

A. I. Nº - 269568.0001/07-2
AUTUADO - MADEPAR LAMINADOS S/A.
AUTUANTE - JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 30.07.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0220-04/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ATIVO PERMANENTE. O contribuinte remeteu os bens do ativo para locação sem retorno. Infração não elidida. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte efetuou venda para contribuinte normal com ICMS destacado pela alíquota de 7%. Infração acatada. Denegado o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 07/05/2007, exige débito no valor de R\$ 1.959.800,73 em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Sendo cobrado o ICMS no valor de R\$ 1.935.013,85, acrescido da multa de 70%;
2. Omissão de saídas de mercadorias não tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Sendo cobrada a multa de 1% sobre o valor das operações resultando no valor de R\$ 811,00;
3. Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Sendo cobrado o ICMS no valor de R\$ 22.707,14, acrescido da multa de 60%.
4. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Sendo cobrado o ICMS no valor de R\$ 1.268,74, acrescido da multa de 60%.

O autuado ingressa tempestivamente com defesa, fls. 185 a 208, aduzindo as seguintes argumentações:

Depois de transcrever as infrações afirma que a fiscalização utilizou-se de critérios eminentemente subjetivos e baseados em sua mera presunção, especialmente no que tange à infração 01, tem-se pela imperiosa e inquestionável necessidade de a matéria ser submetida à apreciação pericial, que poderá, com facilidade, evidenciar os absurdos erros cometidos.

Aduz ainda que o indeferimento imotivado da produção de qualquer prova pertinente ao deslinde da controvérsia, no caso, principalmente a prova pericial, implicará em cerceamento de defesa, apto a gerar a anulação do julgamento.

Assevera que o processo administrativo fiscal não pode ser tido como instrumento da realização do interesse financeiro do Estado, mas de interesse substancial de justiça que lhe cabe enquanto órgão de aplicação do direito.

Afirma que no presente caso a prova pericial revela-se inafastável, razão pela qual fica expressamente requerida.

Diz constatar, de forma evidente, que a fiscalização não podia, como o fez de forma equivocada, - ainda que a legislação ordinária o permitisse, pois, mesmo assim, os princípios da legalidade e da tipicidade restariam violados -, valer-se da presunção na vã tentativa de evidenciar que teria sonegado o tributo, pois assim procedendo elevou a sua própria convicção em fato gerador do tributo estadual.

Cita ensinamento do jurista Ruy Barbosa Nogueira extraído de sua obra “Curso de Direito Tributário” para afirmar que não basta a só existência abstrata da descrição dos pressupostos feita pela lei ou legislação para que ocorram os efeitos jurídicos ou a obrigação tributária.

Observa que no caso presente, nem o aspecto objetivo foi delineado pela fiscalização, como, tampouco, foram esclarecidos os aspectos subjetivos, quantificando-se as operações através das respectivas bases de cálculo e alíquotas.

Afirma que o autuante preferiu valer-se do uso da presunção, como lhe assegura o Regulamento, mas não a lei, além de, consequentemente, nada provar quanto às infrações apontadas, como lhes cabia, ferindo de morte os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da legalidade e da tipicidade cerrada da tributação, além de, graças ao excesso de exação praticado, ter ressuscitado a odiosa figura do confisco, abominado pelo ordenamento jurídico.

Observa ainda que é incontestável o direito do contribuinte à utilização de juros de mora de 1% ao mês para a atualização de seus débitos, pois, a taxa SELIC que a lei pretende equiparar a juros moratórios, possui natureza remuneratória, e a sua utilização naqueles moldes desobedece a regra contida nos artigos 161, § 1º do Código Tributário Nacional e 192, § 3º da Constituição Federal.

Em relação à infração 01 diz que segundo consta no Auto de Infração não foram escrituradas mercadorias tributadas adquiridas de fornecedor localizado no Estado de São Paulo.

Afirma que se analisando a totalidade das notas fiscais colacionadas ao Auto de Infração, verifica-se que elas se referem exclusivamente ao produto “fenol técnico granel”, matéria-prima utilizada na elaboração do produto final de sua linha de produção, “laminado decorativo”. Acrescenta que, para corroborar tal assertiva, colacionou aos autos texto explicativo que detalhadamente delineia o processo industrial da empresa, fls. 223 e 224.

Por isso, observa o autuado que ao invés da conclusão precipitada e presumida pela fiscalização, tendo em vista que a autuação restou lastreada nos artigos 2º, § 3º, inciso IV, e 60, inciso I, do Decreto nº 6.284/97, os produtos constantes das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, que não foram escrituradas na entrada, não poderiam jamais ser considerados como saídas omitidas, pelo simples fato de serem incorporados ao produto final, não havendo um único caso de venda de “fenol técnico a granel”. Por isso, prossegue aduzindo que, não há que se falar em omissão de saídas, tendo em mira que todos os produtos vendidos, incluído aí o “fenol técnico a granel”, devidamente incorporado ao produto acabado, sempre se fizeram acompanhar da documentação pertinente.

Redargúi asseverando que se bem analisada a matéria, constatar-se-á que o único prejudicado fora ele próprio, pois, deixou de se apropriar dos créditos constantes das notas fiscais de entrada, em sua contabilidade, à razão de 7%, eis que, se assim tivesse procedido, o saldo do imposto a pagar seria sensivelmente menor. Observa ainda que o lançamento do crédito extemporâneo encontra expressa previsão legal, consubstanciada no artigo 101 do RICMS-BA/97.

Prosegue salientando que, caso fosse mantida essa infração, a toda obviedade não poder-se-ia a fiscalização considerar pura e simplesmente a incidência do imposto, nas saídas, à razão de 17%, devendo em contrapartida também levar em consideração o crédito do ICMS, nas entradas, à razão de 7%, implicando em sensível redução do montante a pagar.

Ressalta que a todos é sabido que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 155, § 2º, inciso I, que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”. Enfatiza ainda tratar-se de princípio de caráter imperativo e compulsório, a ser observado tanto pelo poder público, como pelo contribuinte, e para consubstanciar seu argumento colaciona fragmento do pensamento de José Eduardo Soares de Melo extraído de sua obra “ICMS – Teoria Prática”.

Enfatiza que a falta de escrituração das referidas notas fiscais não teve qualquer conotação de lesar o Fisco, sendo que tal fato decorreu da falta de recursos da empresa para fazer frente a esses pagamentos, os quais foram quitados por seu acionista sem que o departamento fiscal recebesse cópia das notas para lançamento, e que, posteriormente, foram convertidos em aumento do Capital Social.

Aduz que em caráter meramente argumentativo, se faz necessário demonstrar outro erro da fiscalização, tendo em vista que todas as saídas foram tributadas à razão de 17%, como se tivessem destinadas para o próprio Estado da Bahia. No entanto, prossegue enfatizando que, conforme demonstrativos por ele anexados, fls. 227 a 472, - cópias do Livro de Apuração do ICMS e da DMA — Declaração e Apuração Mensal do ICMS - as vendas para o Estado da Bahia representam, por média ponderada do período, 6,93% do seu faturamento, sendo que os 93,07% são vendidos para outros Estados da Federação, cuja alíquota é de 12%, implicando, também, em redução substancial do tributo porventura devido.

Observa que, em caráter exemplificativo, elaborou o demonstrativo, fls. 225 a 226, considerando o imposto de 17% incidente sobre 6,93% das vendas e o imposto de 12% incidente sobre os 93,07% restantes das vendas, admitindo ainda o creditamento de 7% nas entradas respectivas, e apurou o débito no valor de R\$ 1.326.451,98.

Diz comprovar o alegado com base no Registro de Saídas do mês 11/2002, fls. 227 a 228, motivo pelo qual o auto carece de sustentação fática:

Saídas para o Estado R\$ 150.509,32 - 4,22%;

Saídas do Estado R\$ 3.424.428,93 - 95,78%;

Imposto Debitado (vendas fora do Estado): R\$ 411.589,43 - 12% de R\$ 3.424.428,93.

Conclui que a planilha acostada, fls. 473 a 474, indica, mês a mês, os percentuais de saídas do Estado, comprovando o equívoco do Auto de Infração ao considerar a alíquota de 17% sobre a totalidade das saídas.

Informa em relação à infração 02 que procedera, em 18/05/07, ao pagamento integral do valor apurado pela fiscalização de R\$ 811,00, conforme cópia do DAE anexada, fl. 475.

No que diz respeito à infração 03, reafirma que a fiscalização acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias adquiridas para integração do ativo permanente, sendo que os bens foram remetidos para outro estabelecimento, para locação, exigindo o valor de R\$ 22.707,14.

Aduz que a Lei Complementar nº 87/96 confere o direito de crédito de imposto relativo à aquisição de bens que serão destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento de contribuinte, à razão de 1/48 ao mês, sendo que a única exigência legal é exatamente essa, isto é, que o bem seja integrado ao ativo permanente. Acrescenta que ao contrário do que entende a fiscalização, o fato de o bem ter sido locado não faz com que seja retirado do ativo permanente, razão pela qual o direito ao crédito é possível em tal circunstância.

Apresenta a transcrição da resposta de uma consulta formulada ao fisco que não o do Estado da Bahia para corroborar como sua tese de que faz jus ao crédito fiscal pretendido.

Assevera que o Fisco já se manifestou pela manutenção do crédito relativamente ao bem que está em conserto, ou quando não haja a transferência de titularidade, que é o mesmo quando ocorre na locação, aduzindo que não há porque não manter o crédito daquele que, em perfeitas condições de uso, não está sendo, mas que poderá a qualquer momento, ser utilizado.

Conclui que labora em erro o auto de infração ao considerar que o crédito deveria ser estornado com o envio dos equipamentos para locação, merecendo ser prontamente cancelada a infração 03.

Quanto à infração 04 informa que o pagamento do débito apurado nessa infração, atualizado monetariamente e com redução de multa em 70%, foi devidamente recolhido em 18/05/2007, conforme guia anexa, fl. 476.

Observa que em relação às multas aplicadas, à razão de 60% e 70%, não são razoáveis e não guardam proporcionalidade com as infrações.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de lei que combine penas desproporcionais à infração. Assevera que o STF em suas decisões deixa muito claro que o princípio da proporcionalidade deve funcionar como limite constitucional para o excesso cometido pelo legislador ao fixar as penalidades tributárias, uma vez que, conforme salientou o Ministro Ilmar Galvão — como relator, a validade da lei que trata das multas fiscais não pode ser dissociada ‘da proporcionalidade que deve existir entre a violação da norma jurídica tributária e sua consequência jurídica, a própria multa’.

Enfatiza que o lançamento do tributo é da competência privativa da Administração conforme preceitua o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, no entanto a realidade mostra, todavia, que a Administração tem atribuído ao sujeito passivo um número cada vez maior de obrigações acessórias, tornando a atividade lançadora do Fisco uma mera verificação da apuração já procedida pelo contribuinte. Acrescenta que exatamente em razão dessa realidade, ou seja, a atribuição ao sujeito passivo de um conjunto de obrigações acessórias cada vez mais complexas e que competem à própria Administração, não pode esta, ao mesmo tempo, impor penalidade tão agressiva como a verificada no presente Auto de Infração. Arremata observando que não pode o Fisco transferir para o contribuinte o ônus de proceder a apuração do montante do crédito tributário e se valer disso para impor uma penalidade aviltante, até porque nada sofre quando erra na feitura do lançamento.

Conclui suas ponderações acerca das multas aplicadas, afirmando que na hipótese de manutenção do Auto de Infração, ou de parte dele, a multa aplicável deveria ser drasticamente reduzida, para patamares condizentes.

Para contestar a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC o autuado analisa de forma extensiva o histórico e a natureza dessa taxa.

Afirma que não obstante taxas referenciais como a TR, a TRD e a SELIC serem materializadas, via lei ordinária, como juros moratórios que devem incidir sobre débitos tributários, as mesmas não possuem tal natureza, por traduzirem, como já preceituado, fenômeno monetário de pagamento pelo uso do dinheiro, com caráter estritamente remuneratório. Deste modo, não poderia o Fisco reclamar o pagamento de juros de mora sobre tributos vencidos, calculado por taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros

moratórios, e de ferir os mandamentos contidos no § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional e no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal.

Observa que no estudo dos juros e seus traços peculiares, a conclusão básica e notória a que se chega é que estes podem ser de três espécies, quais sejam, indenizatórios, remuneratórios ou moratórios.

Diz que os juros indenizatórios são entendidos como compensação pelo uso de um bem econômico qualquer, e que os juros remuneratórios guardam na remuneração do proprietário do dinheiro sua principal tradução, pois, são entendidos como recompensa devida àquele que “abre mão” de seu ativo totalmente líquido, ou seja, atuam como pagamento pelo uso do dinheiro. Esclarece que os juros de mora, no âmbito do Direito Tributário, são devidos quando do retardamento do pagamento de uma obrigação tributária e agem como complemento indenizatório da obrigação principal, destinando-se a apena a mora.

Destaca que com o fim da economia inflacionária também deve gerar efeitos para os débitos fiscais. Especialmente no momento atual, marcado pela instabilidade da moeda, é imprescindível que o Estado realize profunda análise dos institutos dos juros moratórios e das multas, sob pena de tornar os débitos fiscais muitas vezes impagáveis, acarretando inclusive no fechamento de estabelecimentos dos contribuintes.

Conclui ser incontestável o direito do contribuinte à utilização de juros de mora de 1% ao mês para a atualização de seus débitos, pois a taxa SELIC que a lei pretende equiparar a juros moratórios possui natureza remuneratória, e a sua utilização naqueles moldes desobedece a regra contida nos artigos 161, § 1º do Código Tributário Nacional e 192, § 3º da Constituição Federal.

Reclama pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive por perícia, cujos quesitos serão oportunamente apresentados, bem como pela juntada de novos documentos, mesmo porque afirma está procedendo a revisão dos valores atribuídos pela fiscalização, que não foi possível concluir, em razão do exíguo prazo para o oferecimento desta defesa.

Conclui requerendo para que seja julgado improcedente e arquivado o Auto de Infração.

O autuante ao proceder à informação fiscal, fls. 478 a 482, depois de observar que o autuado reconhece a procedência das infrações 02 e 04, alinha os argumentos a seguir sintetizados:

Inicialmente observa que não deve ser atendido o pedido do autuado para realização de prova pericial, tendo em vista que os fatos apontados pela fiscalização são incontestáveis e que foram expressamente reconhecidos pelo próprio autuado, tanto em relação à falta de escrituração das notas fiscais - infração 01, quanto em relação à utilização de crédito de bens do ativo remetido para locação sem posterior retorno - infração 03. Transcreve trechos da defesa, fls. 195 e 196, em que o autuado declara ter procedido as ações que resultaram no lançamento do débito relativo a dessas duas infrações.

Observa que a defesa ao apresentar suas razões para impugnação questiona no tocante à infração 01 o fato da autuação ter sido realizada com base em presunção, mesmo quando essa presunção é amparada pelo RICMS-BA/97. Esclarece que a possibilidade da presunção de omissão de receita por parte do fisco encontra-se disciplinada não só no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, como também na Lei nº 7.014/96, cujo § 4º do artigo 4º, qual transcreve. Arrematando que não são procedentes as alegações de que a atuação foi embasada apenas em dispositivo regulamentar.

