

PROCESSO - A. I. Nº 222467.0501/10-8
RECORRENTE - INAL NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0044-05/11
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 30/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-12/12

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. SUCATA DE AÇO. IMPOSTO CÁLCULADO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É diferido o lançamento do ICMS incidente nas sucessivas saídas de sucatas de metais, com destino a estabelecimento situado neste Estado. Mediante regime especial o contribuinte obteve autorização para pagar o imposto devido numa única quota mensal, englobando todas as operações realizadas para o mesmo destinatário em outra unidade da Federação, no presente caso, no Estado do Rio de Janeiro. Contudo, ao calcular a base de cálculo do imposto utilizou preço unitário inferior ao de mercado. Correto o procedimento fiscal que calculou o ICMS utilizando a pauta fiscal. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo para impugnar a Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 14/08/2010, para exigir valor de R\$6.771,74 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito. O ICMS da operação com sucata de aço foi calculado a menor. Sendo lançado o valor de R\$6.771,74 e aplicada multa de 60%.

O autuado apresentou defesa, às fls. 21 a 32, reproduz os termos das infrações, transcreve os art. 343; 347, inciso II; 348, §1º, inciso I, RICMS/97, e o art. 42, inciso II alínea “F” da Lei nº7.014/96.

O autuante prestou informação fiscal às fls.60 a 64, rebatendo os argumentos preliminares e de mérito do contribuinte, concluindo pela procedência do Auto de Infração.

O presente PAF foi encaminhado para julgamento da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou a seguinte Decisão, transcrita a seguir, *in verbis*:

“Inicialmente, verifico que o contribuinte suscitou preliminar de nulidade do Auto de Infração, alegando inexistência de dispositivo legal que fundamentasse a infração, bem como, de artigo que pudesse fundamentar sua obrigação de ter que recolher o ICMS incidente sobre base de cálculo fixada através de pauta fiscal.

Do exame nas peças processuais, verifico que, ao contrário do que alegou o sujeito passivo, o Auto de Infração contém a indicação dos art.343, 347, inciso II, combinado com o art.348, §1º, inciso I do RICMS/97 infringidos, que deram suporte a autuação, sendo que na descrição dos fatos foi indicado ainda o art. 509, § 3º, inciso II, com a informação adicional de que não obstante o contribuinte tenha o regime especial previsto na norma, fez o destaque do imposto na nota fiscal, em valor menor que o devido.

Saliento que, embora o autuante não tenha indicado no Auto de Infração o dispositivo regulamentar que deu suporte à apuração da base de cálculo, pela descrição dos fatos e, conforme o que consta na memória de cálculo à fl.06, a referida base de cálculo foi apurada utilizando o valor fixado através de pauta fiscal, consoante previsto no art. 73, inciso IV do RICMS/97, no presente caso, constante da Instrução Normativa nº4/2009, que fixou valor unitário por quilograma relativo à sucata de aço, considerado pelo autuante, e à luz

do art. 19 do RPAF/BA, não implica nulidade do feito, posto que ficou evidente o enquadramento legal. De outro lado, foi indicado o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, tipificando a infração com a multa correspondente. Ficando, assim, evidente todo enquadramento legal. Não vislumbro no lançamento, ofensa alguma aos diversos princípios que regem o processo administrativo fiscal e nem tampouco nele se constatam quaisquer dos motivos que pudessem conduzir a anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do citado RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Ficou determinado com segurança a infração e o infrator. Portanto, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Ademais, de acordo com o art. 125 do COTEB, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar questões de inconstitucionalidades.

No mérito o Auto de Infração, foi lavrado para exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto em operação de saída de 23.580 kg de sucata de aço acobertada pela nota fiscal nº 12.860, com destino ao Estado do Rio de Janeiro, cuja mercadoria se encontra enquadrada no regime de diferimento.

Verifico que, conforme disposto no art. 343, inciso XXX, combinado com o art. 509, do RICMS/BA, é diferido o ICMS incidente nas sucessivas saídas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos classificados nas posições 74.01, 74.002, 75.01, 76.01, 78.01, 79.01 e 80.01 da Tabela de Incidência do IPI, bem como nas sucessivas saídas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias, com destino a estabelecimento situado neste Estado, para o momento em que ocorrer a saída das mercadorias para outra unidade da Federação ou para o exterior; com destino a consumidor ou usuário final ou dos produtos fabricados com essas matérias – primas.

Observe que, segundo a informação do autuante e, de acordo com os registros constantes da nota fiscal referida acima, o contribuinte estava autorizado mediante regime especial, previsto no art. 509, § 3º, inciso II do RICMS/97, a recolher o imposto numa única quota mensal englobando todas as operações de saídas das referidas mercadorias que, no período remetesse para o mesmo destinatário. Entretanto, ao calcular a base de cálculo do imposto utilizou preço unitário inferior ao de pauta fiscal, quando no art. 73, § 2º, Inciso I, “c” do RICMS/BA, se determina que o imposto será lançado sempre, pela pauta fiscal, nas operações com sucata, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais. Sendo legítima a exigência do ICMS.

Portanto, está correto o procedimento fiscal que calculou a base de cálculo do ICMS utilizando a pauta fiscal atinente à sucata de aço, no valor unitário de R\$3,00, previsto na Instrução Normativa nº 4/2009, e apurou o imposto na forma demonstrada na planilha de cálculo colacionada à fl.06 dos autos, consubstanciando o seu valor no Auto de Infração.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração”

O autuado, ora recorrente, inconformado, interpôs Recurso Voluntário para impugnar essa Decisão com base nos seguintes argumentos que passo a relatar:

Preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração, por entender que ele infringiu o disposto no art. 39 do Decreto nº 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF), que estabelece:

“**Art. 39.** O Auto de Infração conterà:

(...)

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) **em que se fundamente a exigência fiscal**, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) **tidos como infringidos;**

c) **em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;**

(...)”

(grifou-se)

O recorrente argui que “A finalidade da regra de constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício é possibilitar o conhecimento, pelo particular, dos elementos para produzir defesa em seu favor, obstando execuções arbitrárias que poderão vir a culminar em inscrição em Dívida Ativa e respectiva cobrança judicial”.

Nesta esteira recursal, aduziu que com base na análise dos dispositivos legais tidos por infringidos no relatório do Auto de Infração, não se consegue vislumbrar qualquer artigo que possibilite embasar a obrigação do recorrente de ter que recolher o ICMS incidente sobre base de

cálculo fixada através de Pauta Fiscal. Portanto, entendeu que restou ausente a necessária base legal para a exigência consignada na autuação.

No mérito, o recorrente argumentou que a autuação é improcedente. Trouxe à baila o teor do art. 148 do Código Tributário Nacional, que prevê hipótese em que a Fiscalização pode arbitrar valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos. Inclusive, transcreveu o referido dispositivo legal:

‘Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tem em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.’
(grifou-se)

Assim, o recorrente expôs que *”só quando haja suspeitas, arrimadas em provas ou indícios, de que os documentos fiscais são inidôneos, ou desmereçam credibilidade as informações prestadas pelo sujeito passivo, é que pode o Fisco arbitrar o valor da base de cálculo, ‘mediante processo regular’”*.

Nesta esteira, o recorrente assinalou também que o arbitramento é uma exceção, e, portanto, *”incumbe à autoridade competente para o lançamento instaurar esse processo, para só depois, concluindo pela inexatidão dos documentos fiscais, estabelecer a expressão econômica correta da base de cálculo”*.

Expôs, ainda, que independentemente da clara restrição imposta à hipótese do arbitramento em foco, o RICMS/BA estabelece em seu art. 73, inciso IV, a possibilidade de fixar a base de cálculo do ICMS mediante pauta fiscal, nas operações com sucatas. Em seguida, o recorrente transcreveu este dispositivo legal em sua peça recursal.

‘Art. 73. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

(...)

IV - nas operações com sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais;

(...)

Assinalou que a previsão contida no art. 73, inciso IV, do RICMS/BA não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 148 do CTN, e, ainda, vai de encontro com o *“Princípio da Reserva Legal”* a que se acha submetida à definição da base de cálculo de impostos, previsto no art. 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 87/96 define, em seu art. 13, inciso I, estabelece que a base de cálculo, na saída de mercadoria, é o valor da operação. Por conseguinte, entendeu o recorrente que *“Daí decorre a ilegalidade e, também, a inconstitucionalidade, do regime de pauta fiscal, que advém de mero ato discricionário do Poder Executivo, a fim de estipular a base de cálculo do ICMS”*.

Neste diapasão, ao seu modo de ver, a autuação é totalmente descabida, haja vista que a mesma pretende cobrar a diferença entre o ICMS calculado sobre o valor real da operação e aquele que seria devido pelo regime de pauta fiscal.

Por fim, citou a Súmula Nº 431 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe sobre a ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria sujeito ao regime de pauta fiscal.

Conclui sua peça recursal, requerendo que seja julgado insubsistente o crédito tributário constituído a partir do Auto de Infração nº 222467.0501/10-8, já que a cobrança de ICMS, com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal, é ilegal conforme dispõe a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça.

Os autos foram encaminhados para o Parecer opinativo da PGE/PROFIS que exarou a seguinte posição jurídica sobre a matéria em questão. A ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce B. Costa

entendeu que não merece guarida a tese de nulidade sustentada pelo recorrente, pois a autuação está revestida de todas as formalidades legais e a infração está bem caracterizada e fundamentada nos dispositivos legais que a amparam de forma clara.

Quanto ao mérito, a PGE/PROFIS entendeu que a aplicação da pauta fiscal está amparada na legislação estadual com base no parágrafo 2º do art. 73, do RICMS.

Trouxe à baila trechos de decisões do STJ que justificaram a adoção da Súmula 431 desta E. Corte para, concluir que, no caso concreto, a mercadoria comercializada é sucata que, pela sua natureza, tem difícil verificação de valor de mercado, “(...) o que pode permitir um lançamento fiscal de preço abaixo do real. Por esta razão, a pauta fiscal é perfeitamente justificável(...)”.

Observou ainda a ilustre procuradora que, em nenhum momento, o recorrente contesta o valor de R\$3,00 (três reais) por quilo de sucata, não indicando ou trazendo outras provas para refutar o valor adotado na autuação.

Conclui seu Parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Pude constatar que a questão gravita em torno da pertinência legal do lançamento de ofício de ICMS para cobrar do recorrente o valor de R\$6.771,74, acrescido da multa de 60%, em operação de saída de 23.580 kg de sucata de aço acobertada pela Nota Fiscal nº 12.860, com destino ao Estado do Rio de Janeiro, cuja mercadoria se encontra enquadrada no regime de diferimento.

Tais mercadorias estariam enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito. Segundo a autuação, o ICMS da operação com sucata de aço foi calculado a menos em relação à pauta fiscal.

Analisando a preliminar de nulidade arguida pelo recorrente, entendo que não merece guarida tal arguição haja vista que a autuação está revestida das formalidades legais e que carece de base legal o argumento trazido na peça recursal de que “*inexiste de dispositivo legal para fundamentar a infração, bem como, de artigo que pudesse fundamentar sua obrigação de ter que recolher o ICMS incidente sobre base de cálculo fixada através de pauta fiscal.*”.

Compulsando os autos, constato que o Auto de Infração contém, de forma clara, a indicação dos art.343, 347, inciso II, combinado com o art.348, §1º, inciso I do RICMS/97 infringidos, que deram fundamento à autuação, sendo que na descrição dos fatos foi indicado ainda o art. 509, § 3º, inciso II, com a informação adicional de que, não obstante o recorrente tenha o regime especial previsto na norma, fez o destaque do imposto na nota fiscal, em valor menor que o devido.

Apesar do autuante não ter indicado no Auto de Infração o dispositivo regulamentar que deu suporte à apuração da base de cálculo, com fundamento na descrição dos fatos e consoante a memória de cálculo à fl.06, constato que a referida base de cálculo foi apurada utilizando o valor fixado através de pauta fiscal, nos termos previstos no art. 73, inciso IV do RICMS/97, no presente caso, constante da Instrução Normativa nº 4/2009, à luz do art. 19 do RPAF/BA, restando que ficou evidente o enquadramento legal. Outrossim, foi indicado o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, tipificando a infração com a multa correspondente, corroborando o devido e entendido enquadramento legal. Por conseguinte, não vislumbro procedimento fiscal que macule de nulidade o presente Auto de Infração.

Ultrapassada esta questão preliminar, no mérito, reparo algum merece a Decisão recorrida. Pude constatar que, de acordo com o quanto disposto no art. 343, inciso XXX, c/c o art. 509, do RICMS/BA, é diferido todo o ICMS proveniente de sucessivas saídas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias, com destino a estabelecimento situado no Estado da Bahia, para o momento em que ocorrer a saída das

mercadorias para outra unidade da Federação ou para o exterior; com destino a consumidor ou usuário final ou dos produtos fabricados com esses insumos.

De acordo com o apurado nos registros consignados no documento fiscal que acobertava as mercadorias, objeto da autuação, o recorrente estava autorizado, mediante regime especial previsto no art. 509, § 3º, inciso II do RICMS/97, a pagar o ICMS numa única quota mensal englobando todas as operações de saídas das referidas mercadorias que remetesse para o mesmo destinatário.

Ao proceder a determinação da base de cálculo para efeito de lançamento do ICMS, o sujeito passivo se socorreu do preço unitário inferior ao de pauta fiscal, quando na realidade, o art. 19, IV da Lei 7.014/96, bem como o art. 73, § 2º, Inciso I, “c” do RICMS/BA, determinam que o imposto seja lançado sempre pela pauta fiscal, nas operações com sucata, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais. Confira-se:

“Lei 7.014/96

Art. 19. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticados no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

(...)

IV - nas operações com sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais;”

Portanto, entendo correta a determinação do lançamento, que adotou, para efeito da mensuração da base de cálculo do ICMS, a pauta fiscal atinente à sucata de aço, no valor unitário de R\$3,00, conforme preceitua a Instrução Normativa nº4/2009, apurando o ICMS devido à operação na forma demonstrada na planilha de cálculo acostada à fl. 06 dos autos. Inclusive, como bem apontou a nobre PGE/PROFIS, o recorrente não se insurgiu contra tal valor unitário adotado.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª 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 **222467.0501/10-8**, lavrado contra **INAL NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.771,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2012.

CARLO FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR DA PGE/PROFIS