

A. I. N° - 269200.0937/10-0
AUTUADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 17. 05. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações caracterizadas. 2. DOAÇÕES. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REALIZADAS COMO SE FOSSEM NÃO TRIBUTÁVEIS. Doações são operações tributáveis. As exceções são as indicadas no art. 18 do RICMS (isenções). Mantido o lançamento. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96). Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Restou comprovado o extravio de notas fiscais, cabível a multa indicada na autuação. Infração subsistente. Afastadas as arguições de nulidade. Indeferida a solicitação de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 19/10/2010, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 15.869,85, acrescido de multa de 60%, e para impor multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, no valor total de R\$ 3.401,29, em razão dos seguintes fatos:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro e outubro de 2007. Foi indicada multa no montante de R\$ 633,90, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como se fossem não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de dezembro de 2007 e maio de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 3.958,96. Consta que se trata de saídas em doações de mercadorias tributadas sem o destaque, e o consequente recolhimento, do ICMS devido.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento, nos meses de março, maio, julho, setembro e dezembro de 2007, janeiro, março, abril, junho e julho

de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 11.910,89. Consta que se refere a notas fiscais coletadas por meio do sistema CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito.

4. Extraviou documentos fiscais, pelo que foi imposta multa no valor de R\$ 180,00. Consta que o contribuinte deixou de entregar notas fiscais de saídas nºs 01 a 36, sob a alegação de extravio. Foi aplicada multa de R\$ 5,00 por documento extraviado.

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a outubro e dezembro de 2007, janeiro e março a julho de 2008. Foi indicada multa no montante de R\$ 2.587,39, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por meio de seu advogado, apresenta defesa (fls. 91 a 98) e, referindo-se às infrações 1, 2 e 5, alega que efetuou o registro fiscal regular de suas operações, anotando todas as operações de entradas e de saídas, razão pela qual as infrações em comento não prosperam. Sustenta que também não pode prosperar a multa de 1% indicada na infração 1, uma vez que não há irregularidade subjacente que justifique a sua imposição. Diz que, diante da controvérsia, a produção de prova pericial se faz necessária, para averiguar a correção dos seus atos. Solicita a anulação do Auto de Infração.

No que tange à infração 3, afirma que já está consolidado neste CONSEF que os bens adquiridos com destinação ao ativo fixo não devem necessariamente refletir desembolso de imposto por parte do contribuinte, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96), bem como a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, concedem ao contribuinte o direito ao crédito decorrente das aquisições destinadas ao ativo permanente a partir de 01/11/96. Para robustecer sua assertiva, transcreve a ementa dos Acórdãos JJF Nº 0049/01 e CJF Nº 0010-11/02, ambos deste CONSEF.

Frisa que a legislação complementar federal autoriza o aproveitamento dos valores pagos nas operações anteriores como crédito de ICMS a ser utilizado pela empresa adquirente, em decorrência do princípio da não cumulatividade. Transcreve o disposto no art. 20 da LC 87/96.

Menciona que os produtos destinados ao uso ou consumo e ao ativo fixo não se sujeitam à tributação em desfavor do autuado, pois não podem ser consideradas como mercadorias, já que não saem em decorrência de operação de circulação. Após definir o que são mercadorias de uso e consumo à luz do art. 93, V, “b”, do RICMS-BA, o autuado destaca que é o destinatário final de tais mercadorias e, portanto, não há o que se falar em pagamento de ICMS por sua parte, haja vista que não é ele o contribuinte do imposto, seja a título de sujeição passiva direta, seja a título de substituição tributária. Diz que a autuação não prospera também quanto a esse item.

Quanto à infração 4, assevera que as notas fiscais em comento não foram entregues à fiscalização porque foram extraviadas, “fortuito” que exclui qualquer sorte de responsabilização. Diz que não houve prejuízo para o fisco e, portanto, não há causa razoável para a imposição de multa. Requer a anulação do Auto de Infração.

Requer, com amparo no princípio da ampla defesa e do contraditório, que seja realizada perícia em sua escrita, a fim de conformar a existência ou não das irregularidades apontadas no Auto de Infração, bem como para mensurar os valores da autuação.

Por fim, alega que a multa aplicada, no patamar de 60% do tributo devido é excessiva e viola o princípio constitucional do não confisco. Para corroborar sua tese, cita farta jurisprudência e doutrina. Requer que, caso a autuação seja mantida, as multas sejam reduzidas a patamares razoáveis e proporcionais.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, requer a realização de perícia e pede que as multas sejam reduzidas a patamares razoáveis.

Na informação fiscal, fls. 111 a 116, o autuante, após historiar o processo, destaca que o autuado apesar de ter citado a infração 2 na defesa, não apresentou nenhum argumento quanto a essa infração e, portanto, a exigência fiscal referente a esse item do lançamento deve ser mantida, pois esse silêncio equivale a uma confissão da irregularidade, a teor do art. 111 do RPAF/99.

Quanto às infrações 1 e 5, frisa que a simples alegação de que os fatos descritos no Auto de Infração não ocorreram não é capaz de, por si só, elidir a autuação. Diz que estão anexados aos autos photocópias de livros fiscais do autuado sem registro dos documentos fiscais em questão. Aduz que, se as acusações não fossem verdadeiras, bastaria o contribuinte indicar o livro e a folha correspondente onde teria ocorrido o suposto registro. Mantém integralmente a autuação quanto a esses itens do lançamento

Assevera que não se justifica o pedido de perícia, pois a simples verificação de registros contábeis não requer conhecimentos excepcionais, especializados. Sugere que seja rechaçado o pedido de perícia, com fundamento no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Quanto à infração 3, afirma que o autuado argumenta que a legislação estadual vigente estaria em confronto com a LC 87/96, porém não entra no mérito. Diz que houve aquisição interestadual de bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, sem o recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas. Frisa que ocorreu o fato gerador do tributo, sem o seu correspondente pagamento por parte do autuado. Mantém a autuação referente a esse item do lançamento.

No que se refere à infração 4, diz que a falta de entrega de documentos fiscais, quando intimado para tanto, representa uma infração à legislação tributária, como foi apontado na autuação. Menciona que o suposto extravio dos documentos fiscais, ocorrido posteriormente à entrega do Termo de Intimação pelo fisco, não pode ser perdoado pela fiscalização, pois representaria grande risco ao cumprimento regular das obrigações tributárias pelos contribuintes. Aduz que o autuado não explicou qual foi o “fortuito” responsável pelo extravio dos documentos fiscais em questão. Mantém ação fiscal referente a esse item da autuação.

Quanto às multas indicadas no lançamento, o autuante diz que tal questão, por envolver aspecto exclusivamente constitucional, foge ao âmbito de abordagem dos contenciosos administrativos, razão pela não faz qualquer referência.

Ao concluir a informação fiscal, o autuante reitera que os argumentos defensivos não são capazes de elidir as infrações e, dessa forma, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe é imputado ao autuado o cometimento de cinco diferentes infrações a legislação do ICMS.

Inicialmente, afasto qualquer hipótese de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais previstas, tendo sido determinados, com precisão e clareza, as infrações, o sujeito passivo e o montante do débito tributário. Foram concedidas ao autuado as condições necessárias ao exercício do seu direito de defesa e do contraditório, não havendo qualquer vício capaz de macular de nulidade o Auto de Infração.

Com fulcro no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia, pois considero que as matérias e as provas atinentes ao Auto de Infração em comento não dependem de conhecimentos especiais de técnicos e, além disso, as provas já existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito da lide, observo que nas infrações 1 e 5 o autuado foi acusado de ter dado entrada no seu estabelecimento, respectivamente, de mercadorias tributáveis e de mercadorias não

tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Em razão desses ilícitos fiscais, foram indicadas multas por descumprimento de obrigação tributária acessória equivalente a, respectivamente, 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Para comprovar a ocorrência dessas duas infrações, o autuante elaborou os demonstrativos de fls. 11 e 40, bem como acostou ao processo as notas fiscais não registradas e fotocópia do livro Registro de Entradas do autuado (fls. 48 a 82). Em sua defesa, o autuado sustenta que efetuou a regular escrituração de suas operações de entradas e de saídas.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, haja vista que as fotocópias de livros Registro de Entradas do autuado comprovam que as notas fiscais em comento não foram registradas. Essas fotocópias acostadas ao processo não deixam dúvida do acerto da ação fiscal, bem como coloca por terra a solicitação de perícia. Dessa forma, as infrações 1 e 5 subsistem integralmente.

No que tange à infração 2 – falta de recolhimento de ICMS por ter o contribuinte praticado operações tributáveis como se fossem não tributáveis (saídas em doações), observo que o autuado, apesar de fazer alusão à infração em tela, não apresenta nenhum argumento a ela pertinente.

Considerando que as saídas em doação são operações tributáveis pelo ICMS e que o autuado não apresentou argumento ou prova capaz de elidir a acusação que lhe foi imposta, a infração está caracterizada e são devidos os valores cobrados nesse item do lançamento.

Trata a infração 3 da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Na planilha de fl. 11, o autuante relacionou as notas fiscais referentes a essa infração e demonstrou a apuração do imposto que deixou de ser recolhido pelo autuado. Também cuidou o autuante de acostar ao processo as correspondentes notas fiscais.

Em sua defesa, o autuado afirma que a LC 87/96 autoriza o aproveitamento dos créditos fiscais referentes a bens adquiridos para o ativo permanente. Diz que nas aquisições de produtos destinados ao uso e consumo e para o ativo permanente não há tributação em seu desfavor, pois é o estabelecimento autuado o consumidor final desses referidos produtos. Afirma que não é contribuinte do ICMS cobrado nesse item do lançamento.

Prevê o disposto no artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS, dentre outras hipóteses, no momento *da entrada ou da 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 ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto*.

No caso em tela, o autuado é contribuinte do ICMS e as aquisições interestaduais de produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento autuado estão comprovadas pelas notas fiscais acostadas ao processo. Apesar de esses referidos produtos não serem destinados à comercialização por parte do autuado, eles foram adquiridos em uma operação comercial e, portanto, são mercadorias. O argumento defensivo atinente a bens destinado ao ativo permanente não possui pertinência com a infração que foi apurada. Dessa forma, por força do disposto no art. 4º, inc. XV, do RICMS-BA, está caracterizada a ocorrência do fato gerador do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações arroladas na infração 3 e, em consequência, a infração subsiste integralmente.

Relativamente à infração 4, observo que na descrição desse item do lançamento está consignado que o autuado “deixou de entregar notas fiscais de saídas de números 01 a 36, alegando que as mesmas foram extraviadas”. Corroborando essa assertiva, verifico que na defesa o autuado reconhece a

ocorrência do extravio quando afirma “que as referidas notas fiscais não foram entregues não por relutância da Defendente, mas porque as mesmas foram extraviadas”.

Com esse reconhecimento expresso do autuado de que as notas fiscais foram extraviadas, a infração fica perfeitamente caracterizada.

Em sua defesa, o autuado afirma que esse extravio foi decorrente de “fortuito” e que, portanto, fica excluída qualquer sorte de responsabilização. Também diz que não houve prejuízo para o fisco e, assim, não há razão para imposição de multa.

Esses argumentos defensivos não são capazes de elidir a infração, pois o autuado não comprovou a ocorrência de qualquer hipótese de caso fortuito que justificasse o extravio dos documentos fiscais. Ademais, a multa indicada para esse tipo de infração independe da ocorrência de prejuízo e, diga-se de passagem, no caso em tela a falta de exibição das trinta e seis notas fiscais de saídas acarreta claro prejuízo à fiscalização. Dessa forma, a infração 4 subsiste integralmente.

Quanto ao pedido de redução de multa, entendo que não estão nos autos os requisitos previstos no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para a redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. No que tange às multas por descumprimento de obrigação tributária principal, saliento que o atendimento do pedido de redução ou de dispensa é da competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, mediante pedido específico, ao teor do disposto no artigo 169 do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.0937/10-0**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.869,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$3.401,29**, prevista no artigo 42, incisos IX, XIX e XI, da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR