

A. I. Nº - 207351.0012/04-0
AUTUADO - COMPANHIA PRODUTORA DE ALIMENTOS.
AUTUANTE - JUAREZ ALVES DE NOVAES
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22/11/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-05/05

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO ATIVO FIXO, BEM COMO PARA USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto, a título de diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de bens destinados a integrar o ativo fixo, bem como para uso e consumo do próprio estabelecimento. Exigência subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL EM DUPLICIDADE. Provado nos autos o cometimento da infração. Fato reconhecido pelo autuado. Item mantido..b) UTILIZAÇÃO A MAIOR. MATERIAL DESTINADO A INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. A utilização do crédito fica limitado a 1/48 avos por mês, de acordo com disposição regulamentar. Não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Infração subsistente. c) DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO. Utilização de crédito superior ao permitido pela legislação. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Rejeitados os pedidos de nulidade e diligência . Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2004, exige ICMS no valor de R\$132.644,22, acrescido das multa de 60%, em razão das seguintes ocorrências:

I – 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 a consumo do estabelecimento, exigindo-se o imposto no montante de R\$39.007,81. Consignou o autuante que a empresa recolheu ICMS relativo às aquisições de mercadorias em outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou uso ou consumo, sobre a rubrica genérica diferença de alíquota. Por esta razão, utilizou uma única infração para caracterizar tanto às entradas para ativo fixo, como para uso/consumo;

II – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, exigindo-se o imposto no montante de R\$17.668,80. Anotou o autuante que o crédito fiscal referente à nota fiscal de nº 16673 fora lançada em duplicidade no livro de Registro de Entradas de Mercadorias nº 22 à fl.255.

III – Recolhimento a menos do ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, exigindo-se o imposto no montante de R\$1.253,54;

IV – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Observou o autuante que o contribuinte aproveitou-se da totalidade dos créditos de diferença de alíquota, decorrentes da aquisição de mercadorias para integrar o ativo imobilizado, em desacordo com §11 e 17 do art.93 do RICMS, exigindo-se o imposto no importe de R\$26.199,97;

V – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, exigindo-se o imposto no importe de R\$48.514,10.

O autuado, por meio de advogado, apresentou defesa administrativa às fls.285 a 299 dos autos, descrevendo as infrações a ele imputadas e o montante autuado. Argumentou quanto à infração 1 que o próprio autuante deixa transparecer que houve em verdade o descumprimento de uma obrigação acessório na identificação do código de recolhimento do imposto referente à diferença de alíquota. Assegurou que o imposto foi devidamente recolhido, observando que não acostou prova do mesmo em virtude do grande volume de guias de recolhimento do imposto. Solicitou diligência em seu estabelecimento com o objetivo de se comprovar o alegado.

Reconheceu que utilizou indevidamente o crédito fiscal em duplicidade, conforme nota fiscal de nº 16673 lançada em duplicidade no livro de Registro de Entradas de Mercadorias nº 22 à fl. 255. Aduziu estar providenciando o recolhimento referente à infração 2.

Quanto a infração 3, informou que apesar de não guardar semelhança com o registrado em seu livro de Apuração do ICMS, o valor do imposto recolhido corresponde ao declarado em DMA. Apontou erro na escrituração do livro de apuração, solicitou a realização de diligência para a apuração desse fato.

Em relação à infração 4 explicou que vem cumprindo de forma adequada à determinação contida na Lei Complementar 102/2002, relativo ao aproveitamento do crédito fiscal de ICMS sobre a internalização de bens a seu ativo imobilizado, na proporção de 1/48 avos por mês. Explicou, porém que quanto ao crédito fiscal sobre a diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, a mencionada lei foi silente, razão pela qual continua procedendo como antes, nos moldes da Lei Complementar 87/96, que permitia o creditamento integral do ICMS. Informou que a atitude do autuante não está amparada em norma alguma, sendo, portanto conflitante com o art. 150, I, da Constituição Federal, o qual veda a exigência de imposto sem lei que o estabeleça. Trouxe lição de Roque Antônio Carraza para dizer que a administração só pode agir nos estritos liames traçados em lei. Afirmou que por não estar contida em lei a forma de oferecimento à tributação dos valores ora exigidos, não se pode interpretar esses fatos de forma prejudicial ao contribuinte, notadamente em vista do princípio da estrita legalidade. Por isso, requereu o cancelamento desta infração.

No tocante a infração 5, ressaltou que para as notas fiscais de nº 619, 632, 427, 518, 553, 559, 597, 610, 663, 572, 708, 737, e 766 englobavam produtos sujeitos as mais diversas alíquotas, de forma que o crédito fiscal encontrado resulta da média ponderada destas alíquotas, e não de uma única alíquota. Disse que as notas de nº 11533, 12115, 103030, 113378, 166673 e 115885 referem-se às mercadorias tomadas em empréstimos, conforme pode se depreender das análises das notas fiscais de saídas nº 20786, 22260, 19659, 20672, 16595 e 20639, respectivamente, de forma que as alíquotas utilizadas nas entradas correspondem às alíquotas empregadas nas saídas. Observou que as notas fiscais de entradas nº 19410, 802 e 21678 apenas substituíram as notas de saídas nº 19337, 22203 e 21382, não havendo por isso destaque a maior do imposto. Asseverou que a nota fiscal

6340 trata-se de conta de energia elétrica, com alíquota de 27%. Requereu também a realização de diligência com o fim de apurar todo o alegado.

Alegou que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é inconstitucional, por embutir juros em percentuais cumulativos e extorsivos, muito superiores ao admitido em nosso ordenamento jurídico, sobretudo no art.192, § 3º, da Constituição Federal. Transcreveu o referido artigo, para observar que a Constituição proíbe, de maneira explícita, a aplicação de taxas de juros superiores a 12% ao ano, o que vicia irremediavelmente o cálculo efetuado neste lançamento de ofício. Asseverou que o Superior Tribunal de Justiça já declarou a imprestabilidade da taxa SELIC para calcular a correção monetária e os juros de mora, colacionando decisões judiciais a esse respeito. Anotou que a utilização da taxa SELIC equivale a um aumento significativo do tributo e isso só pode se dar por lei. Apontou que a mencionada taxa SELIC visa remunerar o aplicador do mercador financeiro e ressaltou que a mesma não foi criada por lei. Sustentou que a utilização da taxa SELIC como juros moratórios colide com o disposto no art.161, §1º do CTN.

Concluiu pela procedência parcial, com a nulidade das infrações impugnadas, protestando pela produção de prova pericial, bem como pela ulterior juntada dos documentos comprobatórios dos fatos narrados na defesa. Requereu também o envio de todas as intimações e notificações a seu advogado.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal, fls.312 a 315 dos autos disse que em relação à infração 1, o autuado transcreveu parte da autuação e a citou fora do contexto, incorrendo em erro de interpretação. Explicou que considerou todos os pagamentos efetuados a título de diferença de alíquota, abatendo esses valores do apurado face às entradas para ativo fixo ou material de uso ou consumo. Acrescentou que relacionou nota a nota no anexo 2, não havendo razão para existência de dúvidas quanto a esta infração. Disse quanto à infração 3 que suas razões foram subsidiadas pela documentação apresentada pelo autuado, estando definida precisamente. Afirmou que os argumentos da defendente quanto à infração 4 enveredaram pelo questionamento quanto à constitucionalidade da reclamação do crédito, e que esta discussão está fora do âmbito administrativo, razão pela qual julga lhe faltar competência para enfrentar o tema. Atribuiu como incomum a argumentação trazida pela defesa quanto a infração 5, observando que a autuada não acostou prova do alegado, embora intimado para fazê-lo. Opinou pelo envio do PAF ao contribuinte para que este junte as provas que dispunha.

A autuada voltou a manifestar-se às fls 319/327 reiterando a defesa apresentada e solicitando novo prazo suplementar de 30 dias para apresentar as provas que alegou ter em seu poder. Informou ter efetuado o pagamento referente a infração 3, protestando pela juntada posterior do mesmo. Colacionou decisões administrativas e citou doutrina com o objetivo de sobrepor a supremacia da verdade material frente a disposições formais que regulam o Processo Administrativo Fiscal. Reclamou pela realização das diligências solicitadas na defesa, alegando ser um direito seu, amparado no art. 140 do RPAF.

O autuante (fl.333) assinalou que a nova manifestação do autuado nada mais era do que a repetição da defesa, entendendo não haver razão para se manifestar.

O sujeito passivo tributário em intervenção feita (fls.343/344) requereu a juntada de DAES com o pagamento da infração 3, cópias reprográficas do livro de Registro de Entradas e de notas fiscais ditas por ele como vinculadas a infração 5.

O auto de infração em tela foi apreciado em Pauta Suplementar pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e aprovada a realização de diligência (fl.368), com o fim de se ouvir o autuante sobre os documentos acostados aos autos. Este, sustentou que as notas fiscais juntadas referem-se a

período diverso do autuado, não guardando relação nem mesmo com as notas citadas na defesa. Opinou pela manutenção da autuação.

Este PAF foi analisado em Pauta Suplementar por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido considerado como apto a julgamento.

VOTO

O fundamento da autuação quanto a infração 1 foi ter o autuado recolhido a menos ICMS referente à diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo ou para uso ou consumo do estabelecimento. O autuante elaborou demonstrativo (anexo 2) consubstanciando a infração ali descrita. Entendo que a infração está demonstrada item a item, do mesmo modo, encontra-se informada a forma de apuração do imposto, deduzindo-se o montante pago a título genérico de diferença de alíquota. Não há assim que se falar em nulidade, pois o autuado compreendeu as razões da autuação quanto a esta infração, apresentando defesa voltada a este fato específico, incorrendo quaisquer das cláusulas previstas no art.18 do RPAF. Quanto a solicitação de diligência, indefiro, pois os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão. Ressalto que o contribuinte apesar de ter tomado ciência desta PAF em 28/12/2004, apresentou contra-prova em 13/06/2005, quase 6 meses após o conhecimento deste, prazo mais do que suficiente para acostar os documentos que alega dispor. Observo que a supremacia da verdade material não foi prejudicada, haja vista a juntada de documentos em prazo superior ao permitido pelo RPAF, que é de 30 dias. Quanto ao mérito, esclareço que a exigência está contida no art.1, § 2, IV do RICMS que dispõe sobre a obrigatoriedade do recolhimento do imposto na entrada ou pela 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. Agiu assim acertadamente o autuante, motivo pelo qual mantenho a autuação.

Em relação à infração 2, o fato foi reconhecido pelo próprio autuado, afastando a lide desta questão. Percebo que a comprovação da mesma, através da juntada de cópia do livro de Registro de Entradas contendo o lançamento em duplicidade da nota fiscal de nº 16673, afasta qualquer dúvida sobre a veracidade da autuação. Como o contribuinte acostou prova da quitação desta infração, mantenho a autuação, homologando os valores efetivamente recolhidos.

Quanto à infração 3, a empresa admite o cometimento da infração quando confessa que os recolhimentos não guardam equivalência com o lançado em seu livro fiscal de apuração do imposto, mas sim com as DMAs apresentadas. Esclareço que a DMA por imposição regimental deve refletir a movimentação comercial e o imposto apurado através dos livros fiscais, e não o contrário, conforme art.333, §1º, I do RICMS. Em havendo erro na apuração do imposto, o contribuinte deveria ter procedido ao estorno do débito ou crédito correspondente ou solicitado à Inspetoria Fazendária de sua circunscrição, autorização para refazer sua escrita fiscal, conforme art.319, §6º do RICMS. Nenhum desses procedimentos foi efetuado, nem se comprovou a ocorrência de erro na escrituração do livro pertinente. Novamente, quanto à solicitação de diligência, indefiro, pois os elementos trazidos aos autos são suficientes para a resolução da questão. Reitero que o contribuinte dispôs de prazo além do permitido para apresentar suas contra-razões e mesmo assim, não o fez. Não há assim como se admitir as alegações defensivas em relação a essa infração, razão pela qual mantenho a autuação.

Quanto à infração 4, o regulamento é elucidativo em permitir apenas o creditamento à razão de 1/48 avos, conforme § 17 do art.93. O cerne da questão foi elucidado, não assistindo razão ao defendente. Motivo pelo qual rejeito o pedido de “cancelamento” da infração. Esclareço que este

foro não é o adequado para discutir a constitucionalidade da legislação vigente. O juízo administrativo tem limitado seu escopo, afastando desse o controle da legalidade (no sentido de admitir ou não norma válida) ou da constitucionalidade de legislação existente. Em sendo assim, mantenho a autuação. Outrossim, informo que a Lei Complementar nº 102 é de julho de 2000 e não de 2002. Assim, sem adentrar no mérito, aparentemente, não há conflito entre a autuação e a vigência da Lei Complementar 102, já que aquela é anterior a vigência da referida norma legal.

Em relação à infração 5, embora o autuante tenha considerado “incomum” a defesa apresentada, e por isso, ter opinado favoravelmente a uma nova manifestação por parte desta, com o fim de possibilitar a apresentação das provas que a empresa alegava dispor, a autuada assim não procedeu, embora intimada para tal. Após 6 meses da autuação, o contribuinte juntou notas fiscais referentes a período diverso do autuado, não guardando relação nem mesmo com as citadas na defesa. Mostra assim desinteresse em impugnar o fato, indicando recurso meramente protelatório. O art. Rejeito a realização de diligência e voto pela procedência da infração.

Em relação à taxa SELIC, a Lei nº 9.250/95 dispõe, nos termos da autorização do art.61 do CTN, que essa será o instrumento para aplicação dos juros de mora, cuja questão já foi por demais discutida nos Tribunais Superiores que reiteradamente têm prolatado decisões admitindo a legalidade e constitucionalidade da sua aplicação. Afasto por força do quanto acima mencionado a alegação referente à aplicação da Taxa SELIC.

Isto posto, julgo PROCEDENTE o auto de infração para exigir ICMS no importe de R\$132.644,22.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207351.0012/04-0**, lavrado contra **COMPANHIA PRODUTORA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$132.644,22**, acrescido da multa de 60%, previstas no art.42, II, “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR