

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0905/12-0
RECORRENTE - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0205-02/14
ORIGEM - INFRAZ/TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 10/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0028-11/15

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM BRITA. Aplicação de redução de base de cálculo. A legislação prevê tal redução, apenas nas operações internas. O defendant não trouxe aos autos provas capazes de albergar as suas pretensões. Pedido de diligência fiscal indeferido em razão de serem irrelevantes os fatos que o Recorrente pretende que sejam comprovados. Não acolhido o pedido de redução da multa aplicada. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração de número em epígrafe, o qual se refere à cobrança de crédito tributário no valor de R\$404.822,43, bem como multas percentuais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória, sendo objeto do Recurso apenas a infração 3:

Infração 03. 03.02.06 Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, no valor de R\$ 275.942,68, além de multa de 60%, para ocorrências nos meses de janeiro a março, maio, junho, setembro a novembro de 2011.

Em primeira instância, os Ilustres Julgadores da 2ª JJF, rejeitaram o pedido de diligência em razão do seguinte:

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado na peça defensiva, nego o mesmo, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo do RPAF/99 acima mencionado.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento de tais requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da Decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que não vem a ser o caso ora examinado.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Registro que o entendimento jurisprudencial encontra-se pacificado no sentido de que o pedido de tal natureza, ao ser negado, não se constitui em cerceamento de defesa, sendo farta a relação de julgados a respeito.

Além do mais, o pedido foi feito de forma genérica, descumprindo o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual dispõe que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que não aconteceu no presente caso.

No mérito, a infração 03 foi julgada procedente em razão do seguinte:

Quanto a infração 03, diz respeito a recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Tal constatação deveu-se ao fato de que o autuado aplicou redução de base de cálculo para operações interestaduais, embora argumente que, ainda que as empresas situem-se em outros Estados, os fornecimentos ocorreram neste Estado da Bahia, na forma do Demonstrativo de fls. 841 e 842, e documentos de fls. 843 a 875.

A respeito de tal matéria, convém mencionar o fato do artigo 82, inciso II, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, prever a redução em 33,33% na base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de pedra britada e de mão.

O autuado sustenta que utilizou a redução de base de cálculo de acordo com tal artigo, e que as mercadorias foram empregadas em obras realizadas no Estado da Bahia e que as notas fiscais foram emitidas em nome de empresas localizadas em outros Estados apenas para fins de pagamento do valor devido.

A questão é que, redução da base de cálculo é tipo de benefício fiscal, e assim sendo, a legislação aplicável deve ser interpretada de forma literal, nos termos contidos no artigo 111 do Código Tributário Nacional (CTN), cuja aplicação é plenamente factível, diante do fato de que a norma regulamentar do Estado da Bahia prevê benefício fiscal de redução de base de cálculo para o produto "pedra britada e de mão". Assim reza tal dispositivo:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II - outorga de isenção;
- III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias

Diante de tal redação, importante mencionar o fato de que é pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores do país, no sentido de que a interpretação de tal artigo deve ser restritiva, à vista da farta coletânea de decisões existentes, como aquela do STJ no AgRg no REsp 1093720 RJ 2008/0197083-8, Relator Ministro Humberto Martins, em julgamento realizado em 14/04/2009, publicação no DJe 04/05/2009, no qual o ilustre relator literalmente posiciona-se: "As isenções, diante da inteligência do art. 111, inciso II, do CTN, devem ser interpretadas literalmente, ou seja, restritivamente, pois sempre implicam renúncia de receita", o qual se coaduna com o entendimento do STF de que a redução de base de cálculo equivale a isenção parcial, como no exemplo da Decisão do Ministro Joaquim Barbosa, no processo RE 445065 MG, com julgamento em 16/03/2010, publicação no DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01573, no qual, reza a Ementa que:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. EQUIVALÊNCIA. VEDAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

Esta Corte considera análogas as figuras da redução da base de cálculo e da isenção parcial, de modo a atrair a vedação do direito ao crédito de ICMS, se não houver lei específica concessora do benefício fiscal. Agravo regimental a que se nega provimento".

Conveniente lembrar o ensinamento de Bernardo Ribeiro de Moraes (*Compêndio de Direito Tributário*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 451): "O intérprete deve proceder apenas à exegese da lei, sem procurar completá-la ou corrigi-la. Não é ele legislador". Por tal motivo, a interpretação deve ser restrita.

Assim, para o deslinda da matéria, necessário se torna saber se as operações relacionadas na infração em comento são, ou não internas.

O RICMS-BA/97, no § 8º do artigo 2º, assim definia operação interna e interestadual:

"§ 8º Entende-se por operação ou prestação:

- I - interna aquela em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados na mesma unidade da Federação;
- II - interestadual aquela em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados em unidades da Federação diferentes".

Analizando as notas fiscais relacionadas na infração, verifico que tanto remetente, como os destinatários das mercadorias estão em unidades da Federação diferentes. Não há outra forma de considerar tais operações,

senão como interestaduais. A natureza interestadual das operações fica clara quando se observa que, nas notas fiscais emitidas, o próprio autuado utilizou a alíquota interestadual ao calcular o imposto.

A alegação defensiva de que os produtos foram utilizados no Estado da Bahia ou que as notas fiscais foram emitidas em nome de empresas localizadas em outro Estado apenas para fins de pagamento ou faturamento, não podem ser acolhidas. Do mesmo modo, o fato de as operações de saídas terem sido realizadas conforme contrato de fornecimento de mercadorias também não possui o condão de modificar a natureza de operação interestadual.

Desta maneira, diante de tais argumentos, restou caracterizado que as operações discriminadas na infração 03 são interestaduais, não sendo, pois, cabível a redução de base de cálculo prevista no inciso III do artigo 82 do RICMS/97.

No caso, as operações deveriam ser tributadas sem a redução prevista na legislação, vez caracterizada que as mesmas se apresentam como interestaduais, hipótese em que não há que se falar em base de cálculo reduzida.

Menciono, por pertinência, trecho do Acórdão CJF 0178-11/13, exarado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no qual, este órgão manteve a autuação contra o autuado, em matéria da mesma natureza, oportunidade na qual, o Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes assim se manifestou, ao analisar a mesma questão, quando do julgamento do Auto de Infração nº. 017903.0701/11-3, o qual o autuado trouxe à baila, a título de 'prova emprestada':

"(...) Os demonstrativos da infração 1 estão às fls. 06 a 09, dos quais constam inúmeros destinatários, como '11º BATALHÃO DE ENGENHARIA DE CONSTRUÇÃO', 'LINHARENSE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.', 'LAERTE RIBEIRO', 'UNIÃO FABRICAÇÃO E MONTAGEM LTDA.', 'REIS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.' etc.

Todavia, para consubstanciar a sua argumentação de que todas as vendas autuadas foram internas, o recorrente limitou-se a juntar um contrato para fornecimento de insumos em Caravelas - BA, firmado com o '11º BATALHÃO DE ENGENHARIA DE CONSTRUÇÃO' do Exército Brasileiro (fls. 131 a 137), além de documentos outros da 'UNIÃO FABRICAÇÃO E MONTAGEM LTDA.' (fls. 138/139), que não estabelecem vínculos com as indigitadas operações, sejam aquelas efetuadas com as precipitadas instituições, sejam as demais.

Concordo com o Parecer da Procuradoria, no sentido de que operação interestadual é aquela na qual o destinatário está em outra unidade federativa.

Ademais, conforme dito nas linhas acima, o recorrente não trouxe aos autos provas capazes de albergar as suas pretensões. Aliás, não excede repetir que o mesmo calculou o imposto com base em alíquotas interestaduais, e ainda assim aplicou a redução de base de cálculo, prevista exclusivamente para as operações internas.

As informações contidas nas Notas Fiscais nos 17.302 e 17.303 (fls. 189/190) não comprovam a entrega no Município de Alcobaça, Bahia. Não há carimbos de postos fiscais nem assinaturas de prepostos do destinatário. Constatou a presença de uma informação com os dados do próprio sujeito passivo (remetente) nos campos existentes para que o recebedor ateste a efetiva aquisição.

Por isso, não merece correção a Decisão 'a quo'".

Posso, de igual forma, mencionar Decisão no mesmo sentido, contida no Acórdão CJF 0136-11/07, também da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Diante do fato de que, comprovadamente, o sujeito passivo reduziu de forma indevida a base de cálculo das operações relacionadas na autuação, a Infração é subsistente em sua totalidade.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário para questionar a Decisão no que se refere à infração 3.

Destaca que apesar das mercadorias terem sido vendidas ao Exército Brasileiro com sede no Estado de Minas Gerais, com a emissão de notas fiscais para o endereço no Estado de ' não obstante, conforme notas fiscais, contrato administrativo e notas de empenhos, efetivamente as mercadorias foram entregues e usadas no Estado da Bahia, notadamente no Município de Caravelas/BA, na construção, reforma e ampliação da BR 418. Defende que apesar das notas fiscais emitidas indicarem operações interestaduais, as operações foram internas, ou seja, dentro do Estado da Bahia.

Argumenta que entender que a redução da base de cálculo é tipo de benefício fiscal e, com efeito, aplicação da legislação deve ser interpretada de forma literal, é ir contra os princípios que

rege os processos administrativos e judiciais, notadamente os princípios da ampla defesa e do contraditório, sobretudo o princípio da verdade material, que deve sempre ser aplicado em caso de julgamento de processo administrativo no que tange a matéria tributária.

Ressalta que pediu a realização de diligência, entretanto lhe foi negada, o que feriu o princípio da ampla defesa e do contraditório. Observar que uma vez negada o pedido de diligência, feriu com “*fogo e ferro*” o princípio da verdade material, posto que, se acaso tivesse sido deferida a referida diligência, com certeza poderia a recorrida através dos documentos (notas fiscais, contrato administrativos e notas de empenhos), e ainda, principalmente através de fiscalização “*in loco*”, ou seja, na sede do Batalhão do Exército, onde foi entregue e efetivamente usadas as mercadorias (BR 418 – Município de Caravelas/BA), com isso, chegaria a verdade material dos fatos, que as mercadorias foram na verdade entregue e efetivamente aplicada no Estado da Bahia, apesar de ter sido emitida as notas fiscais para o Estado de Minas Gerais.

Ainda, com fulcro no princípio da verdade material, entende que poderia ter sido acatado o pedido de diligência do recorrente e em “*in loco*”, ouvir o comandante do Batalhão do Exército, para se certificar se realmente as mercadorias foram entregues e efetivamente aplicadas na referida BR 418.

Requer a reformando da Decisão proferida quanto a infração de nº 03, anulando-a e arquivando o dito Auto de Infração definitivamente neste ponto, para que possa surtir os efeitos legais e jurídicos.

Requer também a realização de diligência para que se desloque um agente fiscal até o Batalhão do Exército (BR 418) para tomar o depoimento do comandante daquela corporação para certificar se as mercadorias foram efetivamente entregues e aplicadas na BR 418, no Município de Caravelas/BA.

Subsidiariamente, requer que seja reduzido o valor da multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, com base nas argumentações e provas apresentadas, por ter o Recorrente agido de boa-fé, diante de razoável e justificada circunstâncias.

Em Parecer de fls. 1426/1427, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Observa que as operações foram realizadas entre contribuinte localizado na Bahia e destinatário em Minas Gerais, sendo irrelevante o local para onde as mercadorias se destinaram. Frisa que o benefício fiscal previsto no art. 82, II, do RICMS estabelece redução de base de cálculo para as saídas internas de pedra britada e de mão.

VOTO

Quanto ao pedido de diligência fiscal realizado, há de se observar o que determina o artigo 147, inciso I, “a”, do RPAF/99, uma vez que, sendo suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos contidos nos autos, deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal.

No presente caso, insiste o Recorrente em realização de diligência para que se desloque um agente fiscal até o Batalhão do Exército (BR 418) para tomar o depoimento do comandante daquela corporação para certificar se as mercadorias foram efetivamente entregues e aplicadas na BR 418, no Município de Caravelas/BA.

Entendo que o resultado prático de tal diligência é irrelevante, porque ainda que o referido comandante ateste que recebeu as mercadorias vendidas pelo recorrente, tal fato não mudará a realização das operações interestaduais por parte do recorrente, pois, conforme comprovado nos autos, as notas fiscais foram emitidas para contribuinte localizado no Estado de Minas Gerais, fato incontrovertido, que é confirmado pelo contribuinte em suas razões recursais.

Não há que se falar em obediência ao princípio da verdade material, ou mesmo cerceamento do direito de defesa, haja vista que o cerne da lide se limita a questão jurídica, e não fática, haja

vista que, ainda que sejam confirmados os fatos pretendidos pelo Recorrente na diligência realizada, não será capaz de elidir a infração 3 da presente autuação fiscal.

Face ao exposto, indefiro o pedido de diligência fiscal.

Quanto ao mérito, há de se observar que a hipótese de incidência do ICMS é a operação de circulação jurídica de mercadorias, e não a meramente física, assim, constatada que o recorrente vendeu mercadorias para estabelecimento localizado no Estado de MG, conforme atestam as notas fiscais apresentadas nos autos, configurado está o fato gerador relativo a operações interestaduais de circulação de mercadoria, sendo irrelevante o fato de tais mercadorias terem sido remetidas, diretamente ou não, para estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Observe-se que, caso tivesse sido equivocada a emissão das notas fiscais para contribuinte localizado no Estado de MG, caberia ao Recorrente comprovar que realizou o cancelamento das referidas notas fiscais, substituindo-as por notas fiscais de saídas internas, e procedendo as respectivas retificações em seus livros contábeis e fiscais. O que não foi feito no presente caso.

Destarte, não resta dúvida que foram realizadas operações interestaduais de saída de mercadorias, sendo irrelevante o fato de estabelecimento localizado no Estado da Bahia ter recebido as mercadorias. Sendo assim, com base no art. 82, II, do RICMS, é indevida a utilização do benefício de redução de base de cálculo pelo Recorrente.

Quanto ao pedido de exclusão ou redução de multa, advirto que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, com base na redação atual do art. 42, §8º da Lei nº 7.014/96 e do art. 159 do RPAF, não é da competência deste Ilustre Câmara Julgadora a apreciação de tal pedido.

Voto 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 276473.0905/12-0, lavrado contra PEDREIRA RIO GRANDE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$372.068,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$25.697,08, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS