

PROCESSO - A. I. N° 298574.0041/06-9
RECORRENTE - SAARGUMMI BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acorda 4^a JJF n° 0034-04/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 08/01/2008

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0414-11/07

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. Infração mantida. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infrações caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração mantida. **b)** MERCADORIA ADQUIRIDA PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Infração subsistente. **c)** APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração mantida. **d)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4^a JJF (Acórdão JJF n° 0034-04/07), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/06, que visa à cobrança de imposto e multa em razão das seguintes infrações:

1. *Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor R\$ 237.920,74.*
2. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor R\$ 36.592,93.*
3. *Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor R\$ 54.917,18.*
4. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Valor R\$3.227,75.*
5. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Valor R\$7.837,39.*
6. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal. Valor R\$ 1.559,52.*
7. *Deixou de apresentar documento fiscal, quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$90,00.*

A JJF, em sua Decisão, inicialmente, ressaltou a impossibilidade de apreciar as alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, tendo em vista a vedação contida no artigo 167, I, do RPAF/99.

Seguindo no julgamento da lide administrativa, rejeitou a preliminar de nulidade argüida pela defesa, ao argumento de que constatei que nos lançamentos fiscais estão determinados o autuado, o montante do débito tributário, a capitulação legal e a natureza da infração apurada, não tendo sido constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal.

No exame das questões de fundo, aduziu que o autuado realizou sua defesa de forma genérica, salientando princípios constitucionais tributários cuja matéria não é de competência deste CONSEF.

Afirmou que a imunidade tributária suscitada pelo contribuinte refere-se a operações interestaduais com as mercadorias energia elétrica, petróleo, lubrificantes líquidos e gasosos derivados de petróleo, não contemplando as situações em lide.

Com relação às infrações 1 e 3, asseverou que é devido o ICMS incidente sobre a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme previsto no art. 5º, I, do RICMS-BA/97.

Quanto à infração 2, salientou que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, o que, de acordo com o previsto no artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, somente será admitido a partir de 01/01/07.

Relativamente às 4, 5 e 6, consignou que “*o contribuinte é acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal, sendo a infração 04 referente a utilização de forma errônea do crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente da empresa, a infração 5 referente a apropriação de valor superior ao permitido pela legislação e a infração 06 relativo ao destaque a maior nos documentos fiscais. Destaco que o autuado, em nenhuma destas infrações apresenta provas do não cometimento do ilícito tributário e consoante o art. 143, do RPAF/99, ‘a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal’*”.

A infração 7 foi mantida pela JJF, ao fundamento de que o autuado em sua defesa não opôs qualquer objeção quanto à exigência fiscal, representando, assim, reconhecimento tácito da procedência da cobrança engendrada.

Manteve, ao final, a multa de 60% aplicada, sob o fundamento de que é devida e não possui efeito de confisco, uma vez que está prevista na Lei nº 7.014/96 para as infrações constantes no presente processo.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 287/307, através do qual suscita a nulidade da Decisão primária, sob a alegação de que não foi apreciado o pedido de abatimento dos estornos de crédito de ICMS que haviam sido feitos pelo contribuinte, no valor total de R\$255.711,87, representando, portanto, violação ao art. 164, da lei administrativa estadual.

Pede, alternativamente, para a hipótese de não acolhimento da nulidade argüida, que seja aplicada a norma contida no art. 140, do RPAF, segundo a qual o fato alegado por uma das partes, quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não constar do conjunto das provas, deduzindo-se do montante do lançamento a quantia acima referida.

Suscita, ainda, preliminar de nulidade do Auto de Infração, por duplo fundamento: ausência de acompanhamento do contribuinte na fiscalização, com violação às garantias constitucionais da liberdade, da segurança e da propriedade (art. 5º, X, XI, XII e XXII); e tributação de valores que não correspondem à hipótese de incidência do ICMS, o que viola os arts. 97 e 112, do CTN, ao argumento de que o preposto fiscal, no momento da autuação, não fez qualquer distinção entre as mercadorias adquiridas para consumo próprio e aquelas adquiridas para produção dos perfis de borracha, que são vendidos como itens de montagem dos veículos motorizados. Com relação a

este fundamento, assevera que o autuante deixou de subtrair das notas fiscais os valores não tributáveis, relativos às aquisições de materiais destinados a transformação de bens, e não a uso e consumo da empresa.

Reitera o pedido de reconhecimento de imunidade tributária formulado em sede de defesa, pois, no seu entendimento, o produto borracha sintética é, sim, um derivado de petróleo e, por isso, trata-se de matéria prima imune à tributação, invocando para embasar o seu entendimento os arts. 155, parágrafo 2º, X, b, da Constituição Federal, e 6º, do RICMS, e transcrevendo entendimento jurisprudencial no sentido de que *“na aquisição de petróleo e derivados, em operações interestaduais, não incide ICMS quando o destinatário não é o consumidor final”*.

Alternativamente, formula pedido de redução das multas aplicadas, com espeque no art. 158, do RPAF, pois considera que a sanção é elevada e representa confisco ao patrimônio do contribuinte, discorrendo sobre a necessidade de preservação dos valores sociais, do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF) e sobre os fins sociais que devem nortear o julgador na aplicação da lei (art. 5º, da LICC). Afirma não ter havido dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte e, também, que o mesmo não é reincidente, sendo, portanto, aplicáveis os arts. 918, 919 e 919-A, do RICMS, que trata da redução das multas para a hipótese de pagamento voluntário.

Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 311/312, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, destacando que as alegações do contribuinte repetem as teses esboçadas na defesa e que já foram devidamente repelidas pela JJF.

Afirma que, da análise das provas dos autos, constata-se que as mercadorias tributadas são destinadas ao ativo fixo da empresa ou para seu próprio consumo, sendo, pois, vedada a utilização de créditos e, por outro lado, devido o diferencial de alíquotas, como foi corretamente lançado no presente Auto de Infração.

Quanto às preliminares suscitadas, aduz que a rejeição se impõe, uma vez que não foi atingido qualquer princípio relativo à defesa do contribuinte, tendo em vista que foi regularmente intimado do início da fiscalização. Assevera, quanto à imunidade alegada pelo contribuinte, que a matéria foi corretamente apreciada na Decisão de primeira instância, na qual ficou claro a inadequação dos produtos objeto da autuação face à norma constitucional.

Com relação ao estorno do crédito de R\$255.711,87, a ilustre Procuradora afirma que a Decisão aborda o tema, esclarecendo, também, que se trata de questão inteiramente estranha ao Auto de Infração, tanto que o autuado já encaminhou o processo adequado para solucionar a questão.

VOTO

Como curial, o ordenamento jurídico vigente garante ao cidadão, nos processos administrativos e judiciais, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), inclusive mediante a interposição de recursos dotados ou não de efeito suspensivo. Sabe-se, também, que tais garantias constitucionais não são ilimitadas e devem ser exercidas de acordo com regras formais e procedimentais previstas, explícita ou implicitamente, nas normas que compõem a legislação processual.

Dentre estas normas encontra-se o chamado princípio da dialeticidade e, ainda, o ônus da impugnação específica, que impõe aos administrados o dever de expor as suas razões de defesa e de recurso de forma clara e objetiva, delimitando o âmbito de discussão e expressando o provimento jurisdicional ou administrativo que pretende obter. É, portanto, ônus do cidadão demonstrar, de forma precisa, o seu inconformismo, sendo vedada, salvo raras exceções, a utilização de defesas genéricas.

In casu, desde a peça de impugnação, até o recurso sob exame, constata-se que o contribuinte ataca genericamente a autuação fiscal, sem apontar, com a clareza que a dialeticidade processual exige, em que residem as incorreções atribuídas ao trabalho do preposto fiscal, conduzindo ao descrédito as suas razões recursais.

Em sede de preliminar, o recorrente suscita a nulidade da decisão primária, ao argumento de que esta teria sido omissa quanto à apreciação do pedido de dedução dos estornos de crédito de ICMS formulado na impugnação. O vício, entretanto, não subsiste, porquanto, como bem pontuou a PGE/PROFIS, trata-se de matéria absolutamente estranha à lide administrativa, além do que não há nenhum documento nos autos que dê o mínimo respaldo probatório às alegações recursais.

Ademais, como já pacificado pela jurisprudência pátria, “*desde que os fundamentos adotados bastem para justificar o concluído na decisão, o órgão julgador não está obrigado a rebater um a um os argumentos utilizados pela parte*” (RSTJ 151/229, citação à página 233).

Rejeita-se, pois, dita prefacial, e, pelos mesmos motivos, indefere-se, de plano, o pedido de dedução formulado pelo recorrente.

A preliminar de nulidade do auto de infração, pela ausência de acompanhamento do contribuinte na fiscalização, da mesma forma, não merece acolhimento. Como aduziu a JJF, na decisão vergastada, o auto de infração preenche os requisitos legais necessários à sua conformação como ato de lançamento, sendo possível a indicação da infração, do infrator e do montante devido. O fato de o contribuinte não ter participado de todos os procedimentos fiscalizatórios, além de não configurar nulidade absoluta da autuação, não causou nenhum prejuízo à recorrente, tanto que nada de específico foi alegado neste sentido.

Desta forma, como nos termos do parágrafo 2º, do art. 18, do RPAF, “*não se declarará a nulidade sem prejuízo*”, fica igualmente rejeitada esta preliminar.

A terceira e última preliminar argüida pelo recorrente refere-se a uma suposta ausência de distinção entre as mercadorias adquiridas pelo estabelecimento para consumo próprio e aquelas adquiridas para produção dos perfis de borracha. A matéria, além de ter sido posta de forma confusa e até contraditória no apelo interposto, não guarda similitude com os vícios ensejadores da nulidade do auto de infração. Em verdade, havendo equívoco do autuante quanto ao enquadramento das mercadorias objeto da autuação, caberia ao próprio contribuinte demonstrar os erros cometidos, propugnando pela exclusão do lançamento com relação aos referidos itens. Assim não agindo, confirma a legitimidade do presente auto de infração.

Rejeitada fica, portanto, esta preliminar.

No mérito, não encontra amparo legal, nem jurisprudencial, a tese do recorrente de que é imune à cobrança do ICMS lançado na presente autuação, pois o art. 155, parágrafo 2º, X, “b”, da Constituição Federal, ao estabelecer que o referido tributo não incidirá sobre “operações que destinem a outros estados petróleo”, não criou propriamente uma hipótese de imunidade. Na verdade, quis o legislador constitucional conferir ao estado adquirente o direito de cobrar o imposto referente aos derivados de petróleo, justamente porque, acaso o ICMS fosse cobrado na saída, apenas os estados produtores seriam beneficiados com a exação fiscal.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “*a imunidade tributária prevista no art. 155, parágrafo 2º, X, “b”, da Constituição do Brasil, não foi instituída em favor do consumidor final, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo*” (RE-AgR 414588/SP, Relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, Julgado em 31.05.2005).

Por derradeiro, quanto ao pedido alternativo de redução da multa, registre-se que a este Conselho de Fazenda é vedada a apreciação de constitucionalidade de norma regulamentar, ainda que seja em face do tão importante princípio do não confisco. Além disso, a multa aplicada encontra

amparo na legislação tributária vigente, impondo-se a sua aplicação, até mesmo em respeito ao princípio da isonomia e da estrita legalidade a que estão submetidos todos os servidores da administração pública direta.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298574.0041/06-9, lavrado contra SAARGUMMI BAHIA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$342.055,51, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$90,00, prevista no inciso XX, “a”, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS