

A. I. N° - 207104.0002/01-2
AUTUADO - BONFIM IMPORT COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVES DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNETE - 21.05.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0168-01/02

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Provado que o contribuinte tinha direito ao benefício da redução da base de cálculo. Infração inexistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/01, cobra ICMS no valor de R\$36.418,93 acrescido das multas de 50% e 60% em decorrência:

- 1) Recolhimento a menor do imposto por erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte apurou incorretamente o ICMS devido sobre as transferências de automóveis efetuadas através das notas fiscais de saídas, por ter aplicado a alíquota de 12% ao invés de 17% (nov/96) - R\$17.860,14;
- 2) Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (out/97 a dez/97) - R\$18.558,79.

O autuado, através de representante legalmente constituído, impugnou em sua totalidade a ação fiscal.

Suscitou como preliminares prejudiciais do mérito da ação fiscal:

1. o cerceamento do seu amplo direito de defesa vez que o Auto de Infração não obedeceu à ordem legal de demonstrar o débito tributário, discriminando a base de cálculo e as parcelas do tributo, por período, bem como seus acréscimos e multas aplicadas, não se prestando, para este fim, a planilha “Demonstrativo de Débito” anexa aos autos. Perguntou como o autuante encontrou o valor de R\$105.059,64 como base de cálculo da infração 01. Argumentou que o Auto de Infração é ato de imposição de débito, havendo de vir acompanhado da sua forma de apuração detalhada, expressa e clara, de forma que a simples leitura identifique a infração, não sendo permitida as deduções e interpretações dos procedimentos adotados.
2. afirmou que o art. 136, § 1º do Código Penal Brasileiro prevê o excesso de exação sob duas modalidades distintas: exigência indevida e cobrança vexatória. Como ao autuante não é dado o direito de desconhecer a lei do ICMS, concluiu que aquele preencheu todos os requisitos para o seu enquadramento no crime *sub studio*, quais sejam, o conhecimento de que o tributo reclamado é indevido e o constrangimento empregado quando da lavratura da peça punitiva. Portanto, afirmou, inegável que a ação fiscal encontra-se revestida de abuso de poder, com o único fito de saciar a sanha de arrecadação do Estado, com o malicioso artifício da constituição do lançamento para efeito de interrupção da prescrição do pretenso crédito tributário.

3. o autuante prevaricou vez que não buscou a verdade material, averiguando com o autuado as razões para a adoção dos seus procedimentos. No caso, o agente fiscal, conhecedor do RICMS, ao verificar que o impugnante não havia escriturado nos seus livros contábeis a redução da base de cálculo, por direito havida, deveria tê-lo orientado à corrigir a escrituração e não ter se aproveitado de mero equívoco para autuá-lo, o coagindo ao pagamento de imposto indevido, desrespeitando as normas regulamentares. Argüiu que esta prática, igualmente, encontra-se prevista como crime no Código Penal, ao arrimo do seu art. 319.

Diante dos argumentos expostos, afirmou que independente da apreciação do mérito, o Auto de Infração é improcedente por conter uma série de vícios de nulidade jurídica, bem como por ser decorrente de violação às normas jurídicas e direitos adquiridos do contribuinte consagrados pela Constituição Federal.

Argumentou, em relação a infração 01, que estava sendo coagido ilegalmente a recolher aos cofres público a quantia de R\$17.860,14, com base no art. 50, I, “a” do RICMS/BA vigente. Frisou que a autuação é improcedente, visto que o art. 28 do RPAF só autoriza a lavratura do Auto de Infração quando vislumbrada infração à legislação, que não é o caso. Relatou que em novembro de 1996, gozava do benefício da redução da base de cálculo nas operações de saídas de veículos automotores na ordem de 29,41% (art. 76, §§ 1º e 2º do Decreto nº 5.444/96), que deveria ser escriturado nos seus “livros contábeis de entrada, saída e apuração”. Esta escrituração no livro Registro de Saídas deveria ter sido realizada com o valor da operação reduzida em 29,41%, reservando-se ao campo das “Observações” as anotações pertinentes ao fato. Entretanto ao escriturar as notas fiscais nº 5819, 5836, 5862, 5864, 5908, 6014, 6015, 6016, 6017, 6038, 6040, 6041 e 6042, o fez sem a referida redução. Para sanar o problema, consignou a alíquota como fosse de 12%, sendo o fato, assim, mero erro que em nada afetou o recolhimento do imposto. Para corroborar o alegado, elaborou duas planilhas, onde confrontou os valores da operação com base de cálculo reduzida e alíquota de 17% e os valores com base de cálculo normal, porém com alíquota de 12%, chegando aos mesmos valores de ICMS a recolher.

Impugnou a infração 02, afirmando, não ser inadimplente perante o Fisco Estadual, ao contrário, é seu credor. Explicou que só se aproveitou da redução do benefício da base de cálculo no percentual de 29,41%, quando, na verdade, este percentual é de 33,33% conforme Cláusula Primeira do Convênio ICMS 37/92, que transcreveu, e ratificações posteriores. Assim, apropriou-se desta diferença (3,92%) para compensar com os débitos existentes, inclusive nos meses autuados – outubro a dezembro de 1997.

Seguindo sua impugnação, apontou como derradeiro ponto à improcedência do Auto de Infração a multa aplicada. Disse que de maneira abusiva e maliciosa, o autuante impôs multa sobre pretensas infringências aos ditames legais assinalados, deixando de considerar o comando do art. 915, § 4º que permite a redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, única infração cometida, como já havia declinado. Partindo do conceito e finalidade das multas, observou que o verdadeiro sentido da sua aplicação é de punir o contribuinte que, deliberadamente, infringiu uma norma regulamentar, o que não ocorreu no caso em questão. Desta forma, não pode ser ela gravada com intuito de confisco, ao arrepio do art. 5º da Constituição Federal e art. 150 do CTN. Frisou que os efeitos das multas escorchantes aplicadas (multas de 50% e 60% mais multa de mora) provoca o enriquecimento do ente tributante em detrimento dos efeitos da própria sanção. Além do mais, lembrou que a incidência da multa por infração conjuntamente com a multa de mora é um “impropério administrativo”, vez que a multa de infração pune, justamente, a demora no pagamento do tributo, sendo que deve ser exigida, tão somente, uma ou outra.

Por fim, em face da relevância dos fundamentos suscitados, pediu a sua improcedência, por nulidade, determinando o arquivamento do Auto de Infração (fls. 76 a 92).

O autuante prestou informação (fls. 100 a 106) dizendo, inicialmente, que a preliminar de nulidade levantada pelo patrono do autuado por cerceamento de direito de defesa, revelava absoluto desconhecimento da matéria questionada. Os montantes correspondentes às bases de cálculo e imposto devido, cobrado através da infração 01, estão descriminados, caso a acaso, no “Demonstrativo do ICMS Devido” (fl. 08), que foi entregue ao preposto do autuado, conforme atesta a assinatura ali contida. Quanto ao imposto cobrado na infração 02, foi retirado do livro Registro de Apuração do ICMS da empresa (fls. 67 a 72), onde se tem identificado todos os valores mensais devidos que não foram recolhidos aos cofres estaduais, e sintetizado no “Demonstrativo de Conta Corrente do ICMS (fl. 66). Diante da situação, o autuado foi, comprovadamente, municiado de todas as informações necessárias para compreender os valores cobrados, suas causas e critérios utilizados para apuração, não havendo qualquer suporte legal ao acolhimento da argüida nulidade.

E, em relação a acusação de crime praticado, tipificados nos arts. 316 e 319 do Código Penal Brasileiro (“excesso de exação” e “prevaricação”) deixou de tecer qualquer comentário já que foge totalmente da finalidade do presente instrumento processual. Observou, apenas, que a acusação revela a ausência de provas e argumentos consistentes para descaracterizar a sonegação fiscal apurada.

Quanto as multas aplicadas, decorrem da aplicação das disposições regulamentares, que a ninguém é lícito desconhecer, “a teor do disposto no art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.”

No mérito, informou que as hipótese e redução da base de cálculo do ICMS, contempladas nas disposições legais invocadas (§§ 1º e 2º do art. 76 do RICMS/96) somente tem aplicações quando adotado o regime da substituição ou antecipação tributária. No caso guerreado, o autuado recebeu diversos automóveis, modelo TOPIC, oriundos do Estado do Espírito Santo, com tributação normal do ICMS, creditando-se normalmente do imposto cobrado no Estado remetente, conforme prova seu livro Registro de Entradas (fls. 54/55). Nas suas saídas, debitou-se do imposto com alíquota de 12%, contrariando as disposições do art. 50, I e art. 56 do citado Regulamento. Portanto, como não efetuou a antecipação tributária do ICMS devido pelas etapas subsequentes, conforme previsto no art. 371 do RICMS então vigente, não poderia invocar o direito à redução de base de cálculo, já que existe uma condicionante legal a ser cumprida para fruição do benefício fiscal.

Em relação a infração 02, observou que o percentual de retenção contemplado no Convênio invocado pelo impugnante foi alterado por normas posteriores. Ademais, prosseguiu, a compensação e restituição de eventuais créditos de ICMS há de ser pleiteado com observância do regramento processual pertinente, e utilizados mediante a escrituração regular dos livros fiscais. O autuado nunca os pleiteou nem tampouco efetuou qualquer lançamento neste sentido no RAICMS e, sua defesa teve cunho genérico, sem qualquer demonstrativo e informações que permitissem compreender qual o montante correspondente ao direito alegado.

Sendo assim, manteve, integralmente, todos os termos do Auto de Infração.

Os membros desta JJF entenderam que para o correto julgamento da lide relativa à infração 01, era necessário o efetivo conhecimento dos códigos da NBM/SH (Nomenclatura Brasileira de

Mercadorias – Sistema Harmonizado) dos veículos autuados, em cujas notas de saídas não estavam consignados. Assim, solicitou que fiscal estranho ao feito, e em loco, identificasse as NBM dos veículos relacionados na autuação. (fl. 109)

Fiscal estranho ao feito, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0027/02, informou que os códigos NBM/SH dos veículos autuados correspondiam aos nº 8704.21.0100 e 8702.10.9900, conforme documentos que anexou (fls. 110 a 111).

Autuante e autuado tomaram conhecimento da diligência requerida e não se pronunciaram (fls. 160 a 163).

VOTO

Quanto as preliminares de nulidade argüidas, não existem fatos a lhes darem causa. Ao contrário do que afirmou o impugnante, a descrição dos fatos que motivaram as infrações estão corretamente descritas no corpo do Auto de Infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos estão indicados, a alíquota aplicada é a correta em relação à acusação e a base de cálculo, bem como a diferença do valor do imposto apurado estão indicados, mês a mês, no levantamento realizado, conforme fl. 08 dos autos, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo. Assim, sem fundamento o pleito de cerceamento do direito pleno de defesa.

Igualmente, não vislumbro causa à alegação de excesso de exação e de prevaricação do autuante. Na presente lide existem provas materiais, não existindo cobrança vexatória com emprego de constrangimento ao contribuinte. Esta é uma acusação grave que somente deve ser aventada com provas contundentes para que medidas punitivas possam ser tomadas pela administração fazendária. Não havendo, são, no mínimo, irresponsáveis.

No mérito, cuida a infração 01 da cobrança da diferença do imposto que foi recolhimento a menor, por erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O defendente alega que fazia jus, à época dos fatos geradores, de redução da base de cálculo no percentual de 29,41% com base nas disposições contidas no art. 76, §§ 1º e 2º do Decreto nº 5.444/96 (RICMS/96) sobre as notas fiscais 5819, 5836, 5862, 5864, 5908, 6014, 6015, 6016, 6017, 6038, 6040, 6041 e 6042. Por erro, ao escriturá-las, não reduziu os valores das operações realizadas. No intuito de sanar o procedimento irregular, aplicou a alíquota de 12% ao invés de 17% sobre suas bases de cálculo, o que ao final, só causou irregularidade de cunho acessório.

Não se trata aqui de discutir se existiu ou não o cometimento de uma irregularidade de cunho acessório. A questão é saber se o autuado tinha ou não direito a redução da base de cálculo do imposto nos termos do artigo do Regulamento acima citado.

Art. 76 – Nas operações com veículos automotores, as hipóteses de redução da base de cálculo, os prazos, os critérios e as condições para fruição do benefício são os disciplinados neste artigo.

§ 1º - De 01/7/95 até 31/12/96, é reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas e nos recebimentos, do exterior, de caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leito e chassis com motores para caminhões, para ônibus e para microônibus, não sujeitas a substituição ou antecipação tributária, calculando-se a redução no percentual de 29,41%, de forma que resulte numa carga tributária nunca inferior a 12%, de acordo com sua classificação na NBM/SH, a saber (Convs. ICMS 52/95 e 121/95, - Convs. ICMS 37/92, 71/92, 77/92, 133/92, 148/92, 1/93, 86/93, 44/94 e 45/96): 8701.20.0200, 8701.20.9900, 8702.10.0100,

8702.10.0200, 8702.10.9900, 8704.21.0100, 8704.22.0100, 8704.23.0100, 8704.31.0100, 8704.32.0100, 8704.32.9900, 8706.00.0100 e 8706.00.020.

§ 2º - De 01/7/95 até 31/12/96, é reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas e nos recebimentos, do exterior, de automóveis de passageiros, jipes, ambulâncias, camionetes, furgões, “pick-up”, “trolebus” e outros veículos, calculando-se a redução no percentual de 29,41%, de forma que resulte numa carga tributária nunca inferior a 12%, condicionando-se o benefício à adoção do regime da substituição ou antecipação tributária, de acordo com sua classificação na NBM/SH, a saber (Convs. ICMS 52/95 e 121/95, - Convs. ICMS 37/92, 132/92, 143/92, 148/92, 1/93, 87/93, 44/94, 52/94, 37/95, 88/94, 163/94 e 45/96): 8702.90.0000, 8703.21.9900, 8703.22.0101, 8703.22.0199, 8703.22.0201, 8703.23.0299, 8703.22.0400, 8703.22.0501, 8703.22.0599, 8703.22.9900, 8703.23.0101, 8703.23.0199, 8703.23.0201, 8703.23.0299, 8703.23.0301, 8703.23.0399, 8703.23.0401, 8703.23.0499, 8703.23.0500, 8703.23.0700, 8703.23.1001, 8703.23.1002, 8703.23.1099, 8703.23.9900, 8703.24.0101, 8703.24.0199, 8703.24.0201, 8703.24.0299, 8703.24.0300, 8703.24.0500, 8703.24.0801, 8703.24.0899, 8703.24.9900, 8703.32.0400, 8703.32.0600, 8703.33.0200, 8702.33.0400, 8703.33.0600, 8703.33.9900, 8704.21.0200 e 8704.31.0200.

Da análise das determinações acima referidas, somente podiam usufruir dos benefícios fiscais da redução da base de cálculo do imposto sem a adoção do regime da substituição ou antecipação tributária, nas operações de saídas internas e nos recebimentos, do exterior, os caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leito e chassis com motores para caminhões, para ônibus e para microônibus e dentro da classificação da NBM/SH pela legislação indicada.

Analisando as mercadorias consignadas nas notas fiscais, cujo redução da base de cálculo foi glosada, referem-se a veículos da ASIA MOTORS, tipo TOPIC. Aprofundando a análise, provado que todos foram adquiridos sem o pagamento da substituição tributária, fato este não só confirmado pelas notas fiscais de vendas, mas, também pelo livro Registro de Entradas do autuado, que se creditou normalmente do imposto destacado nos referidos documentos fiscais. Porém não se tinha conhecimento quais os códigos NBM/SH dos veículos, os quais foram informados após diligência solicitada.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0027/02, ficou identificado que os códigos NBM/SH dos veículos autuados correspondiam aos nº 8704.21.0100 e 8702.10.9900, conforme documentos de vendas e aquisições dos veículos, documentos estes anexados ao PAF. (fls. 113 a 153).

Nesta circunstância, os veículos da ASIA MOTORS, tipo TOPIC, e autuados, estão inclusos naqueles indicados no art. 76, § 1 do RICMS/96, não havendo o condicionamento do benefício à adoção do regime da substituição ou antecipação tributária e a autuação é insubsistente para cobrança do imposto.

Entretanto, como confessado pelo próprio autuado, existiu uma irregularidade de cunho acessório, ou seja, houve a escrituração irregular do livro Registro de Saídas. Nesta caso, deve ser aplicada a multa de R\$120,00 pela infração detectada e confessada, em obediência ao que dispõe o art. 42, XVIII, “b” da Lei nº 7.014/96 e art. 157 do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99).

A segunda acusação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos meses de out/97 a dez/97. Para comprovar a infração, o autuante refez o Conta Corrente do ICMS do autuado.

O impugnante trouxe como razão de defesa para seu procedimento, o fato de que, como só havia se aproveitado da redução do benefício da base de cálculo no percentual de 29,41%, ao invés do percentual de 33,33%, conforme Cláusula Primeira do Convênio ICMS 37/92 e ratificações

posteriores, apropriou-se desta diferença (3,92%) para compensar com os débitos existentes, inclusive nos meses autuados.

As razões de defesas não podem ser acolhidas. Em primeiro lugar desde 1993 (Convênio ICMS 86/93) foi alterado o percentual da redução de base de cálculo, não podendo mais haver qualquer referência àquele indicado na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 37/92. Em segundo lugar, quando de sua defesa ao primeiro item, o próprio impugnante afirmou que o autuado gozava do benefício da redução da base de cálculo nas operações de saídas de veículos automotores na ordem de 29,41% , portanto não sendo desconhecedor do percentual de tal redução. Em terceiro lugar, se, por acaso, houve erro do contribuinte no cálculo do imposto antes de tal modificação, ele não poderia em 1996 creditar-se simplesmente, como dito feito, sem observância das normas regulamentares, já que seriam créditos extemporâneos, existindo regras regulamentares específicas à este fim. E, em quarto lugar, suas afirmativas não foram comprovadas, inclusive existindo a afirmativa do autuante de que tais créditos nunca forma pleiteados, nem tampouco, houve qualquer lançamento neste sentido no RAICMS.

Diante de todas as colocações acima expostas e provas existentes, correta a ação fiscal.

Por derradeiro, quanto a afirmativa de que a incidência da multa por infração conjuntamente com a multa de mora é um “impropério administrativo”, lembro ao nobre impugnante de que os acréscimos moratórios, que pune a demora no pagamento do tributo, estão previsto no art. 32 da Lei nº 7.014/96 e art. 138 do RICMS/97 e a multa punitiva, aplicada tendo em vista a cobrança do imposto através de Auto de Infração, é aquela determinada na Lei nº 7.014/96 em seu art. 42 e art. 915 do RICMS/97.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para cobrar o ICMS no valor de R\$18.558,79 e a multa de cunho acessório no valor de R\$120,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207104.0002/01-2**, lavrado contra a **BONFIM IMPORT COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.558,79**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais a multa de **R\$120,00**, prevista no art. 42, XVIII, “a “do mesmo Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2001.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR