obrigações acessórias relacionadas ao fato, contidas no art. 146 do RICMS/97, entre as quais se destaca o dever de comunicar o extravio à repartição do domicílio tributário do sujeito passivo.

Quanto à infração 02 a questão gravita em torno do momento em que deve ser considerado ocorrido o fato gerador: se por ocasião do lançamento das operações ou por ocasião do embarque das mercadorias. Entendo como correto o posicionamento adotado pela Junta de Julgamento que está em consonância com a legislação tributária, em especial, o art. 57, §3º do RICMS/96 e as disposições da Lei nº 4.825/89, já que o imposto é devido a partir do momento em que se opera a saída das mercadorias do estabelecimento exportador, não cabendo a interpretação de que o fato gerador ocorre por ocasião do embarque das mercadorias. O aspecto temporal do fato impositivo é a saída, entendimento este mais que consagrado na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Aplicável, portanto, a legislação vigente à época em que se operou às saídas das mercadorias do estabelecimento autuado, sendo exigível o ICMS cobrado no Auto de Infração. Quanto à alegação de que as operações estariam amparadas pelo Regime de Drawback não procede, pois os produtos exportados eram tributados como semi-elaborados, à época em que ocorreram as exportações. O benefício suscitado, portanto, não se aplica ao caso, pois a norma de incidência não é afastada, mesmo que a operação de entrada de matérias-primas utilizadas na produção das mercadorias exportadas estivessem amparadas pelo Regime de Drawback.

A infração 03 contempla hipótese em que há discussão simultânea da lide nas esferas administrativa e judicial. Conforme enfatizado no Parecer da PROFAZ, tal fato não induz nulidade do procedimento fiscal, pois o art. 117 do RPAF/99 veda à autuada essa possibilidade de discussão simultânea, devendo o item ser considerado procedente pelos órgãos de Julgamento Administrativo, pois não se vislumbra no mérito qualquer circunstância que invalide o lançamento efetuado pela fiscalização. Além disso, a interposição de medida judicial não obsta, salvo determinação expressa em contrário, o direito da Fazenda Pública em lançar o crédito tributário, ficando suspensa, todavia, a sua exigibilidade.

Em relação à infração 04, a matéria envolve operações de entradas no estabelecimento do autuado de couros e peles oriundos de outros Estados, sem que estejam acobertados de Documentos de Arrecadação (DAEs) ou de certificados de crédito, de forma que ficasse comprovado o recolhimento do ICMS na origem, para efeitos de apropriação de créditos pelo destinatário. Acertada a exigência fiscal, pois a questão deriva de norma expressa do RICMS/96 e do RICMS/97, incorporadas à legislação interna por força das disposições do Convênio ICM 15/88 e Convênios ICMS 75/84 e 89/99. Assim, o direito ao crédito é condicionado à prova do pagamento do imposto na operação de origem.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado pelo contribuinte.

VOTO DISCORDANTE (Itens 01 e 02)

Na assentada do julgamento da sessão da 2ª Câmara, realizada em 10 de julho corrente, após o relato do ilustre Relator, em face da complexidade da matéria em discussão. Nesta oportunidade, após o debate, conhecendo melhor as peças do PAF, emito o meu voto:

A Autuada, empresa que opera na atividade de Curtume de Couros e Peles, tem contra si lavrado o presente Auto de Infração, exigindo recolhimentos decorrentes de:

ITEM 01: Utilização indevida de crédito fiscal, cujas notas fiscais não foram apresentadas ao Fisco, (por extravio);

Relativamente à este item - esclareceu a Autuada que a pasta contendo 176 notas fiscais, referente ao 2º trimestre de 1996, foi objeto de arrecadação pela fiscalização, datada de 11 de julho de 2000, levada a efeito pelo Auditor Fiscal, Sr. Francisco de Assis B. B. Carvalho, cuja referida pasta não foi devolvida.

A Autuada anexou cópia da arrecadação, doc. fl. 04 e xerox do livro de Entrada, fls. 05 a 58, onde constam lançadas as Entradas de todas as notas fiscais envolvidas. A Autuante copiou as notas fiscais e os valores do ICMS, lançados a título de crédito fiscal, do referido livro Registro de Entrada.

Autuada se insurge contra a exigência dos créditos relativos ao imposto destacado nas notas fiscais, uma vez que a legislação prevê multa por extravio, à razão de R\$4,00 (quatro reais) por documento, inciso XIX, do artigo 915, do Regulamento do ICMS.

Ora, se foi comprovado que as notas fiscais estiveram com a fiscalização anterior, a sua não exibição ao Fisco, agora, por extravio, há de ser apenada com multa fixa. É como dispõe a legislação.

Assim, entendo que exigir-se imposto de 176 notas fiscais regularmente lançadas e já examinadas pela fiscalização anterior, constitui-se caso de aplicação de multa por extravio. Voto pelo Provimento deste item.

Face ao exposto, entendo que deva prevalecer parcialmente o item 01, com exigência de penalidade fixa sobre o n.º de notas fiscais extraviadas (176), que à razão de R\$4,00, importa em R\$704,00 (setecentos e quatro reais).

ITEM 02: Deixou de recolher o ICMS devido pela exportação de produtos tributados para o exterior, referentes as notas fiscais 2843, 2899 e 2863, todas emitidas no exercício de 1996, (amparada no regime de Drawback);

De referência à este item - As 3 notas fiscais envolvidas na questão, faturaram devolução de mercadorias, recebidas amparadas no regime de Drawback, Atos Consessórios: n.º 6-96/0018-5, de 05/03/1996; 6-96/0047-9, de 13/05/1996 e 6-96/0066-5, de 27/07/1996 (Doc. 06 a 08).

Consta grafado em cada uma das notas fiscais tais observações. Portanto, aqui, igualmente, não tem procedência a exigência de imposto, pois que, mercadorias recebidas com Drawback

suspensão, tem saída igualmente, desonerada de tributação. Portanto, voto pelo PROVIMENTO deste item, para julga-lo insubsistente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299904.0005/01-9**, lavrado contra **BRESPEL COMPANHIA INDUSTRIAL BRASIL ESPANHA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$709.130,77**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, "a", da Lei nº 4.825/89, alterada pela Lei nº 6.934/96 e VIII, "a", da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Tolstoi Seara Nolasco, José Carlos Barros Rodeiro, Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert, José Carlos Boulhosa Baqueiro.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Julho de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - VOTO DISCORDANTE

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFZ