

PROCESSO - A. I. Nº 300449.0604/10-1
RECORRENTE - DERIVADOS DE PETRÓLEO TEUNA LTDA. (POSTO TEUNA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JFJ nº 0048-05/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0430-11/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas neste Estado, de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0048-05/10), que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, do qual constam 11 infrações distintas, a seguir descritas:

1. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Sendo lançado o valor de R\$ 87,55 e aplicada multa de 60%;
2. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Sendo lançado o valor de R\$ 219,89 e aplicada multa de 60%;
3. omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Sendo lançado o valor de R\$ 12,42 e aplicada multa de 70%;
4. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Sendo lançado o valor de R\$ 127,03 e aplicada multa de 60%;
5. declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Foi acrescentado que apresentou-se as DMA de janeiro, fevereiro e março de 2008 com valores divergentes dos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS. Sendo lançado multa fixa no valor de R\$ 140,00;
6. omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Foi dito que o contribuinte não se debitou pelas aquisições de mercadorias recebidas em bonificação, promoção e brindes. Sendo lançado o valor de R\$ 143,28 e aplicada multa de 70%;
7. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Sendo lançada a multa formal no valor de R\$ 26,03;
8. deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Sendo lançada a multa formal no valor de R\$ 58.647,21;

9. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Sendo lançada a multa formal no valor de R\$ 247,64;
10. falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo. Sendo lançada a multa formal no valor de R\$ 1.380,00. Foi acrescentado que a infração é cumulativa com a 16.12.15;
11. deixou de apresentar livros Fiscais, quando regulamentemente intimado. Sendo lançado multa fixa no valor de R\$ 1.380,00. Foi citado que o contribuinte não apresentou os livros fiscais a seguir indicados, apesar de intimado por três vezes: livro de Apuração (2005 e 01/2006 a 10/2006); Saídas (2007 e 2008); Inventário (2005 e 2008); LMC Gasolina (2005 a 2008); LMC Gasolina Aditivada (2005 a 2008); e LMC Diesel (2005 a 2008).

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Inicialmente, não acolho às preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, as infrações foram descritas de forma clara e precisa, o Auto de Infração foi lavrado com o amparo legal, inclusive em relação à falta de entrega de arquivo magnético foi embasado no Convênio ICMS 57/95, nos artigos 686 e 708-B, § 5º, do RICMS/BA, e a multa foi aplicada com o fulcro do artigo 42, inciso XIII-A, alínea "j", da Lei do ICMS-BA nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04, consoante foi levado ao conhecimento do contribuinte nas intimações e no Auto de Infração. Ademais, a apuração das irregularidades está embasada em demonstrativos, cujos dados foram extraídos de livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator, consoante será demonstrado de forma pormenorizada quando do enfrentamento das questões de mérito. Além do que, o autuado impugnou o lançamento, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados nas acusações fiscais que originaram a lavratura do presente Auto de Infração. Não vislumbro no lançamento ofensa alguma aos diversos princípios que regem o processo administrativo fiscal e nem tampouco nele se constata quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que diz respeito à arguição de inconstitucionalidade da exigência tributária, ressalto que essa atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99. Assim, deixo de apreciar os questionamentos do contribuinte, inclusive quanto as limitações da competência tributária, por entender que a ação fiscal se encontra revestida das formalidades legais que envolvem as disposições e normas infraconstitucionais deste Estado.

Quanto à afirmação de que a multa é exorbitante, constituindo-se em confisco e de que contraria os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, esclareço que a multa sugerida se adequa perfeitamente ao presente caso, estando prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, sendo, portanto, legal. Além disso, considerando que a exigência fiscal constante da autuação está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbro qualquer violação aos princípios mencionados, não existindo tampouco o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual.

No mérito o contribuinte só contestou as Infrações 1 e 2, conforme será demonstrado adiante. Não se defendeu especificamente quanto aos itens 3 a 11, portanto como não existe controvérsia a ser apreciada, considero desde já subsistentes tais Infrações 3 a 11.

No que se refere à Infração 1, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, o sujeito passivo alegou que não utilizou indevidamente crédito fiscal do imposto, porque não abateu o valor do tributo a ser recolhido no período, apenas lançou o crédito em seu livro para fazer o abatimento em período futuro, entendendo que descumpriu uma obrigação acessória.

O autuante relacionou as notas fiscais que deram suporte à autuação em planilha à fl.42, entendeu que os produtos relacionados nos documentos fiscais, por se destinarem ao uso e consumo, não se constituem em insumo, e, assim, não dão direito ao crédito, gerando, conseqüentemente, a glosa do referido crédito fiscal utilizado. O contribuinte não contesta o produto, argumentou que só pode exigir imposto se ele for devido, admite que ao constatar valores indevidos lançados a crédito, o agente fiscal deve glosá-los, afirmou, no final, que não é o caso dos autos, entretanto, não apresentou qualquer prova para sustentar tal negativa..

Ressalto que só é admitida a utilização de crédito fiscal relativo aos elementos previstos art. 93, § 1º do RICMS/97. As mercadorias adquiridas se referem a material de uso e consumo do estabelecimento. Saliento que esses materiais, apesar de empregados em função do processo produtivo, não participam diretamente do

processo industrial e nem integram o produto final, e a norma ainda não admite a utilização de crédito fiscal atinente a material de uso e consumo.

Acrescento que este entendimento já se encontra plenamente sedimentado neste Conselho de Fazenda, conforme se verifica em diversas decisões nas duas instâncias de julgamento, a exemplo dos Acórdãos C/JF nº. 0201-11/06, da 1ª C/JF, e C/JF nº. 0198-12/09, emanados da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Desta forma, como entendo que a Infração 1 não merece nenhum reparo, a mantenho integralmente.

Quanto à Infração 2, que acusa o contribuinte de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, verifica-se que o sujeito passivo contestou genericamente a irregularidade, trazendo à baila argumentos fundados na Emenda Constitucional nº 33 informa que a referida Emenda trata de operações de circulação das mercadorias em geral e do imposto monofásico que incidirá uma das operações com os combustíveis e lubrificantes definidos em lei complementar, destacando que a cobrança antecipada do imposto é inconstitucional, cuja preliminar já fora enfrentada acima, no entanto não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de elidir a imputação. Inclusive consoante informou o autuante, o imposto cobrado decorre da aquisição do produto MP2100 e não de combustíveis, conforme enfatizou o sujeito passivo.

Portanto, considero a Infração 2 subsistente.

Saliento que, de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Observo que o sujeito passivo não trouxe qualquer prova aos autos no sentido de elidir as imputações.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fl. 111, no qual solicita que julgado improcedente o presente Auto de Infração, conforme cópia da defesa que acosta aos autos.

Em seguida, assevera:

"1º Com as constatações e os procedimentos arguidos pelo Auditor Fiscal, deixou de ser executados os princípios constitucionais, imputando ao autuado cobranças de tributos através de suposições.

2º Supostamente o autuante declinou que o autuado efetuou compras de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, através de presunção.

3º O regulamento do ICMS nos seus artigos preceituam os recolhimentos sobre o regime de Substituição Tributária.

Nestes termos solicitamos que seja julgado nulo pelo Conselho Estadual da Fazenda - CONSEF".

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 128/129, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes argumentos: a) Infração 01 - o contribuinte deixou de comprovar a não utilização de créditos indevidos e, também, não contestou o caráter indevido do creditamento; b) Infração 02 - a tese de inconstitucionalidade da antecipação parcial já foi devidamente refutada pela jurisprudência, além de se tratar de questão foram do âmbito de competência do CONSEF. Diz, por fim, que o recorrente não apontou qualquer erro no lançamento de ofício, fazendo apenas considerações despidas de qualquer substrato fático.

VOTO

Como cediço, ao interpor um Recurso Voluntário, compete à parte interessada demonstrar em suas razões os motivos de fato e de direito pelos quais se insurge contra a Decisão recorrida, realizando, com isso, o primado da dialeticidade recursal, aplicável às esferas judicial e administrativa. No caso em análise, o recorrente não aponta o equívoco em que incorreu a Decisão alvejada ou mesmo trouxe à baila, em seu Recurso, argumentos capazes de infirmar, ainda que em tese, a exigência veiculada na presente autuação, limitando-se a pedir a improcedência da exigência, conforme defesa que anexa ao apelo.

A conduta processual do contribuinte deveria conduzir ao não conhecimento do Recurso ofertado, providência essa que deixa de ser adotada no presente voto em virtude da

informalidade que permeia o processo administrativo fiscal. Faz-se, contudo, o registro, com o intuito de orientar o contribuinte e evitar que, em casos futuros, a falha se repita.

Adentrando às razões de defesa, reiteradas no Recurso, cumpre-me, *ab initio*, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o presente Auto de Infração atende aos requisitos do art. 39, do RPAF/99, não se vislumbrando qualquer mácula aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

Com relação à infração 1, convém esclarecer que, para fins de caracterização da utilização indevida de crédito fiscal, é suficiente seja este levado a registro no livro de Apuração do ICMS, ainda que não haja efetiva compensação com eventual débito apurado no período. Assim, não há falar em mero descumprimento de obrigação acessória, como equivocadamente entendeu o sujeito passivo.

Quanto à infração 2, como bem salientou a d. PGE/PROFIS, a questão relativa à constitucionalidade da antecipação parcial já está sacramentada no âmbito do Poder Judiciário, não cabendo a este Conselho reapreciar a questão, seja porque não é detentor do monopólio jurisdicional, seja porque lhe é expressamente vedado pelo art. 167, I, do RPAF vigente.

O mesmo se diga com relação às multas aplicadas no presente lançamento de ofício, sejam elas decorrentes do descumprimento de obrigação principal, sejam derivadas da inobservância de um dever instrumental. É que eventual exagero de tais penalidades, com atribuição de vício de inconstitucionalidade por violação ao não-confisco ou à proporcionalidade, não pode ser objeto de análise neste Órgão de julgamento administrativo, sendo suficiente à manutenção das exigências o fato de contarem com previsão legal específica e anterior ao lançamento de ofício.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **300449.0604/10-1** lavrado contra **DERIVADOS DE PETRÓLEO TEUNA LTDA. (POSTO TEUNA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$590,17**, acrescido das multas de 60% sobre R\$434,47 e 70% sobre R\$155,70, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$61.820,88**, previstas nos incisos IX, XI, XIII-A, alíneas “g” e “j”, XVIII, “c”, e XX dos mencionados artigo e lei, com os acréscimos moratórios, conforme disciplina a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

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