Em relação à infração 01, diz que autuada argumenta serem todas as notas fiscais objeto da autuação referem-se ao produto “fenol técnico granel”, matéria prima cuja venda a empresa não pratica, e que por esse motivo tais notas não poderiam ser consideradas como saídas omitidas, e que, mantida essa infração deveria ser abatido do débito apurado os créditos constantes da notas fiscais não escrituradas, aduzindo ainda que a maioria dos seus produtos é vendida para fora do Estado e por esta razão o débito não poderia ter sido apurado com base na alíquota de 17%, e sim pelas alíquotas de 12% e 17%, aplicadas na proporção das saídas internas e interestaduais.

Aduz que a alegação defensiva de que não comercializa com os produtos cujas entradas omitiu, e por isso não poderiam ser objeto de omissão de saídas, não é correto, tendo em vista que, o que se prova é que matérias primas foram adquiridas e não registradas, fato que autoriza a presunção de omissão de saídas tributadas, conforme dispõem tanto o regulamento como o § 4º do art. 4º da Lei 7014/96.

No tocante a alegação de que deveriam ser considerados os créditos fiscais no cálculo do montante devido, depois de transcrever o art. 91 e § 1º do art. 101, ambos do RICMS-BA/97, o autuante diz existir respaldo legal para o pedido de abatimento dos créditos das notas fiscais omitidas, para apuração do débito.

Para justificar a aplicação da alíquota interna de 17%, reclamada pela defesa, informa que os critérios que definem a alíquota a ser aplicada é estabelecida pelo § 3º do art. 50, combinado com o inciso VII do art. 632, cujos teores transcreve.

Quanto à infração 03 relativa a utilização indevida de crédito das notas fiscais lançada no CIAP, de bens transferidos para locação sem posterior retorno, cuja argumentação defensiva é a de que a única exigência legal para o direito ao crédito nas aquisições de bens para o ativo imobilizado é de que tais bens sejam integrados ao ativo permanente e acrescenta que o fato do bem ter sido locado não faz com que seja retirado do ativo permanente, razão pela qual o direito ao crédito é possível em tal circunstância, o autuante assevera que o procedimento adotado contraria o art. 97 do RICMS-BA/97, para o qual os bens do ativo destinados a locação são considerados alheios à atividade do estabelecimento e como tal não ensejam a utilização de crédito.

No que diz respeito a contestação da utilização da taxa SELIC para a correção do débito tributário e a “natureza confiscatória” das multas aplicadas, ressalta que não cabe ao autuante manifestar-se sobre a matéria.

Conclui que, diante das informações prestadas e considerando que os argumentos apresentados pelo contribuinte não foram capazes de provar a inexigibilidade do débito lançado, opina pela manutenção do Auto de Infração.

Verifico constar dos autos, fls. 484 e 485, extrato de pagamento emitido pelo INC – Informação do Contribuinte, registrando o pagamento parcial efetuado pelo autuado em 22/05/07.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, tendo em vista ser desnecessária a interveniência de especialista, ante a inexistência, no presente caso, de ponto obscuro algum para ser aclarado, mesmo porque a matéria questionada trata de demonstrativos e documentação fiscal, cujo manuseio e análise independem do concurso de pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica. Ademais, já se encontram no processo todos os elementos necessários à formação de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária, em vista das outras provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99. Ademais, não vislumbro nos autos impedimento algum para o autuado exercer o seu amplo direito de defesa, haja vista que todos os elementos que fundamentam as infrações encontram-se explicitamente discriminados nos demonstrativos que embasam a apuração dos débitos, infração 01, fls. 26 a 167, e infração 03, fls. 168 a 178, além de se tratar de documentação fiscal toda ela fornecida pelo próprio autuante. Portanto, não há que se falar em cerceamento do direito, como pretende, mesmo de forma difusa, suscitar o autuado em sua defesa.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração versa sobre quatro infrações sendo que o autuado reconhece o cometimento expressamente das infrações 02 e 04, inexistindo, portanto, lide em torno dessas duas infrações, razão pela qual devem ser mantidas na autuação, conforme art. 140 do RPAF-BA/99.

A infração 01 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

A defesa não contesta o cerne da infringência, ou seja, a falta do registro das mercadorias elencadas no demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 26 a 28, que apura o débito exigido na infração, eis que, expressamente, admite em sua defesa não ter registrado as notas fiscais objeto do presente Auto de Infração.

Entretanto, a infração 01 é questionada pelo autuado em relação aos seguintes aspectos enunciados a seguir.

- a) Por serem as entradas não registradas todas elas referentes a matéria-prima “fenol técnico”, que não é comercializada, pois, somente é utilizada na fabricação do produto final “laminado decorativo”, e que, portanto, não há que se falar em omissão de saídas, já que as saídas foram devidamente registradas;
- b) Não foi considerado o crédito fiscal de 7% destacado nas referidas notas fiscais não registradas;
- c) Não foram consideradas as alíquotas aplicadas em suas operações de saídas que diz serem em média de 93,07% do total das vendas para outros Estados, cuja alíquota é de 12%, e de 6,93% do total, para as saídas internas cuja alíquota é de 17%.

Ora, nessa infração o autuado foi acusado de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas”. Convém salientar que deve restar esclarecido qual a relação entre uma omissão de entradas de mercadorias e uma omissão de saídas.

A motivação do lançamento do imposto é claramente identificado quando se trata de omissão de saídas, vez que a definição da incidência do imposto em questão preconizada pela norma jurídica tem por aspecto temporal, ou seja, a saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte.

Por seu turno, a omissão de entradas de mercadorias – objeto da infração, ora em questão –, o lançamento do imposto não decorre da omissão de entradas, já que o tributo não é devido pela entrada, mas pela saída, servindo a omissão de entradas, tão-somente, como suporte indiciário para arrimar a presunção legal de que, se o sujeito passivo omitiu compras de mercadorias, significando que, para pagar essas compras, valeu-se de receitas de vendas também não declaradas. Assim, é que, em relação a essas vendas, equivalentes às “saídas” não declaradas é exigido o imposto.

Portanto, descabe inteiramente o esforço argumentativo da defesa quando se refere e pretende vincular a natureza e a destinação como matéria-prima das mercadorias, objeto da infração, tendo em vista que a acusação fiscal, embora se origine nas entradas de mercadorias não registradas, encontra-se devidamente estribada na presunção legal estatuída pelo § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Assim, não há que se aduzir qualquer vinculação entre as mercadorias constantes das notas fiscais não registradas e as saídas, objeto da presunção legal materializada na infração 01.

Quanto à utilização do crédito fiscal de 7% destacado nas notas fiscais de entradas que compõem o demonstrativo de apuração efetuado pelo autuante, fls. 26 a 28, pleiteada pelo autuado, entendo

que existe previsão legal para utilização extemporânea dos referidos créditos, tendo em vista não terem sido regularmente escriturados. Apesar de estatuída no § 1º do art. 101 do RICMS-BA/97, entretanto deverá ser antecedida da devida escrituração na forma definida no aludido dispositivo regulamentar. Portanto, descabe a dedução dos créditos fiscais pretendida pelo autuante.

Em relação à aplicação sobre a base de cálculo apurada nessa infração de alíquota distinta de 17%, ou seja, proporcionalmente ao volume de cada operação de saída efetuada pelo autuado – 12% para outros Estados e 17% para as saídas internas - apesar de considerar plausível a reivindicação do autuado, entretanto compulsando a legislação tributária verifico a inexistência de amparo legal para aplicação da pretendida proporcionalidade. Como é o caso específico quando se trata de arbitramento da previsão regulamentar de critérios de proporcionalidade e prevalência na aplicação da alíquota na determinação da base cálculo, estatuída pelo § 4º art. 938 do RICMS-BA/97.

Saliento também que em nada altera a situação fática na caracterização da infração, a alegação do autuado de que a falta de escrituração das notas fiscais não teve a intenção de lesar o fisco.

Por tudo isso é que entendo restar caracterizada a infração 01.

No que diz respeito à infração 03, que versa sobre a utilização indevida do crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento autuado, não foi também contestada em relação ao *quantum* apurado e nem em relação às mercadorias apontadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, como sendo destinadas ao seu ativo permanente, fl. 168, cujos créditos fiscais foram utilizados pelo autuado.

Entretanto a defesa insurge-se quanto a acusação fiscal que impede a utilização dos aludidos créditos fiscais, tendo em vista que as mercadorias adquiridas para seu ativo permanente, acorde notas fiscais nºs 12574 e 2960, emitidas, respectivamente, em 30/10/03 e 11/11/03, foram remetidas para São Paulo a título de locação, conforme nota fiscal nº 034863, emitida em 24/11/03, fl. 173, sem retornar ao estabelecimento.

Como fundamento objetivo de sua pretensão de manter os créditos fiscais, o autuado aduz que a Lei Complementar nº 87/96 lhe confere o direito ao crédito fiscal relativo à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado à razão de 1/48 ao mês. Enfatizando que a única exigência é que o bem seja integrado ao ativo permanente.

Verifico do exame nas peças que compõem o contraditório acerca dessa infração não restar dúvida alguma de que o autuado adquiriu bens destinados ao seu ativo permanente, consoante as notas fiscais supra enunciadas em 30/10/03 e 11/11/03. Entretanto, logo em seguida, ou seja, em 24/11/03, promoveu a saída desses bens com a finalidade de locação, fato esse não contestado na defesa, permanecendo a utilizar o crédito fiscal mensalmente a razão de 1/48, consoante escrituração registrada no CIAP. Pelo que fora autuado na forma descrita pela infração 01.

Ora, os bens, originariamente adquiridos para o ativo imobilizado, tiveram sua destinação modificada para atividade totalmente alheia a atividade do autuado, eis que foram objeto de locação, entendendo que somente poderia continuar utilizando o aludido crédito fiscal, caso houvesse expressamente previsão legal para esse procedimento, haja vista que, tanto a utilização, quanto a vedação, relativa a crédito fiscal é matéria tratada na legislação tributária com minudência e especificidade.

Por isso, entendo assistir razão ao autuante ao glosar os créditos fiscais em questão, tendo em vista a explícita vedação à utilização de créditos fiscais decorrente da aquisição de bens não destinados às atividades do estabelecimento, como, nitidamente se depreende da inteligência do inciso I do § 2º do art. 97 do RICMS-BA/97, transscrito a seguir.

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

[...]

§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

I - os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens do ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de uso ou consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto;

Diante de tal circunstância, entendo que subsiste na íntegra a exigência fiscal objeto da infração 01.

Quanto à alegação de que as multas estipuladas têm caráter confiscatório, isto é, conflitante com o preceito constitucional de não confisco, constato que as penalidades aplicadas encontram-se legalmente lastreada no art. 42 da Lei nº 7.014/96, ademais, cumpre asseverar que esse tipo de abordagem escapa ao âmbito de competência deste órgão de julgamento, não sendo razoável discutir a constitucionalidade do Direito posto na esfera administrativa.

Relativamente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no § 2º do inciso II do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo, portanto, a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do inciso I do art. 167 do RPAF-BA/99.

Pelo acima exposto, concluo que restou evidenciado a subsistência das infrações que foram imputadas ao autuado, bem como a correta aplicação das multas, previstas que se encontram nos incisos II , III, VII e XI, todos do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 269568.0001/07-2, lavrado contra **MADEPAR LAMINADOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.958.989,73**, acrescido da multas de 60% sobre R\$ 23.975,88, e de 70% sobre R\$ 1.935.013,85, previstas, no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/6, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 811,00**, prevista no art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR