

A. I. Nº - 206892.1220/11-1
AUTUADO - PUJANTE TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - MAURÍCIO JOSÉ COSTA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 23.05.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-05/12

EMENTA: ICMS. **1.** CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS INTERNAS NÃO TRIBUTADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração comprovada; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS, SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Não comprovada a devida escrituração. Exigência subsistente. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação fiscal. Item subsistente em parte, após exclusão de operação em duplicidade. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Item reconhecido. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2011, exige o valor de R\$ 201.946,28, conforme documentos às fls. 12 a 308, inerentes aos exercícios de 2009 e 2010, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS devido, no valor de R\$ 97.865,93, referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios, por não ter efetuado o estorno do crédito fiscal proporcional as saídas internas e pela utilização de outros créditos indevidamente, conforme valor apurado após refazimento da conta corrente.
- 2 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, resultando na exigência da multa de R\$ 13.851,13, correspondente a 1% do valor comercial da operação.
- 3 Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 87.716,80, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.
- 4 Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 2.512,42, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

O autuado, às fls. 316 a 349, apresenta defesa tempestiva, na qual aduz, em relação à primeira infração, como dispositivo legal infringido o art. 124, I, do RICMS/BA, o que vale dizer não ter havido o recolhimento do ICMS na data devida. Assim, não se lê no lançamento fiscal: nenhum dispositivo que mostre quais os créditos indevidamente apurados; nenhuma nota fiscal tida por inidônea ou nenhum dispositivo legal que demonstre a necessidade de estornar, proporcionalmente, os créditos, supostamente, lançados indevidamente. Diz que, da forma em que foi lançado o *item 1*, basta ao contribuinte comprovar que, nos termos do inciso I, do art. 124, do RICMS/BA, declarou o tributo e pagou na data devida. Assim, defende tal fato gera total insegurança na determinação da infração capaz de gerar a nulidade da presente autuação. Cita julgado do tribunal administrativo de Goiás.

Diz que o que se deduz, apesar de o autuante não ter sido claro, é que o autuado não efetuou o estorno do crédito fiscal proporcional referente às saídas internas, do que passa a explicitar mecanismo contábil de débito e crédito do ICMS, em respeito ao princípio da não-cumulatividade.

Afirma que não há disposição constitucional que determine o estorno do crédito escritural de entrada no caso de redução da base de cálculo do imposto, a qual não é a mesma coisa que isenção e não-incidência. Assevera que o artigo 100, inciso II, do RICMS/BA, o qual estabelece o estorno do crédito fiscal quando a prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, extrapolou a autorização legal e constitucional. Sustenta que a alíquota reduzida não se confunde com isenção, justapondo-se que esta, por si, não implica redução do ICMS. Invoca a Súmula 575/STF, a qual servindo à hipótese da isenção, não contempla a “redução” de alíquota, descabendo ampliar sua incidência sobre fato não albergado. Logo, a anulação do crédito relativo à operação anterior não se lhe aplica. Cita doutrina.

Quanto à segunda infração, a qual exige multa por constatar entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, alega que tais produtos, ainda lançados fossem, não geram créditos escriturais de ICMS, o que torna a ausência de seu registro fato sem qualquer influência à apuração do tributo estadual. Sustenta que até janeiro de 2020, quando a Lei Complementar nº 87/96 prevê o aproveitamento do crédito do ICMS de bens de uso e consumo, não é necessário o registro das referidas notas fiscais, para fins de apuração do ICMS. Logo, não houve prejuízo ao fisco, o que fere a razoabilidade se penalizar a autuada, visto que a inobservância da obrigação acessória não importou em falta de recolhimento do imposto devido. Cita decisões administrativas. Assim, pugna pela nulidade da infração.

Inerente à terceira infração, a qual exige o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (caminhões), alega o defendente que o débito lançado é inexistente por não existir circulação jurídica da mercadoria a autorizar a incidência do ICMS sobre a aquisição dos bens. Diz que esse fato é incontroverso, assim como também o é a aquisição de tais bens ter ocorrido mediante alienação fiduciária. Cita decisão do STJ.

Sustenta que, para que a saída do bem do estabelecimento seja, de fato, o aspecto temporal da regra matriz, é necessário que tal saída se dê em razão de uma venda, caracterizada pela circulação jurídica do bem, ou seja, com mudança de titularidade. Ressalta, ainda, que o tributo já foi recolhido na fonte, inclusive relativo à diferença de alíquotas, logo, nada mais há para recolher, não podendo assumir a condição de responsável pelo tributo (Convênio ICMS 132/92). Requer a anulação da infração.

Em seguida, diz ser a multa aplicada de 60% inconstitucional, por ser confiscatória, desproporcional e contrária frontalmente à jurisprudência do STF, devendo ser anulada.

Por fim, requer a procedência da defesa para declarar a nulidade de lançamento de tributo e da multa fiscal.

O autuante, ao realizar a informação fiscal, à fl. 452 dos autos, salienta que a peça de defesa não traz qualquer elemento capaz de elidir a pretensão fiscal. Assim, por tratar apenas de questões de direito e suprimir qualquer tratativa a respeito da matéria fática, mantém o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 201.946,28, relativo a quatro irregularidades, sendo a três primeiras impugnadas.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa, sendo impertinente a arguição de nulidade.

Saliente-se que as multas aplicadas de 60% são as previstas em lei para as irregularidades apuradas no lançamento de ofício, não cabendo a este órgão julgador a análise da inconstitucionalidade das mesmas, conforme previsto no art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, quanto à primeira infração, na qual se exige o ICMS, no valor de R\$ 97.865,93, *referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios, por não ter efetuado o estorno do crédito fiscal proporcional as saídas internas e pela utilização de outros créditos indevidamente, conforme valor apurado após refazimento da conta corrente*, verifico que os documentos, às fls. 12 a 46 e 99 a 102 dos autos, demonstram, analiticamente, o método aplicado para a apuração dos valores exigidos.

Assim, partindo do crédito fiscal proporcional ao percentual das prestações de serviços tributadas, se apurou o valor do estorno de crédito que deveria ter sido feito, consoante planilhas às fls. 12 e 13, para, posteriormente, refazer a conta corrente fiscal do estabelecimento, considerando os efetivos créditos e débitos, devidamente comprovados, conforme planilhas às fls. 44 a 46, para o exercício de 2009, e de fls. 99 a 101, para o exercício de 2010, detectando nos meses de março, abril, maio, agosto e dezembro de 2010, a existência de saldo devedor nos respectivos valores de: R\$ 65.892,56; R\$ 19.403,86; R\$ 4.462,27; R\$ 4.311,26 e R\$ 3.795,98, cujos demonstrativos foram entregues ao autuado, conforme recibo às fls. 309 dos autos e nos próprios documentos, cujos números apurados não foram contestados pelo autuado, o qual se limitou, em sua peça de defesa, apenas a tentar desqualificar a acusação fiscal sob a alegação de que *no lançamento fiscal não há dispositivo que mostre quais os créditos indevidamente apurados; nenhuma nota fiscal tida por inidônea ou nenhum dispositivo legal que demonstre a necessidade de estornar, proporcionalmente, os créditos, supostamente, lançados indevidamente*.

Deve-se salientar que não se trata de uma operação específica de entrada, mas, sim, de todas as operações realizadas no período, as quais têm que apropriar o crédito fiscal proporcional às prestações de serviços tributadas, através do estorno de crédito, cuja análise resultou no recolhimento a menos do tributo nos meses apontados, após refazimento da conta corrente fiscal, com a devida consideração dos créditos e dos débitos. Logo, inexistente insegurança na determinação da infração, como alega o autuado.

Assim, por se tratarem as operações internas de prestação de serviços como não tributadas, a aplicação proporcional do crédito fiscal às saídas tributadas decorre em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, cuja balança entre o crédito e o débito deve prevalecer, cabendo ao sujeito passivo, nos termos previstos no art. 30, I, da Lei nº 7.014/96, efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço. Exigência subsistente.

Inerente à segunda infração, relativa à exigência da multa de R\$ 13.851,13, correspondente a 1% do valor comercial da operação, por ter o contribuinte dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, por se tratar de descumprimento de obrigação tributária acessória, com previsão legal específica, torna-se impertinente a alegação defensiva de que a infração não influencia a apuração do tributo estadual e que não houve prejuízo ao fisco. Deve-se ressaltar que, se ficar provado que o sujeito passivo utilizou como pagamento das mercadorias receitas tributadas também não contabilizadas, tal irregularidade, por presunção legal, enseja exigência do imposto. Logo, por restar constatada a infração de caráter formal, cabe a penalidade correspondente à irregularidade, prevista no art. 42, XI, da Lei 7.014/96. Item subsistente.

Quanto à terceira infração, relativa à exigência de diferença de alíquotas, no valor de R\$ 87.716,80, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo, aduz o defendente que o débito lançado é inexistente por não existir circulação jurídica dos bens (caminhões), adquiridos mediante alienação fiduciária, como também por ter sido o tributo recolhido na fonte, consoante Convênio ICMS 132/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos

automotores, atribuindo ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, inclusive quando o bem for destinado ao ativo imobilizado.

Vislumbro antagônicas as teses defensivas apresentadas pelo sujeito passivo, visto que defende, inicialmente, não existir o fato gerador e, posteriormente, já admite a ocorrência do fato gerador do imposto, cujo tributo diz ter sido recolhido pelo remetente dos bens, nos termos previstos no Convênio ICMS 132/92, que diz tratar-se de aquisição de caminhões.

Preliminarmente, há de se ressaltar que, conforme documentos às fls. 241 a 255 dos autos, verifica-se que não se trata de caminhões, como alega o autuado, mas, sim, de vendas de “SEMI REBOQUE TANQUE”, com três eixos, com capacidade de 45.000 litros, produzidos pela “Kronorte S/A Implementos Rodoviários” (NF-e 15, 16, 133, 134, 190 e 191); de “SR/METALESP MAXITANK 3E”, produzidos pela Metalúrgica de Projetos Especiais Rio Branco Ltda (NF-e 392, 393, 2025 e 2026); e de “SEMI REBOQUE FURGÃO”, com dois eixos, produzidos pela “FACCHINI S/A” (NF-e 22416 e 24042).

Em seguida, quanto à primeira linha argumentativa, o fato da operação ter ocorrido com reserva de domínio, não exime o contribuinte de recolher o imposto, ora exigido, visto que, nos termos do art. 2º, IV, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96, o ICMS incide sobre a entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria ou bem for destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente, sendo irrelevantes para a caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação ou o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular. Cabe à autoridade julgadora cumprir a legislação baiana, até o momento em que haja propositura do Secretario da Fazenda de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.

Inerente à segunda argumentação, por não se tratar de “caminhões”, como alega o defendente, não cabe invocar o Convênio ICMS 132/92, o qual trata sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores. Em consequência, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais não pode ser atribuída ao estabelecimento industrial fabricante, como prevê aquele diploma legal, pois não se trata de veículos automotores, mas, sim, de implementos (semi reboque tanque), construídos por outros contribuintes.

Por outro lado, da análise das referidas notas fiscais, através da chave de acesso nelas consignadas, verifica-se que todas, com exceção da de nº 22416, possuem o destaque do ICMS normal da operação. No tocante à Nota Fiscal nº 22416, observa-se que se trata da mesma operação relativa à Nota Fiscal nº 24042, conforme observação de “entrega futura” referente aquela.

Assim, diante de tais considerações, é devida a exigência da diferença entre as alíquotas.

Contudo, a terceira infração subsiste em parte, no valor de R\$ 80.416,80, após exclusão do valor de R\$ 7.300,00, relativo à Nota Fiscal de nº 22416 (fl. 254), por se tratar da mesma operação relativa à Nota Fiscal de nº 24042, consoante documentos às fls. 254 e 255 dos autos.

Ainda há de ressaltar que as datas de ocorrência de 30/09/2010; 31/10/2010; 30/11/2010 e 31/12/2010, consignadas na infração 3 do Auto de Infração, na verdade devem ser 30/09/2009; 31/10/2009; 30/11/2009 e 30/04/2010, consoantes documentos às fls. 241 a 255 dos autos, conforme a seguir:

INFRAÇÃO 3			
DATA		Base de Cálculo	ICMS Exigido
Ocorrência	Vencimento	(R\$)	(R\$)
30/09/09	09/10/09	160.000,00	8.000,00
31/10/09	09/11/09	331.068,00	16.553,40
30/11/09	09/12/09	331.068,00	16.553,40
31/03/10	09/04/10	320.100,00	32.010,00
30/04/10	09/05/11	73.000,00	7.300,00
Total (R\$)			80.416,80

Por fim, como a quarta infração não foi impugnada, a considero subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 194.646,28, após redução do valor exigido na terceira infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206892.1220/11-1**, lavrado contra **PUJANTE TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$180.795,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$13.851,13**, prevista no inciso XI, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA