

A. I. Nº - 269194.0043/11-7
AUTUADO - DU PONT DO BRASIL S.A
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO B. CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 11.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Reconhecida pelo sujeito passivo; b) OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Reconhecida pelo sujeito passivo 2. IMPORTAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. “DRAWBACK”. EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS NÃO RESULTANTES DOS INSUMOS IMPORTADOS. Ficou constatado que o sujeito passivo exportou produtos em quantidade inferiores ao compromisso assumido no Ato Concessório; b) FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS INCORRIDAS ATÉ O DESEMBARAÇO, QUER POR UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. Reconhecida pelo sujeito passivo 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Reconhecida pelo sujeito passivo. b) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO UTILIZADO NA INDUSTRIALIZAÇÃO. Reconhecida pelo sujeito passivo; c) CONTRIBUINTE DIVERSO DO INDICADO NA NOTA FISCAL. Ficou caracterizada a utilização indevida dos créditos fiscais, ora por aproveitamento dos mesmos originários de auto de infração anteriores ora por não comprovação dos créditos aproveitados. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS: a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Reconhecida pelo sujeito passivo; b) AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Reconhecida pelo sujeito passivo. 5. EXPORTAÇÃO. REMESSA DE MERCADORIAS COM NOTAS FISCAIS INDICANDO ESSA FINALIDADE. OPERAÇÃO SEM COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA DO PAÍS POR INTERMÉDIO DE GUIAS OU REGISTROS DE EXPORTAÇÃO. Reconhecida pelo sujeito passivo 6. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Reconhecida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

O Auto de Infração lavrado em 21/09/2011, exige débito no valor histórico de R\$1.985.470,59, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 35.994,94. Multa de 70%;

Infração 02 – falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 180.535,63, multa de 70%;

Infração 03 – deixou de recolher o ICMS devido na importação de mercadorias com isenção de imposto sob o regime de drawback na modalidade de suspensão. Pela análise dos documentos apresentados pela empresa, foi constatado que a mesma exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso assumido no ato concessório. Assim, a quantidade importada da matéria-prima ODCB se tornou superior ao necessário à elaboração dos produtos que foram exportados, com base nos atos concessórios. Além disso, os índices técnicos (relação matéria produto acabado, utilizados para o cálculo da quantidade a ser exportada não foram os índices reais de acordo com os relatórios de produção e consumo, mas o índice padrão constante nos atos concessórios, que não refletem a situação real do processo produtivo no momento da exportação. ICMS no valor de R\$ 503.817,89. Multa de 60%;

Infração 04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor R\$12.616,36, multa de 60%;

Infração 05 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades federativas e destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$373,60;

Infração 06 – utilizou indevidamente crédito fiscal ICMS relativo aquisição de serviço de comunicação utilizado na industrialização. ICMS no valor de R\$93.004,59. Multa de 60%;

Infração 07 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$8.979,84. Multa de 60%;

Infração 08 – deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. ICMS no valor de R\$75.372,41, multa de 60%;

Infração 09 – recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer por utilização incorreta da taxa cambial. ICMS no valor de R\$1.189,68. Multa de 60%;

Infração 10 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$33,50. Multa de 60%;

Infração 11 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal. ICMS no valor de R\$1.073.552,15. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 57 a 89 dos autos, afirma que inicialmente reconhece a procedência dos itens 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09 e 10 da presente autuação, aos quais irá providenciar o pagamento, apresentando oportunamente o comprovante da quitação, versando a defesa apenas em relação aos itens 03 e 11.

Quanto a Infração 03, relata que foi imputada conforme segue: “Deixou de recolher o ICMS devido na importação de mercadorias com isenção do imposto sob o regime de Drawback na modalidade suspensão. Pela análise dos documentos apresentados pela empresa, foi constatado que a mesma exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso assumido no Ato Concessório.

Assim, a quantidade importada da matéria-prima ODCB se tornou superior ao necessário à elaboração dos produtos que foram exportados, com base nos atos concessórios. Além disso, os índices técnicos (relação matéria-prima/produto acabado) utilizados para o cálculo da quantidade a ser exportada não foram os índices reais (de acordo com os relatórios de produção e consumo), mas o índice padrão constante nos atos concessórios, que não refletem a situação real do processo produtivo no momento da exportação”.

Afirma o impugnante que demonstrará que o ODCB importado sob o regime de Drawback foi utilizado como matéria-prima na industrialização do produto DIURON GROUND que foi totalmente exportado. Explica que o DIURON é um herbicida obtido através da sintetização de dois insumos básicos que são o DMA (gás liquefeito) e o DCPI. Que na primeira fase do processo produtivo o ODCB (produto importado com o Drawback) é sintetizado na planta autuada, transformando-se em 3,4 DCA que é uma das matérias-primas do DIURON. O 3,4 DCA é então remetido para industrialização na planta vizinha onde, juntamente com fosgênio, forma o DCPI, retornando, então, para a planta autuada, para reagir com o DMA e dar origem ao DIURON. Entretanto, este DIURON ainda necessita de um beneficiamento para ser exportado na condição de grânulos e, para tanto é transferido para a filial do Rio de Janeiro onde será granulado, transformando-se no DIURON GROUND que em seguida é exportado, fechando assim a cadeia que originou-se com o ODCB importado.

Assegura que o cerne da presente autuação encontra-se exatamente no fato de que o fiscal afirma que a Du Pont exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso do Ato Concessório, o que não corresponde à realidade uma vez que o ODCB importado é totalmente utilizado na produção do DIURON que é transformado em DIURON GROUND conforme já descrito acima.

Descreve o que é Drawback e afirma seguir anexo a esta defesa uma relação de documentos (por amostragem) que vinculados, comprovam a cadeia do ODCB importado com o benefício e depois exportado como o novo produto DIURON. Todos os documentos foram registrados na Receita Federal, havendo a comprovação da entrada, saída e quantidades.

Destaca que o art. 575, inciso II do RICMS/BA prevê a isenção do ICMS, caso a importação tenha ocorrido sob o regime de Drawback, condicionando à comprovação da exportação, enquanto o § 4º deste mesmo artigo determina que o tratamento tributário previsto neste artigo fica condicionado às normas federais sobre o regime.

Art. 575. São isentas do ICMS as operações de importação de mercadorias estrangeiras recebidas do exterior sob o regime de “drawback”;

II – fica condicionado à efetiva exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, com observância das respectivas quantidades e especificações, devendo o contribuinte manter a cópia da Declaração de Despacho de Exportação (DDE), devidamente averbada com o respectivo embarque para o exterior, para apresentação ao fisco, quando solicitado.

§ 4º O tratamento tributário previsto nesta seção fica condicionado à observância, no que couber, das normas federais relativas ao regime de “drawback”.

Afirma que o art. 576 do mesmo RICMS/BA, estende o benefício às saídas e retornos de produtos importados com destino à industrialização, mas faz uma ressalva em seu parágrafo único quando se tratam de estabelecimentos localizados em unidades da Federação distintas.

Art. 576. A isenção de que cuida o artigo anterior estende-se, também, às saídas e aos retornos dos produtos importados com destino a industrialização por conta e ordem do importador.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica a operações nas quais participem estabelecimentos localizados em unidades da Federação distintas.

Ressalta que, ao realizar a transferência da Bahia para a sua filial no Rio de Janeiro, a Autuada destacou o imposto, o que acabou por beneficiar o estado da Bahia em uma operação que não seria tributada, acrescente-se a este fato a previsão do art.90 da Portaria SECEX 23/2011 da Receita Federal que prevê que a matriz e os estabelecimentos filiais poderão operar sob o mesmo Ato Concessório.

Art. 90. “Poderão operar sob um único ato concessório de drawback, a matriz e os demais estabelecimentos filiais da mesma empresa, os quais deverão possuir a mesma raiz (oito primeiros dígitos idênticos) no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).”

No presente caso, continua o autuado, não houve prejuízo ao Estado da Bahia uma vez que, além de haver tributado a transferência, o objetivo da importação de produto a ser utilizado na cadeia

produtiva de outro produto a ser exportado pode ser facilmente comprovado com a vinculação dos documentos que acobertaram todas as operações envolvidas.

Assegura que não houve cometimento de infração, uma vez que a empresa agiu conforme permitido pelo art. 90 da Portaria SECEX 23/2011 da Receita Federal e pelo próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, quando este estabelece no § 4º do Art. 575, que o tratamento tributário para o regime de Drawback, previsto na legislação da Bahia fica condicionado à observância, das normas federais.

Assim, invoca os princípios da legalidade e da verdade material aplicáveis ao Processo Administrativo, conforme previsto no art. 2º do RPAF/99, devem os Julgadores decidir pela improcedência do item 03 do Auto de Infração ora impugnado.

Aduz que, no presente caso o que importa é se chegar à realidade dos fatos. Que, no caso em exame é a comprovação da exportação.

Considera não ser demais destacar que, ainda que se considere procedente este item do Auto de Infração, o que seria uma ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material, o levantamento realizado pelo fiscal autuante não está correto, pois é uma grande empresa exportadora e, como tal sempre possui um saldo de créditos acumulados muito grande, de forma que ao realizar a fiscalização no estabelecimento da autuada e detectar alguma irregularidade, o procedimento correto a ser adotado pela fiscalização deveria ser a reconstituição da sua escrita fiscal, refazendo mês a mês o saldo credor do ICMS, uma vez que à época dos supostos fatos geradores, havia saldo credor suficiente e, caso houvesse algum ICMS a ser recolhido, este seria abatido do saldo credor.

Entende que este procedimento não causa prejuízo ao erário do estado da Bahia e é mais benéfico para o contribuinte, sendo justo para ambos os lados. Entende que nesta situação, no máximo, deveria ser aplicada uma multa e nunca a exigência de imposto acrescido de multa e juros.

Considera que, além do levantamento ter sido efetuado da forma mais gravosa ao contribuinte, deve-se destacar também que a suposta diferença entre os índices técnicos e o índice padrão indicado no Ato Concessório, não foi devidamente esclarecido pelo fiscal, bem como a forma de apuração desta diferença e a metodologia aplicada para o cálculo desta diferença, o que traz insegurança ao levantamento realizado.

Afirma que, assim, Julgadores deste Conselho de Fazenda Estadual, não podem se ater apenas à legislação estadual, mas, sobretudo, devem levar em consideração a previsão constitucional bem como da própria Lei Complementar 87/96 que servem de fundamento de validade para todas as legislações inferiores, inclusive a Lei do ICMS do estado da Bahia, e demais normas aplicáveis, a exemplo do regimento da Receita Federal.

Diante do exposto e da comprovação da inexistência de irregularidade é que se roga que o julgamento deste item dê-se pela total improcedência.

Quanto a Infração 11, reproduz a infração como segue: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal.*

Em verdade, este lançamento, como outros créditos, no livro registro de apuração do ICMS, no valor de R\$1.073.552,16, se deveu ao que a autuada entendeu como direito do crédito fiscal em virtude de ter efetuado ao pagamento do AI 281076.0001/00-5, referindo-se às infrações 03 (crédito indevido pela apropriação por destinatário diverso) e infração 04 (crédito indevido por não apresentação de notas fiscais que sustentariam o referido crédito). A infração 03 no valor de R\$315.430,34 e a infração 04 em R\$138.066,35. Em ambos os casos não caberia a utilização do crédito; pela infração 03, pois o crédito não caberia a este estabelecimento, mas a outro estabelecimento da mesma empresa; pela infração 04, pois as notas não foram apresentadas à época da lavratura do AI nem no momento do lançamento no livro de apuração, portanto, não cabe o uso de qualquer crédito, já que quando a autuada pagou o auto de infração o fez para regularizar o crédito lançado no seu livro de entradas sem suporte das notas fiscais.

Quanto ao restante do crédito (R\$1.073.552,16– R\$315.430,34– R\$138.066,35= R\$620.055,50), também não caberia o uso do crédito fiscal pois decorrente de também pagamento de outro auto de infração pago, mas relativo a infrações que diziam respeito a omissão de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, o que não se justifica pelo dessas omissões de entradas estarem atreladas a anteriores omissões de saídas tributáveis (o pagamento do imposto via auto de infração serviu para regularizar esta saída que deveria ter sido tributada) e os valores monetários levantados nestas operações serviram de base para a aquisição (entradas) de mercadorias sem a devida tributação, por isso não cabe o crédito.

Afirma que, com uma simples leitura da extensa descrição desta infração já se percebe com clareza que ela é imprecisa e confusa. Assegura que o Autuante, tenta relatar o que teria originado o suposto débito de R\$1.073.552,15, por ele indicado, separando o item em duas partes.

Destaca que a defendente reconhece a primeira parte desta infração, no valor de R\$315.430,34 que corresponde à infração 03 e parte do que corresponde à infração 04, no valor de R\$101.273,33, ambas originárias do AI 281076.0001/00-5, e impugna a totalidade da segunda parte desta infração no valor de R\$620.055,50.

Alude que a 1ª parte da infração 11 – Esta parte trata do crédito que foi lançado no livro de registro, indicando como origem o pagamento das infrações 03 e 04 do AI 281076.0001/00-5. (Este item será dividido ainda em I.A. E I.B.). Afirmo que para o crédito utilizado com origem na infração 03 do AI 281076.0001/00-5, verificou-se que à época daquela autuação o fiscal Autuante teria considerado o crédito como indevido, pois este seria devido a estabelecimento diverso. Tendo sido a autuação julgada procedente o contribuinte fez o pagamento com a anistia e mais um vez lançou os valores a crédito na escrita do mesmo estabelecimento.

Consigna que, nesta nova autuação o fiscal efetuou indevidamente o lançamento destes créditos originados com o pagamento da anistia, sob o fundamento de que a empresa novamente usou o crédito no estabelecimento errado.

Assegura que, tendo em vista que reconhece esta parte da infração 11, será providenciado o pagamento e oportunamente o comprovante será anexado ao processo administrativo.

Para o crédito utilizado com origem na infração 04 do AI 281076.0001/00-5, alude verificar-se que na época da primeira autuação que a irregularidade estaria no fato de não terem sido apresentados os documentos fiscais que dessem suporte ao crédito.

Explica que no decorrer da instrução do processo administrativo foram apresentados alguns documentos, tendo sido estes considerados e a autuação julgada procedente em parte perfazendo o total de R\$ 106.628,03, de acordo com planilha apresentada pelo próprio fiscal Autuante.

Entretanto, continua o autuado, ao confrontar os valores lançados no livro como crédito relativo a este item, com o valor lançado nesta autuação constatou uma diferença de R\$ 36.793,02, em favor da empresa autuada, haja vista que foi lançado na escrita como crédito apenas o valor de R\$ 101.273,33 e o fiscal Autuante reclama no Auto de Infração um valor de R\$ 138.066,35.

Assegura que o valor lançado como crédito correspondeu ao valor residual do Auto de Infração que foi pago na anistia, com a exclusão de um único item no valor de R\$5.354,70 enquanto o valor lançado pelo fiscal neste novo Auto de Infração corresponde ao valor original do Auto de Infração anterior, sem considerar o que foi efetivamente lançado pelo contribuinte.

Argui que, assim, em relação a esta parte do item 11, que se refere à apropriação indevida de crédito por falta de suporte documental relativo à infração 04 do Auto de Infração 281076.0001/00-5, a empresa reconhece como devido o valor de R\$ 101.273,33, que foi equivocadamente lançado como crédito, mas contesta a parcela de R\$ 36.793,02, requerendo a improcedência desta.

Em relação à parte reconhecida, a defendente informa que será providenciado o pagamento e oportunamente o comprovante será anexado ao processo administrativo.

No que se refere a 2ª parte da infração 11, alinha que esta trata de um suposto crédito que teria sido lançado no livro de registro, indicando como origem o pagamento de um outro Auto de

Infração cujas infrações, supostamente, dizem respeito a omissão de entrada apurada mediante levantamento quantitativo.

Entende que, nesta 2ª parte da infração 11, ao contrário do que foi lançado na 1ª parte dessa mesma infração, o fiscal Autuante não indica qual seria o outro auto de infração que teria sido pago na anistia e que a empresa teria utilizado de forma indevida os créditos de ICMS decorrentes deste pagamento.

Ao analisar esta 2ª parte da infração 11 levanta a questão de qual a origem do valor de R\$620.055,50 indicado pelo Autuante? Qual é o fato gerador? Qual a base de cálculo utilizada para chegar ao valor indicado?

Alude que, ao ler o início da descrição o ilustre fiscal apenas afirma que “*Quanto ao restante do crédito (R\$1.073.552,16 – R\$315.430,34 – R\$138.066,35 = R\$620.055,50), também não caberia o uso do crédito fiscal...*”

Entende que a imprecisão na descrição e a falta de certeza e mesmo da liquidez do valor indicado termina por cercear a o direito de defesa do contribuinte que traz como consequência a nulidade deste item da ação fiscal, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

Complementa que os Julgadores deste Colendo Conselho de Fazenda não podem esquecer que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido, fazendo menção a necessidade de atender os artigos 28 e 39 deste mesmo RPAF trazem o regramento para esta matéria como se observa nas transcrições abaixo.

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso;

...

§ 3º O Termo de Encerramento de Fiscalização registrará de forma circunstanciada os fatos relacionados com a ação fiscal, devendo conter, no mínimo, as seguintes indicações:

VI – a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, com declaração expressa, quando for o caso, de que não foi apurada nenhuma irregularidade no tocante à legislação, ou, em caso contrário, com descrição detalhada dos fatos apurados.

....

§ 4º O Auto de Infração far-se-à acompanhar:

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal Autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Art. 39. O Auto de Infração conterá ;

.....

III – a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV – o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;”

Alinha que, além das irregularidades já apontadas na lavratura deste item do Auto de Infração, o demonstrativo de débito relativo à mesma infração também não discrimina os supostos fatos

geradores, a base de cálculo e muito menos qualquer indicação do critério adotado pelo Autuante para encontrar o valor cobrado, trazendo apenas o total da infração.

Afirma que o Autuante deixou de observar todas as regras básicas na descrição desta infração e na indicação do suposto valor devido e este fato não pode ser aceito de forma alguma pelos Senhores Julgadores.

Transcreve decisões deste Conselho, para amparar seu entendimento, como se vê adiante:

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. OPERAÇÃO ACOBERTADA POR DOCUMENTO CONSIDERADO INIDÔNEO. Não estão contidos nos autos os elementos para se determinar com segurança a infração. Auto de Infração julgado NULO. Recurso NÃO PROVIDO para manter e homologar a Decisão Recorrida. Decisão unânime.

EMENTA: ICMS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), alterada pela Lei nº 7.438/99 tendo em vista que a lavratura do Auto de Infração e a formação do PAF contêm vícios que conduzem à incerteza e inconsistência da acusação fiscal. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

EMENTA: ICMS. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança o cometimento imputado ao sujeito passivo. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

EMENTA: ICMS. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, A INFRAÇÃO. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento requerida pelo Autuante. Ante a existência de divergência entre a infração apontada no Termo de Apreensão e a tipificada no Auto de Infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Alega ter sido cerceado em seu direito de defesa e contraditório, pedindo que lhe seja assegurado o devido contraditório, com todos os meios de defesa inerentes a ele, sob pena de nulidade integral do ato político a que ele se oriente.

Transcreve decisões o STJ, ao entender que a ausência de fundamentação legal e falta de clareza na indicação e descrição do valor do débito gera prejuízo para a defesa do contribuinte ocasionando a nulidade, como visto em recente decisão citada abaixo. Acórdão nº 0358-04/03 da 4ª JF, Rel. Antônio Cesar Dantas, apontando os Acórdãos Acórdão nº 0954/99 da 2ª CJF, Rel. César Augusto Fonseca, Acórdão nº 2173-12/01 da 2ª CJF, Rel. Ivone Oliveira Martins.

Complementa que a ação fiscal, ora atacada, carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança à infração apontada uma vez que o levantamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam, de nulidade a peça acusatória, alternativa não resta, diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da nulidade da infração 11.

Destaca como ponto importante que deve ser considerado pelos nobres julgadores, caso insistam na manutenção da cobrança de débito sem comprovação é o enriquecimento ilícito que ensejaria ao erário estadual.

Conclui que tendo em vista o exposto, a autuada requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, requerendo, de logo, a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários, inclusive a realização de revisão fiscal efetuada pela Assessoria Técnica deste Consef, sob pena de cerceamento ao direito de defesa nos termos do art. 5º da Constituição Federal, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

Pede a procedência em parte do Auto de Infração, com a homologação dos valores pagos em relação às infrações reconhecidas e totalmente improcedente, no que se refere à infração 3 e declarando-se nula a infração 11, ou, caso não seja acatada a preliminar de nulidade acima arguida ou os argumentos apresentados em relação à infração 3, seja, no mérito julgado, como efetivamente o é, dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatória, uma vez que deveria ser efetuada a análise dos saldos credores de cada um dos períodos de apuração para verificar se haveria saldo credor suficiente para cobrir os débitos apurados nos períodos de apuração, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS.

Requer, também, que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé das páginas.

O autuante, às fls. 369 a 374 dos autos, apresenta a informação fiscal, afirmando que a autuada impugnou apenas as infrações 03 e 11 (esta parcialmente). Daí reconheceu a procedência das demais, ou seja, infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11 (parcialmente).

Para a infração 03 afirma ter o impugnante explanado que exportou o produto DIURON GROUND em quantidades suficientes à satisfação dos diversos atos concessórios (AC) drawback além de ter satisfeito a todas as exigências previstas na legislação atinente ao tema, inclusive aos ditames do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Entende que deve-se ater legislação baiana, afirmando que não procedem os argumentos defensivos em virtude de ter ocorrido, como observa a própria autuada, transferência do produto Diuron para outro estabelecimento da empresa situado em outra unidade da federação, no caso, Rio de Janeiro, sofrendo novo processo de industrialização e passando a ter a denominação de Diuron Ground.

Afirma que este novo produto é que foi exportado em território daquela unidade federativa, tendo como exportador, não o estabelecimento da autuada, o que exige a legislação baiana, mas unidade diversa, apesar de pertencer à mesma empresa.

Assegura que essa exigência está expressa com clareza no art. 576, parágrafo único do RICMS-Ba, conforme se vê abaixo:

Art. 576. A isenção de que cuida o artigo anterior estende-se, também, às saídas e aos retornos dos produtos importados com destino a industrialização por conta e ordem do importador (Lei Complementar nº 4/69, Conv. ICM 52/89 e Convs. ICMS 36/89, 62/89, 79/89, 123/89, 9/90, 27/90, 77/91 e 94/94).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica a operações nas quais participem estabelecimentos localizados em unidades da Federação distintas.

Argumenta que o próprio art. 575, II, citado pela autuada em sua contestação, é que o importador, ou seja, o estabelecimento que efetuou a importação, que é independente, autônomo e, conseqüentemente, diferente do outro estabelecimento da empresa Du Pont, situada em outra unidade federativa do nosso país, que efetivamente procedeu às exportações alegadas.

Afirma ainda que, por outro lado, o §4 do mesmo art. 575 possibilita o uso da legislação federal às operações com drawback, contudo, “no que couber”, ou seja, desde que não desautorize a nossa legislação de ICMS, nunca em afronta à mesma. Entende que poderia haver, cabendo, aplicação subsidiária da legislação federal, o que não se justifica ao caso, conforme acima mencionado.

Frisa que não foram acolhidas, por esta fiscalização, para efeito de satisfação do ato concessório, apenas as exportações—comprovadas através de DDEs e RES—realizadas pelo estabelecimento localizado no estado do Rio de Janeiro, por não satisfazer os requisitos estabelecidos pela legislação baiana, conforme já elucidado acima. As demais exportações, efetuadas pela autuada e vinculadas aos respectivos atos concessórios foram evidentemente levadas em consideração como mostram com minúcias as diversas planilhas de cálculo acostadas a este PAF—folhas 25 a 36

Consigna causar estranheza a alegação da autuada exposta no 3º parágrafo da folha 67 deste PAF de que “a suposta diferença entre os índices técnicos e o índice padrão indicado no ato concessório, não foi devidamente esclarecido pelo fiscal, bem como a forma de apuração desta diferença e a metodologia aplicada para o cálculo desta diferença, o que traz insegurança ao levantamento realizado”. Primeiro porque o que ela chama de índice técnico é o índice técnico real, ou seja, o que foi praticado no processo produtivo quando da saída do produto com destino à exportação. Estes diversos índices técnicos reais estão demonstrados desde a sua origem – a matéria prima ODCB – até o produto exportado – ora o DCPI, ora o DCA, ora o próprio Diuron, conforme se vê facilmente na planilha constante da folha 34, sendo que os dados nela inseridos foram fornecidos pela própria autuada; segundo porque a metodologia está clara e em ordem e com todos os elementos necessários a sua exata compreensão, senão vejamos: na folha 34 há a formação dos índices técnicos reais que são transportados para as planilhas constantes das folhas 26 a 33 e introduzidos na coluna “índice real” para se obter a quantidade de ODCB – matéria prima

importada - real usado na produção dos produtos exportados. Esta quantidade (total) real de ODCB usado é comparada com a quantidade (chamada nas planilhas de “material a ser importado”) importada com o benefício do drawback. As diferenças obtidas (“ODCB importado não utilizado”) são transportadas para a planilha da folha 25 na coluna “mat prima não utilizada nas exportações(Kg)”, daí são valoradas e chega-se a diferença a recolher de Icms.

Pugna pela PROCEDÊNCIA TOTAL desta infração

Quanto à infração 11, afirma que foi construída em virtude da autuada ter efetuado lançamento de crédito no livro registro de apuração de ICMS, em setembro de 2006, no valor de R\$1.073.552,15, no quadro “outros créditos, indicando à fl. 45 deste PAF.

Explica que este valor creditado se refere a três fatos distintos, sendo os dois primeiros relacionados às infrações 03 (valor de R\$315.430,34) e 04 (R\$138.066,35) do Auto de infração de nº 281076.0001/00-5 e o terceiro à infração 05 do Auto de Infração nº 269194.0006/00-9, ambos quitados em 2006, fruto de anistia concedida pelo Estado da Bahia. Importante frisar que todos esses fatos foram informados pela própria autuada durante o período de fiscalização na tentativa de compor o valor total de R\$1.073.552,15, cujo lançamento, como pode ser visto na folha 45 deste PAF, é genérico e não traz qualquer informação acerca de sua discriminação, fonte, origem.

Para não deixar dúvidas, apresenta em anexo cópias dos retro citados Autos de Infração no que concerne às infrações referidas.

Alude que o primeiro fato diz respeito à infração cometida àquela época por este contribuinte pelo fato de ter se creditado indevidamente em face de notas fiscais de entradas destinadas a contribuinte diverso no valor de R\$315.430,34. Este crédito decorreu da infração 03 do Auto de infração de nº 281076.0001/00-5 que, no entender equivocado da autuada, ensejaria direito a crédito posteriormente ao pagamento do débito contido no citado Auto de Infração. Como, há evidência, não caberia o uso do crédito fiscal, ele está sendo glosado por esta fiscalização já que é devido a outro estabelecimento e não a este. Nada mais a acrescentar até mesmo pelo fato da autuada ter reconhecido a procedência desta parte da infração e providenciada a sua quitação.

O segundo fato, continua explicando o autuante, atine à infração 04 do mesmo Auto de Infração citado no parágrafo anterior e diz respeito a crédito glosado à época por ter sido lançado crédito fiscal com base em entradas de mercadorias sem a apresentação da correspondente nota fiscal. *“Assim, como já explicado no texto desta autuação, a autuada possivelmente entendeu que em razão de ter quitado aquela infração 04 poderia utilizar-se do crédito fiscal relativo àquela glosa. O equívoco é evidente, pois o que ela fez à época foi apenas regularizar a situação que correspondia a crédito lançado em sua escrita fiscal, mas ilegítimo, pois não suportado por documento fiscal. Portanto, o pagamento serviu apenas como uma substituição, um suporte às notas fiscais não apresentadas. O crédito lançado em setembro de 2006 pela autuada correspondente a este segundo fato desta infração só teria sentido caso houvesse a apresentação de todas as notas fiscais não apresentadas à época da lavratura do AI281076.0001/00-5, o que não ocorreu e, portanto, não procede o estorno de crédito efetuado. Alega por outro lado a autuada que o valor pago à época relativo a esta parte da infração - R\$138.066,35 - é superior ao que compõe o valor de R\$1.073.552,15 lançado no livro de apuração de ICMS, ou seja, segundo ela, o valor correto seria de R\$101.273,33. A diferença, então, de R\$36.793,02 não estaria relacionada a esta infração 04 do Auto de infração de nº 281076.0001/00-5. Se assim o é, porque o lançamento deste valor residual como crédito no livro de apuração de ICMS no período de setembro de 2006? Cabe a autuada demonstrar sua origem, já que o que havia explicado a esta fiscalização durante o período da auditoria fiscal foi de que este valor se referia a infração 04 do AI mencionado.”*

Assegura que o terceiro fato se deveu, segundo informações da própria autuada, a crédito fundamentado em pagamento da infração 05 do Auto de Infração nº 269194.0006/00-9 que concerne a imposto devido obtido segundo levantamento quantitativo de mercadorias em espécie pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e conseqüentemente não escrituração que autoriza a cobrança do ICMS, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas. Isto quer dizer que a autuada não

poderia ter se aproveitado do valor do ICMS pago no Auto de Infração, pois este pagamento serviu exclusivamente para regularizar a omissão de saídas que ocorreu anteriormente sem escrituração e, por via de consequência, sem o pagamento do imposto devido e que, os numerários obtidos daquela operação de saídas serviram para o pagamento das entradas (omitidas) aludidas também sem tributação. Tal e qual ocorreu no segundo fato desta infração, o crédito somente seria devido se a autuada apresentasse as notas fiscais pelas entradas omitidas o que não parece possível, pois as mesmas não devem existir.

Por fim, acrescenta que não há falta de clareza nas informações trazidas na descrição da infração, sendo importante repisar que não cabem alegações de cerceamento de defesa ou prejuízo ao contraditório, pois as informações quanto à origem do que compõe o lançamento a crédito dos R\$1.073.552,15 no livro de apuração de ICMS foram obtidas verbalmente da própria autuada. Caso esta tenha alguma dúvida ou contra argumentação a apresentar que o faça visto que o lançamento naquele livro fiscal foi efetuado por ela própria e, cabe a importante ressalva, de que o lançamento ocorreu sem qualquer detalhamento – ver folha 45 – e cabe, a seu ver, à autuada o ônus de demonstrar com precisão a origem e os valores envolvidos no lançamento, conforme preceitua o art-101, II e seu parágrafo segundo do RICMS-Ba. Entende importante perceber que, do contrário, não teria o fisco como exigir a glosa de um crédito fiscal lançado desde o que mesmo fosse genérico, pois se desconheceria suas origens e fontes.

Por fim, afirma que, quaisquer que sejam as explicações, caso haja, que traga a autuada quanto aos fundamentos de seu creditamento, se plausíveis e permitidos por nossa legislação serão acatados por esta fiscalização, caso contrário já estariam enquadrados corretamente, pois trataria de crédito indevido de ICMS.

Assim, pugna pela procedência total desta infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de 11 (onze) infrações, já devidamente relatadas, relativas a descumprimento de obrigações acessórias e principais do ICMS, entre as quais o sujeito passivo não se conforma com as exigências relativas às infrações 03, em sua integralidade e 11 parcialmente. As demais infrações, ou seja, as de número 01, 02 e 04 a 10, foram reconhecidas pelo autuado, cabendo a manutenção das mesmas tendo em vista, inclusive, terem sido devidamente fundamentadas e exigidas em consonância com o devido processo legal.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; a exigência na infração 11, como será melhor enfrentada no mérito, é de crédito indevido, resultante de lançamentos, demonstrado através dos livros (provas) que nem mesmo foram justificados pelo impugnante; foram atendidos todos as exigências constantes do art. 28 e 39 do RPAF, como o Termo de Encerramento que consta da primeira fl. do Auto de Infração; foi indicada a base de cálculo conforme consta dos demonstrativos relativos à infração; foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências. Verifico, assim, que a infração 11 não contém a imprecisão na descrição e a falta de certeza e mesmo da liquidez do valor indicado argüidos pelo autuado, fatos, conforme acima alinhado, que, além de estarem relatados à fl. 02 dos autos, serão melhor aclarados quando for apreciado o mérito da questão, momento em que se verificará que a parcela dos valores lançados a crédito, impugnados, não foram justificados ou documentalmente comprovados pelo autuado, cabendo ao mesmo comprovar a legitimidade de sua utilização e não autuante. Assim, não cabem as argüições e a aplicação das decisões desse CONSEF e dos tribunais, trazidas pelo autuado relativas à nulidade.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, inclusive, quanto as

índices aplicados na infração 03, esses foram devidamente esclarecidos pelo autuante, abordados com detalhes na análise do mérito, bem como não cabe a verificação de existência de saldos credores para cobrir os débitos, pois não há previsão legal para tal compensação, quanto aos descumprimento das aludidas obrigações e os respectivos créditos tributários ora exigidos.

A Infração 03 foi descrita como segue: *“Deixou de recolher o ICMS devido na importação de mercadorias com isenção do imposto sob o regime de Drawback na modalidade suspensão. Pela análise dos documentos apresentados pela empresa, foi constatado que a mesma exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso assumido no Ato Concessório.*

Foi confirmadamente apurado, na aludida infração, que, como observa a própria autuada, ocorreram transferências do produto Diuron para outro estabelecimento da empresa situado em outra unidade da federação, no caso, Rio de Janeiro, sofrendo novo processo de industrialização e passando a ter a denominação de Diuron Ground. Este novo produto é que foi exportado em território daquela unidade federativa, tendo como exportador, outro estabelecimento da mesma empresa, que não o sujeito passivo dessa relação jurídico tributária.

O art. 576, parágrafo único do RICMS-Ba, alinha com clareza a não aplicabilidade da isenção quando ocorrerem operações nas quais participem estabelecimentos localizados em unidades da Federação distintas, conforme se vê abaixo:

Art. 576. A isenção de que cuida o artigo anterior estende-se, também, às saídas e aos retornos dos produtos importados com destino a industrialização por conta e ordem do importador (Lei Complementar nº 4/69, Conv. ICM 52/89 e Convs. ICMS 36/89, 62/89, 79/89, 123/89, 9/90, 27/90, 77/91 e 94/94).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica a operações nas quais participem estabelecimentos localizados em unidades da Federação distintas.

Verifico que o §4 do mesmo art. 575 contempla a possibilidade de aplicação da legislação federal às operações com drawback, não obstante, conforme destaca o autuante “no que couber”, ou seja, naquilo que não se contraponha a legislação estadual do ICMS. No presente caso há uma disposição expressa, acima já mencionada, que não contempla o benefício na operação realizada pelo sujeito passivo.

O autuante demonstra, inclusive, que não acolheu, para efeito de satisfação do ato concessório, apenas as exportações – comprovadas através de DDES e REs – realizadas pelo estabelecimento localizado no estado do Rio de Janeiro, por não estarem abrangidas pelo benefício ora questionado. Considerou, todavia, as demais exportações vinculadas aos respectivos atos concessórios, levadas em consideração conforme as planilhas de cálculo acostadas a este PAF – folhas 25 a 36.

Quanto à alegação da autuada de que a suposta diferença entre os índices técnicos e o índice padrão indicado no ato concessório, não foi devidamente esclarecido pelo fiscal, bem como a forma de apuração desta diferença e a metodologia aplicada para o cálculo desta diferença, o que traz insegurança ao levantamento realizado, verifico caber razão aos argumentos trazidos pelo autuante, quando afirma que o índice técnico é o índice técnico real, ou seja, o que foi praticado no processo produtivo quando da saída do produto com destino à exportação. *“Estes diversos índices técnicos reais estão demonstrados desde a sua origem – a matéria prima ODCB – até o produto exportado – ora o DCPI, ora o DCA, ora o próprio Diuron, conforme se vê facilmente na planilha constante da folha 34, sendo que os dados nela inseridos foram fornecidos pela própria autuada; segundo porque a metodologia está clara e em ordem e com todos os elementos necessários a sua exata compreensão, senão vejamos: na folha 34 há a formação dos índices técnicos reais que são transportados para as planilhas constantes das folhas 26 a 33 e introduzidos na coluna “índice real” para se obter a quantidade de ODCB – matéria prima importada - real usado na produção dos produtos exportados. Esta quantidade (total) real de ODCB usado é comparada com a quantidade (chamada nas planilhas de “material a ser importado”) importada com o benefício do drawback. As diferenças obtidas (“ODCB importado não utilizado”) são transportadas para a planilha da folha 25 na coluna “mat prima não utilizada nas exportações(Kg)”, daí são valoradas e chega-se a diferença a recolher de Icms.”*

Não cabe, por conseguinte, a arguição de inexistir prejuízo ao erário do Estado, na medida em que houve descumprimento de obrigação principal, não cabendo, também, a aplicação, em substituição a presente exigência, de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Diante do exposto, considero a presente exigência totalmente procedente.

Quanto à infração 11, imputada sob a acusação de que o sujeito passivo efetuou o lançamento de crédito fiscal no livro registro de apuração de ICMS, em setembro de 2006, no valor de R\$ 1.073.552,15, no quadro “outros créditos, indicando à fl. 45 dos autos, conforme esclarece o autuante, esse valor creditado se refere a três fatos distintos, sendo os dois primeiros relacionados às infrações 03 (valor de R\$315.430,34) e 04 (R\$138.066,35) do Auto de infração de nº 281076.0001/00-5 e o terceiro à infração 05 do Auto de Infração nº 269194.0006/00-9, ambos quitados em 2006, e anexados aos autos, quitados com base na anistia concedida pelo Estado da Bahia. Frisa o autuante que todos esses fatos foram informados pela própria autuada durante o período de fiscalização na tentativa de compor o valor total de R\$1.073.552,15, cujo lançamento, como pode ser visto na folha 45 deste PAF, é genérico e não traz qualquer informação acerca de sua discriminação, fonte, origem.

O primeiro fato foi em razão de o autuado ter se creditado indevidamente em face de notas fiscais de entradas destinadas a contribuinte diverso no valor de R\$315.430,34. Este crédito decorreu da infração 03 do Auto de infração de nº 281076.0001/00-5 e o autuado reconhece essa parte da infração e providenciada a sua quitação.

O segundo fato é pertinente à infração 04 do mesmo Auto de Infração acima alinhado e se refere a crédito glosado por ter sido lançado com base em entradas de mercadorias sem a apresentação da correspondente nota fiscal.

Conforme foi explicado pelo autuante no próprio texto do presente Auto de Infração o sujeito passivo entendeu que em razão de ter quitado aquela infração 04 poderia utilizar-se do crédito fiscal relativo àquela exigência.

O sujeito passivo, ao quitar a aludida exigência, apenas satisfaz uma obrigação principal relativo ao crédito ilegitimamente lançado em sua escrita fiscal, uma vez que não amparada por documento fiscal. Assim, a satisfação da referida exigência serviu apenas para legitimar os créditos utilizados sem apresentação das respectivas notas fiscais. O crédito lançado em setembro de 2006 pela autuada correspondente a este segundo fato, razão pela qual foi exigida sob a imputação de utilização indevida de crédito fiscal.

Quanto à alegação de que o valor pago à época relativo a esta parte da infração - R\$ 138.066,35 - é superior ao que compõe o valor de R\$ 1.073.552,15 lançado no livro de apuração de ICMS, ou seja, segundo ela, o valor correto seria de R\$ 101.273,33. A diferença, então, de R\$ 36.793,02 não estaria relacionada a esta infração 04 do Auto de infração de nº 281076.0001/00-5. Quanto a este ponto da lide, cabe acolher, também, as razões trazidas pelo autuante, pois conforme ele mesmo alinha, *“se assim o é, porque o lançamento deste valor residual como crédito no livro de apuração de ICMS no período de setembro de 2006? Cabe a autuada demonstrar sua origem, já que o que havia explicado a esta fiscalização durante o período da auditoria fiscal foi de que este valor se referia a infração 04 do AI mencionado.”*. Assim, concluo que tendo em vista que a exigência é de utilização de crédito indevido, e o autuado não trouxe aos autos os elementos de direito ou de fato que justifiquem a utilização da aludida parcela, cabe a sua manutenção na exigência.

A terceira questão se refere ao crédito fundamentado em pagamento da infração 05 do Auto de Infração nº 269194.0006/00-9, relativa ao imposto devido, segundo levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente não escrituração que autoriza a cobrança do ICMS, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas.

No presente caso, assim com os demais, não caberia ao autuado utilizar como crédito os valores relativos ao pagamento da mencionada infração 05, pois ao efetuar o pagamento dos valores nela reclamados, satisfaz a exigência de uma de uma obrigação principal não cumprida que foi a saída de mercadorias sem a devida tributação. A utilização como crédito dos valores pagos,

simplesmente anularia os pagamentos efetuados relativa à respectiva obrigação, alvo da infração 05. Assim, fica mantida a aludida exigência.

Cabe manter integralmente as afirmações do autuante quando aduz que *“não cabem alegações de cerceamento de defesa ou prejuízo ao contraditório, pois as informações quanto a origem do que compõe o lançamento a crédito dos R\$1.073.552,15 no livro de apuração de ICMS foram obtidas verbalmente da própria autuada. Caso esta tenha alguma dúvida ou contra argumentação a apresentar que o faça visto que o lançamento naquele livro fiscal foi efetuado por ela própria e, cabe a importante ressalva, de que o lançamento ocorreu sem qualquer detalhamento – ver folha 45 – e cabe, a meu ver, à autuada o ônus de demonstrar com precisão a origem e os valores envolvidos no lançamento, conforme preceitua o art-101, II e seu parágrafo segundo do RICMS-Ba.”*

Diante do exposto, tendo evidenciado que constam para todos os itens acima abordados perfeitamente definidos os fatos geradores, a base de cálculo negadas pelo autuado, voto pela manutenção integral da infração 11.

Quanto à arguições, trazidas pelo impugnante, expurgando os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatória, o mesmo não traz aos autos qualquer elemento de direito ou mesmo de fato que afaste a aplicação das multas e dos acréscimos moratórios.

Note-se que a legislação em momento algum fala em cobrança de juros, e sim, de acréscimos moratórios diante do inadimplemento da obrigação tributária, vez que o conceito de juros refere-se a juros de mora que é uma taxa percentual sobre o atraso do pagamento de um título de crédito em um determinado período de tempo, e representam a pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento de sua obrigação.

Os juros de mora funcionam como uma espécie de indenização pelo retardamento na execução do débito, e podem ser convencionados entre as partes ou, na ausência de convenção, aplicados aqueles determinados pela lei. São acréscimos permitidos em lei ao credor de uma dívida, sendo um mecanismo legal para evitar o calote dos que estão devendo. Em suma, com sua cobrança, busca-se mera atualização de valor.

Já a multa possui a natureza de pena, pelo cometimento de ato ou prática de conduta definida em norma legal como ilícita, no caso, sob o aspecto tributário. Como visto, se afiguram como institutos distintos, não podendo ser confundidas, e, por consequência passíveis de aplicação cumulativa.

Diante do exposto, voto na Procedência do Auto de Infração, cabendo homologação quanto aos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0043/11-7**, lavrado contra **DU PONT DO BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.985.470,59**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.768.940,02 e 70% sobre R\$216.530,57, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “f”, VII, “a”, e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR