

A. I. Nº - 232875.0103/12-4
AUTUADO - PUJANTE TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET 10.09.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0250-05/12

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) UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS INIDÔNEOS. Infração comprovada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infração comprovada. Rejeitada preliminar de nulidade, consistente na inaplicabilidade do RICMS BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2012, exige o valor de R\$ 274.327,08, relativamente as irregularidades à legislação do ICMS, conforme narradas a seguir, nos exercícios de 2007 e 2008.

- 1 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. Consta que se tratam de notas fiscais emitidas no Estado de Alagoas e destinadas à filial daquele Estado, no período de outubro/dezembro 2007 e março 2008, valor de R\$ 7.666,44 e multa de 100%
- 2 Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros próprios, em função do refazimento da conta corrente que apresentava saldos credores sucessivos na apuração do imposto sem considerar a proporcionalidade correspondente às operações internas. Período maio 2007/dezembro 2008, valor R\$ 253.526,64 com multa de 50%.
- 3 Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 13.134,00, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, em setembro e dezembro 07 e multa 60%.

O autuado, às fls. 234 a 245, através de seu advogado com Procuração, fl.246, apresenta defesa tempestiva, anuindo, antes, pela nulidade do Auto de infração pela falta de correlação entre a conduta descrita e a capitulação legal (pela inexistência à época de sua lavratura), valendo dizer a motivação do próprio lançamento fiscal. Enfatiza que só existe penalidade no âmbito tributário se, previamente, houver uma conduta abstratamente prevista na norma legal (art. 96, CTN), na qual o contribuinte adeque o seu agir.

Explica que todas as infrações foram consideradas contrárias ao que dispõe o Decreto nº 6.284/97. Ocorre que a ciência do lançamento pelo contribuinte ocorreu no dia 17 de abril de 2012, quando já vigia o Decreto nº 13.780/12 como regulamento de ICMS, no Estado da Bahia e o atual decreto revogou expressamente o Decreto nº 6.284/97, conforme consta do seu art. 494. Confere que o Decreto nº 13.780/12 entrou em vigor em 01.04.2012, já vigia a nova norma quando da lavratura do auto de infração, concluindo que o mesmo foi lavrado com base em norma inexistente.

Assevera que a norma utilizada pelo autuante não mais existia e nem existia à época da assinatura do auto de infração, momento no qual, deve ser lembrado, nasce o lançamento fiscal e se inicia o processo administrativo fiscal. Diz que se trata de direito fundamental ao devido processo legal e a acusação deve ser certa e precisa para que o contribuinte ou o cidadão, sem precisar especular sobre o que lhe imputa, possa amplamente se defender.

Entende que da forma como foi tratada a infração não é possível a defesa, pois carece de certeza.

Diz ainda que a multa aplicada é confiscatória e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade de multa assim, conforme ADI 551, cujo excerto descreve. Aduz que tal poder de tributar tem limitação no art. 150, IV, CF 88, e o enunciado jurisprudencial se encaixa como luva, no caso ora posto.

Sublinha a observação do Ministro Marco Aurélio em seu voto na mencionada ADIN ao afirmar que “*as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal.*”, concluindo ainda que se julgue procedente o lançamento fiscal a multa cominada deve ser extirpada, por ser desproporcional.

Pede julgamento procedente da presente defesa.

O autuante, ao realizar a informação fiscal, à fl. 260 dos autos, salienta que a irresignação do autuado não encontra respaldo na legislação vigente, uma vez que as infrações lançadas pelo AI referem-se a fatos geradores ocorridos durante a vigência do Decreto nº 6.284/97 e, adequado é o enquadramento legal. Requer a manutenção integral do auto de infração considerando que todas as informações necessárias à formação de juízo estão presentes nos autos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 274.327,08, relativo às quatro irregularidades narradas na inicial dos autos.

O autuado anui pela nulidade do Auto de infração sob o argumento da falta de correlação entre a conduta descrita e a capitulação legal; da falta de motivação e pela existência de penalidade no âmbito tributário somente em havendo uma conduta abstratamente prevista na norma legal (art. 96, CTN). Discute que, no caso, as infrações foram consideradas contrárias ao Decreto nº 6.284/97, já revogado, na data da ciência ao lançamento de ofício, 17 de abril de 2012, quando vigia o Decreto nº 13.780/12 como regulamento de ICMS, no Estado da Bahia, concluindo que houve lavratura com base em norma inexistente e ofensa à ampla defesa.

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, da forma que melhor lhe aprouve e, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, impertinente a desconsideração formal dos autos.

O sujeito passivo, na realidade, sequer abordou de *per si* as infrações que lhe estão sendo dirigidas, optando por sua própria estratégia de defesa, pela discussão sobre a vigência das normas, tendo em vista a revogação do Decreto 6.284/97 pela vigência do novo regulamento do ICMS do Estado da Bahia, dado pelo Decreto nº 13.780, 16 de março de 2012, publicado no Diário Oficial de 17 e 18/03/2012, com vigor em 1º de abril de 2012.

Não tem razão o sujeito passivo. O sistema tributário nacional é o resultado de um plexo normativo formado pela Constituição Magna, pelas Constituições Estaduais, Leis Complementares e Leis ordinárias de cada pessoa política (art. 1º, CTN) referindo-se às normas que em sua elaboração atenderam a um determinado rito e em obediência aos limites formais e materiais que balizam o processo legislativo. A base desse conjunto, portanto, é o processo legislativo.

A expressão tratada no art. 96, CTN, “legislação tributária”, conforme provação do próprio autuado, significa lei em sentido amplo, abrangendo, além daquelas acima citadas, os tratados, as convenções, os decretos e demais normas complementares, que versem sobre tributos e as relações jurídicas a eles pertinentes, devendo guardar compatibilidade com todo o sistema. A criação, alteração ou mesmo a extinção de relação jurídica no âmbito tributário, devem guardar, portanto, plena conformidade com a lei, no seu sentido restrito. Nesse sentido, o Regulamento de ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que vigeu até 31 de março de 2012 ou o novo Regulamento, dado pelo Decreto nº 13.780/12, que entrou em vigor em 1º de abril de 2012, em

nenhum momento acomodariam acusação fiscal em desconformidade com direito fundamental do contribuinte, ou acusação incerta, sobretudo, porque as infrações versadas no auto de infração, em exame, estão esculpidas na Lei 7.014/96.

Portanto, descabida a alegação defensiva de que a autuação se deu com base em norma inexistente, posto que os fatos geradores narrados ocorridos nos exercícios 2007 e 2008 deveriam fazer referência clara, como agiu a fiscalização, ao Regulamento de ICMS em vigor, na data de suas ocorrências, em perfeita harmonia com o disposto no art. 105, CTN, ao versar que a aplicação da legislação tributária aplica-se de plano, em relação aos fatos geradores futuros, compreendidos estes como sendo os surgidos a partir da vigência da norma e ainda no tocante aqueles fatos geradores que, apesar de já existentes ou iniciados, não se consumaram. Não se podendo, por óbvio, no caso concreto, fazer referencias às exigências tributárias enquadradas em um Decreto que não vigorava, na data da ocorrência dos fatos geradores, nem mesmo na lavratura do auto de infração, como reclama, sem êxito, o autuado.

Por fim, cabe ressaltar que os decretos guardam em relação às leis, posição de derivação, limita-se a refletir exclusivamente o conteúdo destas, propiciando condições adequadas ao pleno cumprimento da lei, seja consolidando texto, estabelecendo regras ou fixando prazos. Assim, é que reza o RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), em seu art. 19, que “*a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”.

Devo salientar que as multas aplicadas de 100%, 50% e 60%, respectivamente, para as infrações descritas nos presentes autos, são as previstas em lei para as irregularidades apuradas no lançamento de ofício, não cabendo a este órgão julgador a análise da constitucionalidade das mesmas, conforme previsto no art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, a primeira infração trata da utilização indevida de crédito fiscal considerado inidôneo. Diz a autuação que as notas fiscais foram emitidas no Estado de Alagoas e para filial daquele Estado.

Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, fls. 08/11, destacando os documentos fiscais relativos à aquisição de óleo diesel que não estavam destinados ao estabelecimento autuado, mas à sua filial, situada no Estado de Alagoas. As cópias das respectivas Notas Fiscais n°s 044233, 047999, 049738, 061675, fls. 13/15, foram acostadas aos autos e registradas no livro de entrada com o aproveitamento dos créditos fiscais, fls. 95/105.

Caracterizada a infração à legislação do ICMS do Estado da Bahia e procedente a exigência de R\$ 7.666,44, descrita na infração 1.

Na infração 2, a exigência é ICMS não recolhido, no prazo regulamentar, referente às operações escrituradas nos livros próprios, em função do refazimento da conta corrente que apresentava saldos credores sucessivos na apuração do imposto sem considerar a proporcionalidade correspondente às operações internas, no valor de R\$ 253.526,64,

Constatou que os documentos, às fls. 16 a 19 (em relação ao exercício 2007) e 20 a 23 (em relação ao exercício de 2008) dos autos, demonstram, analiticamente, o método aplicado para a apuração dos valores exigidos.

O Auditor Fiscal apurou em cada exercício o total das Prestações de Serviços de Transporte operacionalizado pelo contribuinte autuado, segregou as operações internas e interestaduais, colhendo os percentuais mês a mês das operações tributadas, a teor da Lei nº 8.534/02, efeitos a partir de 01/01/03, determinando a dispensa do pagamento do ICMS incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga (art. 1º. § 7º, RICMS BA). Identificou o crédito proporcional que o contribuinte tem direito e, em confronto com o crédito lançado em sua escrita fiscal, apurou o valor de crédito fiscal indevido a ser estornado (fls.24/25). Tais valores alimentaram a Auditoria da Conta Corrente de ICMS do contribuinte para, posteriormente, refazê-la, considerando os efetivos créditos e débitos, devidamente comprovados, conforme as planilhas

às fls. 16 a 25, detectando a existência dos saldos devedores, conforme constante na inicial dos autos e cujos demonstrativos foram entregues ao autuado, conforme recibo firmado nos próprios documentos.

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, inexiste carência de certeza na exigência da infração, como alega o autuado.

Assim, por se tratarem às 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.

A terceira infração trata de falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota, nas aquisições para o ativo imobilizado, no valor de R\$ 13.134,00.

Apesar do autuado novamente não fazer qualquer consideração, verifico presentes nos autos cópias das Notas Fiscais nºs 20057 e 1451 (fls. 27 e 28), referente à aquisição de um caminhão trator da Marca IVECO modelo STRALIS e motor DIESEL, além de um KIT P, conforme demonstrativo de débito, fl. 26.

Com relação ao ICMS diferencial de alíquota, assim estabelece o Decreto nº 6.284/97:

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;

Observo que não há de se cogitar do recolhimento pelo remetente dos bens, nos termos previstos no 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. Ocorre que o bem adquirido tem NCM 8701.2000, não constante no anexo II do referido Convênio.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$ 274.327,08.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232875.0103/12-4**, lavrado contra **PUJANTE TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$274.327,08**, acrescido da multa de 100% sobre o valor de R\$7.666,44, 50% sobre o valor de R\$253.526,64 e 60% sobre o valor de R\$13.134,00, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “f” e IV, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR