

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0937/10-0
RECORRENTE - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0121-01/11
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 04/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0247-11/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS 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. Infração caracterizada. 2. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Comprovado o extravio de notas fiscais, cabível a multa indicada na autuação. Infração subsistente. Indeferida a solicitação de perícia. Preliminares de nulidades rejeitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF, a qual, através do Acórdão nº 0121-01/11, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS, no valor de R\$15.869,85, acrescido de multa de 60% e penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no importe de R\$3.401,29, decorrentes de cinco infrações, sendo objeto do recurso apenas as infrações 3 e 4, assim descritas:

INFRAÇÃO 3. Deixar 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.

INFRAÇÃO 4. Extravio de documentos fiscais, com imposição de multa no valor de R\$180,00. Consigna a autuação que o contribuinte deixou de entregar notas fiscais de saídas nºs 01 a 36, sob a alegação de extravio. Aplicação de multa de R\$5,00 por documento extraviado.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte, através de advogado, apresentou impugnação tempestiva (fls. 91 a 98) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 111 a 116).

Prosseguindo o feito, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, proferindo Decisão de teor adiante reproduzido:

“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 subseqüentes 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.”

Inconformado, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 134 a 145), suscitando preliminarmente, a nulidade da Decisão de primeira instância por violação à ampla defesa.

Assevera que o recorrente pleiteou, em sua impugnação, a produção de prova pericial objetivando esclarecer algumas questões de ordem fática, voltadas a confirmar a veracidade do que fora aduzido em sua defesa, e a Decisão de origem indeferiu o pleito, violando o princípio constitucional de defesa vez que inviabilizou a demonstração da verdade, por meio de prova indispensável à recorrente, para afastar as infrações 1, 2 e 3.

Aduz que realçou, nas razões de defesa, que efetuou o registro regular de suas operações, anotando todas as entradas e saídas sendo a prova pericial indispensável à comprovação das alegações, impondo-se a anulação da Decisão recorrida a fim de que seja determinada a baixa dos autos à instância de origem para que proceda à instrução regular do feito, com realização da prova pericial pretendida e, somente então, seja proferido novo julgamento.

Adentrando ao mérito, diz que as demais infrações, que não se encontram correlacionadas à perícia, também não merecem prosperar, devendo a Decisão que as confirmou merecer reforma.

Abordando por primeiro a infração 4, onde foi imputado multa por falta de entrega de notas fiscais de saídas, solicitadas pela fiscalização. Alega que as referidas notas fiscais não foram entregues à fiscalização, não por relutância, mas 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. Assim, requer a anulação do Auto de Infração.

Tangentemente à infração 3, alega estar 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. Como fundamento para sua afirmação, transcreve as ementas dos Acórdãos JF Nº 0049/01 e CJF Nº 0010-11/02, ambos deste CONSEF.

Ressalta 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.

Alude que os produtos destinados ao uso ou consumo e ao ativo fixo não se sujeitam à tributação em desfavor do recorrente, pois não podem ser considerados como mercadorias, já que saem da operação de circulação. Após definir o que são mercadorias de uso e consumo à luz do art. 93, V, “b”, do RICMS-BA, o recorrente destaca que é a destinatária final de tais mercadorias e, portanto, não há o que se falar em pagamento de ICMS por sua parte, haja vista que não é ela a contribuinte do imposto, seja a título de sujeição passiva direta, seja a título de substituição tributária, inexistente no caso em tela porque não haverá operações posteriores.

Em seguida, o recorrente insurgiu-se contra a multa aplicada no patamar de 60%, do tributo devido, alegando ser excessiva e violar frontalmente o princípio constitucional, limitador do poder de tributar, do não confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Objetivando apoiar sua tese, cita e transcreve às fls. 140/144, doutrina de juristas e diversas

jurisprudências de Tribunais Superiores que entende confirmarem o caráter confiscatório da multa aplicada no presente feito. Requer que, caso a autuação seja mantida, a multa seja reduzida a patamar razoável e proporcional, não superior a 10% sobre o valor principal do tributo supostamente devido.

A sua peça recursal é finalizada com o pedido de Provimento do Recurso Voluntário a fim de que seja anulado/reformado o acórdão recorrido para anular/julgar improcedente, em sua totalidade, o Auto de Infração em discussão ou, ao menos, para determinar a realização da prova pericial requerida em impugnação, proferindo-se novo julgamento após a mesma.

Subsidiariamente, caso não acolhidos os pleitos anteriores, requer pelo menos o provimento para redução da multa imposta, para o patamar razoável, não superior a 10% do tributo pretensamente devido.

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 159/160), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

No tocante à negativa de diligência, asseverou que os julgadores entenderam que os elementos contidos nos autos eram suficientes para Decisão, inexistindo dúvidas a serem esclarecidas, e não promove a alegada ofensa aos princípios da verdade material e ampla defesa, por estar devidamente lastreada no art. 147, I do RPAF.

No mérito, asseverou inexistirem razões que confrontem os fatos apurados e devidamente comprovados pelo autuante, donde concluiu pela procedência da autuação fiscal.

Em relação às multas aplicadas, entendeu ser ilegítima a alegação de caráter confiscatório, por estarem previstas no art. 42 da Lei do ICMS, cabendo ao órgão julgador administrativo a sua aplicação.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, versa a procedimentalidade, neste momento processual, acerca da irrisignação do sujeito passivo em relação à Decisão proferida pela 1ª JJF no Auto de Infração epígrafado, a qual julgou procedentes todas as imputações constantes da ação fiscal.

Enfrentando, de plano, a preliminar de nulidade da Decisão de primeiro grau, por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, em decorrência da negativa do pedido para realização de prova pericial, objetivando esclarecer questões de ordem fática, posiciono-me na mesma linha de entendimento da JJF, porquanto, exatamente ao contrário do quanto asseverado pelo Recorrente, as provas residentes no feito, especificamente as cópias das notas fiscais das mercadorias adquiridas pela própria empresa, cópia de livro de Registro de Entradas e demonstrativos de apuração do lançamento, são elementos informativos mais do que suficientes para embasar a exigência fiscal, dando efetivo suporte às infrações cometidas, apresentando-se, nesse passo, desnecessária a perícia fiscal, frisado o aspecto de que a prova do fato imputado ao contribuinte independe de conhecimento especializado, além de não ter o sujeito passivo acostado, à peça recursal, qualquer demonstrativo ou elemento indicativo da necessidade de esclarecimentos adicionais para a definição da lide, encontrando-se a negativa de tal pleito amparada na legislação processual administrativa baiana - RPAF/BA - precisamente no art. 147, adiante reproduzido:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

.....

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

Nesse contexto, não pode prosperar a postulação de perícia/diligência apresentada em sede recursal.

Meritoriamente, o inconformismo do recorrente concentra-se nas infrações de nºs 03 e 04, tendo o contribuinte reiterado os mesmos argumentos defensivos, sem apresentar qualquer prova ou fato novo, capaz de amparar o pedido de reforma do julgado.

Assim é que, após estudo minucioso das peças processuais, constato a correção do julgamento da Primeira Instância, inclusive no tocante à infração de nº 3, definida na falta de recolhimento do imposto ICMS relativo ao diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Mais uma vez incorreu o contribuinte em equívoco, ao apresentar como amparo à sua tese de ilegalidade da cobrança, decisões do CONSEF versando acerca do direito ao crédito fiscal decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo permanente, o que, efetivamente, não é o caso do pagamento da diferença de alíquota pelo recorrente, porquanto se trata de contribuinte devidamente inscrita no cadastro deste Estado, com atividade comercial, praticando fato gerador de ICMS, sendo, destarte, legal a exigência do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de materiais destinados ao consumo por contribuintes do imposto, consoante, expressamente, dispõem os artigos 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96 e 5º, inciso IV, do RICMS/97, *verbis*:

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

(...)

XV- 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.

RICMS/97

Da Ocorrência do Fato Gerador para Fins de Pagamento da Diferença de Alíquotas.

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

*I - 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;** (grifo do relator)*

Tangentemente à infração 4, onde se imputa ao sujeito passivo multa fixa por não apresentação de notas fiscais de saídas quando solicitado pela fiscalização, a única justificativa apresentada, aliás, já devidamente analisada pela primeira instância, se reporta à sua impossibilidade em face do extravio dos documentos requisitados e que a falta de apresentação não acarretou prejuízo ao Fisco, repita-se, sem acrescentar qualquer elemento probante ou fato novo à sua argumentação original.

Comungo, integralmente, com o decisório de piso, em particular quando destacou que: “*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.*”

De igual sorte improspera a alegação de que a multa aplicada fere a regra de vedação do tributo com efeito confiscatório, na medida em que se encontra taxativamente previsionada em diploma legal devidamente aprovado pelo Poder Legislativo deste Estado – Lei nº 7.014/96, art. 42, sob o qual não paira qualquer pecha de inconstitucionalidade por irrazoabilidade ou

desproporcionalidade dos percentuais de multas nele elencadas.

Convém registrar, ainda, que falece competência a este Órgão colegiado para se manifestar sobre as arguições de inconstitucionalidades arguidas na peça recursal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Concludentemente, a Decisão retratada no acórdão hostilizado avaliou corretamente as matérias suscitadas na procedimentalidade, apresentando-se irretocável e merecedora de confirmação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, permanecendo íntegra a Decisão de primeira instância, nesse passo, confirmada a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269200.0937/10-0**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.869,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, 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 art. 42, incisos IX, XIX e XI, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS