

PROCESSO - A. I. Nº 233080.0700/12-2
RECORRENTE - ITAMAR ARAUJO OLIVEIRA & CIA. LTDA. (ITAMAR FERRAGENS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0086-03/14
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 03/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. O autuado trouxe documentos aos autos que possibilitam a redução do valor do débito. Apuração da base de cálculo, de acordo com regra específica, tendo consignado o aproveitamento total dos créditos destacados nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias que deram azo à autuação. Afastada a preliminar de nulidade arguida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou totalmente Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$53.922,00, acrescido da multa de 60% e multa fixa, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 28/06/2013 decorre de quatro infrações, contudo, objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 1, cuja acusação é de *recolhimento a menos do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA., nos meses de janeiro a março, outubro a dezembro de 2011 e janeiro a maio, julho a dezembro de 2012, no valor de R\$53.388,09, acrescido da multa de 60%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é integralmente Procedente a autuação:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente do recolhimento a menos do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA., infração 01; recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, infração 02; omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, infração 03; falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadoria enquadrada na substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, infração 04.

O autuado em suas razões defensivas não contestou as infrações 02, 03 e 04. Constato que não existe lide a ser julgado em relação a estas infrações, pois o sujeito passivo ao não se manifestar sobre as mesmas, acabou por reconhecer a sua subsistência, devendo ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99. Mantidos estes lançamentos.

Na peça impugnativa, sobre a infração 01, o defendente reclamou que não há fundamentação legal neste

processo administrativo fiscal que indique qual a infração por ele cometida e não se pode precisar com certeza e segurança a infração, pois não existe prova sequer do motivo pelo qual a alíquota interna utilizada no levantamento fiscal deva ser inferior a 17%, traduzindo-se em cerceamento de defesa, visto que o auto não conteria os elementos necessários para o exercício da ampla defesa do Autuado.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que a descrição da infração foi efetuada de forma compreensível, constando na descrição dos fatos que o autuado efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. O sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos, inclusive a respeito do fato motivador da autuação, cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo, na presente ação fiscal.

O Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, sendo o imposto, a alíquota aplicada e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Os elementos acostados aos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99.

Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao defendente, não foi apresentada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado, em sua impugnação.

No mérito, o defendente afirmou que o Auditor Fiscal cometeu um equívoco, posto que considerou crédito a menos do que o destacado nas notas fiscais, não se encontrando na legislação suporte para este cálculo da substituição tributária, pois as saídas internas são efetivas com alíquota de 17%, como consta do próprio demonstrativo fiscal, mas o crédito limitou-se a 12%, como indicado nos levantamentos da substituição tributária. Disse que não entendeu porque o Fiscal não utilizou a alíquota interna referente ao crédito das notas, aplicando uma suposta alíquota de 12%, quando no próprio demonstrativo a alíquota é de 17%.

Da análise do demonstrativo que dá suporte à infração em comento fls.101/113, verifico restar claro que as mercadorias ali relacionadas se submetem ao que estabelece o art. 87 do RICMS/97, que prevê: “a redução da base de cálculo, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação”.

Saliento que não houve aplicação de alíquota de 12% como entendeu o autuado. No presente caso, se obedeceu ao disposto regulamentar citado, aplicando-se um percentual de redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária se limitasse a 12%.

Este procedimento está em consonância com o estabelecido no art. 357 do RICMS/BA., que transcrevo:

Art. 357. O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo prevista nos termos do art. 61, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

No caso em tela, vejo que nas planilhas que dão suporte à infração fiscal, o autuante arrolou as notas fiscais do período fiscalizado, que consignavam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Aplicou sobre a base de cálculo o percentual de redução previsto no art. 87, do RICMS/97, de forma que a carga tributária se limitasse a 12%, considerando-se que esta era a tributação a que se sujeitavam as mercadorias dentro do estado da Bahia. Abateu o crédito destacado nos documentos fiscais e comparou com os valores recolhidos pelo contribuinte cobrando as diferenças devidas.

Não vislumbro qualquer incorreção no citado demonstrativo, visto que foi elaborado em consonância com a legislação vigente. Entendo que a infração 01 encontra-se devidamente caracterizada.

O autuado alega a impropriedade de aplicação taxa SELIC como índice para acréscimo moratório nesta infração. Relativamente à Taxa SELIC, observo que está prevista no art. 1º da Lei Estadual 7.753/2000, que modificou a Lei 3.956, de 11 de dezembro de 1981, e falece a este Conselho atribuição legal para declarar

inconstitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, conforme fls. 295/342, o contribuinte retorna aos autos para reiterar suas razões da defesa.

De plano, referindo-se ao julgado de primo grau, diz que tem fundamento no art. 357, do RICMS, aduzindo que o autuante deixou de considerar o ICMS destacado nas Notas Fiscais de Entrada, tanto de 7%, quanto de 12%. Cita as Notas Fiscais n^{os} 70.623, 76.325, 75.677, 78.659, 80.071, 79.926, 86.262, 83.303, 89.912, 84.548, 92.736, 91.796, 91.347, 96.894, 96.895, 93.883, 95.671, 97.212, 98.719, 101.389, 102.676, 107.432, 103.626, 106.436, 104.960, 107.746, 107.983, 104.959, 121.149, 122.499, 109.661, 109.662, 110.944 e 112.174, também indicando o valor do crédito de cada nota fiscal e o valor considerado pelo autuante.

Evocando o art. 105, VII, do RICMS/97, assevera que não deve haver estorno em razão da redução da base de cálculo do imposto.

Diz do princípio da legalidade, faz remissão à acusação fiscal e à conduta do autuante, concluindo que *“as regras do jogo devem ser postas com antecedência, como se exigir do contribuinte o creditamento inferior, se para a legislação deve ser computado o valor destacado na nota”*.

Discorrendo derredor do princípio da não cumulatividade, por primeiro, aduz que o aproveitamento integral do crédito destacados nas notas fiscais que deram azo à autuação encontram eco no texto do art. 155, §2º, I, da CF/88, bem como no texto da LC 87/96.

Dizendo do referido princípio, conclui que o texto constitucional garante o aproveitamento do crédito, registrando que nenhum outro diploma pode ampliar, restringir ou suprimir tal direito.

Dispensa várias e várias laudas para dizer do princípio da supremacia da Constituição Federal, citando farta doutrina e jurisprudência.

Citando dispositivos normativos, se insurge contra a aplicação da taxa SELIC como índice para determinação dos acréscimos moratórios, aduzindo que a aplicação da referida taxa é ilegal e inconstitucional.

Discorre acerca da aplicação da SELIC e das vedações à sua aplicação, cita a jurisprudência, o art. 150, I, da CF/88, o CTN, e a doutrina, tudo no sentido de que no seu entender, *“...sempre para o fato de que não existe lei em sentido formal (art. 151, I) que institua a Taxa SELIC para fins tributários, mesmo assim, as adoções nos diversos diplomas ordinários tributários não poderiam conceber a aplicação de taxa (juros) superiores ao previsto em LEI COMPLEMENTAR”*.

Reiterando a sua tese da inconstitucionalidade da aplicação da SELIC, afirma que há que se assegurar o *“princípio da não-surpresa do contribuinte”* e, com base em diversos dispositivos legais, conclui que *“... a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito consoante levantamentos em anexo”*.

Reitera seu entendimento a respeito da necessidade de conversão do feito em diligência. Aduz que é necessária a apuração da verdade material, entendendo que deve ser deferida diligência com fim de que *“... seja verificado e refeito os levantamentos fiscais referentes aos materiais acima indicados a fim de inserir no levantamento os créditos totais das notas fiscais de entrada em favor do recorrente, haja vista que não há suporte legal para o creditamento em valor inferior ao destacado na nota fiscal”*.

Comenta a respeito do instituto da diligência, da prova e da sua busca, do poder discricionário que tem a administração pública, das perícias e das eventuais nulidades derivadas dos pedidos de diligência e perícia denegados pelos órgãos julgadores.

Por derradeiro, após longa e cansativa exposição que em muitas vezes afastou a defesa do ponto fulcral da autuação, o Sujeito Passivo pugna pelo conhecimento e acolhimento do seu pedido

para que seja deferida diligência por fiscal estranho ao feito, e para que a ação fiscal em tela seja julgada improcedente.

Levado o PAF em pauta suplementar, decidiram o membros da 2ª CJF, com fundamento nas razões recursais e nos artigos 87, IV e 105, VII, do RICMS/97 e 266, do RICMS/12, converter o feito em diligência ao autuante para, diante dos equívocos perpetrado em relação à utilização indevida do art. 100, do RICMS/97 - já que existe norma específica para a matéria ora posta -, que fosse refeitos os cálculos do imposto sobre todas as mercadorias com redução de base de cálculo que compuseram o levantamento fiscal, devendo ser observados os créditos consignados nos documentos fiscais.

Em informação fiscal, fls. 395/396, o autuante refez os cálculos com base na específica legislação de regência da matéria, resultando em novo demonstrativo de débitos, operação a operação, remanescendo o valor passível de exigência fiscal no montante de R\$6.118,23.

Em razão de disposição regulamentar e em face do valor do Auto de Infração, não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0086-03/14, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação fiscal de haver o contribuinte procedido ao recolhimento a menos do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

Aduz o recorrente afronta a diversos princípios constitucionais. Entendo que no caso dos autos, apesar das assertivas recursais, os princípios supostamente contrariados, em verdade foram observados, o que garantiu o contraditório e a ampla defesa do Sujeito Passivo, também restando observado o princípio da não cumulatividade. De toda maneira, há que se registrar que falece competência a este Colegiado a apreciação de matérias que discutam a constitucionalidade ou mesmo ilegalidade dos textos normativos.

Assim, ainda que não claramente suscitada a nulidade do Auto, de qualquer da infração ou mesma da Decisão combatida, as afasto.

Com respeito à aplicação da Taxa SELIC para a correção dos valores exigidos no presente Auto, a mencionada taxa tem previsão no COTEB, especificamente no art. 102, § 2º, II, não cabendo a este julgador, como dito acima, a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência, vê-se que foi atendido pelos julgadores desta 2ª CJF, conforme fls. 390/391.

Na dita diligência, também com fulcro nas razões recursais, restou patente que o autuante laborou em equívoco, pois, fundamentou a glosa dos créditos fiscais que redundaram na exigência de imposto (ICMS ST) supostamente recolhido a menos, no art. 100, II, do RICMS/BA, quando deveria ter procedido aos cálculos com base nos artigos 87, IV e 105, VII, do RICMS/97 e 266, do RICMS/12, abaixo transcritos.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

IV - até 31/12/12, das operações internas com ferros e aços não planos a seguir indicados, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação (Conv. ICMS 33/96):

Art. 105. Não se exige o estorno ou anulação do crédito fiscal relativo:

VII - às entradas de ferros e aços não planos objeto da redução da base de cálculo de que cuida o inciso IV do art. 87, inclusive dos insumos empregados na sua fabricação, enquanto perdurar aquele benefício (Conv. ICMS 33/96);

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações: (grifo não original)

II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, deforma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação:

O equívoco perpetrado pelo autuante que também levou a JJF a erro pode ser resumido no fato de que no caso específico foi utilizada regra genérica quando há regra específica para tratar da matéria.

Feita a correção com base na utilização da regra específica para a apuração do imposto passível de exigência fiscal, ou seja, com o total aproveitamento dos créditos destacados nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias que deram azo à autuação, restou patente a necessidade e efetiva correção dos cálculos do imposto, remanescendo a exigência no montante de R\$6.118,23, conforme demonstrativo elaborado pelo próprio autuante e consignado na informação fiscal de fls. 395/396.

Nesses termos, incontestado o erro perpetrado pelo autuante, e feitas as correções pelo mesmo, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o apelo recursal para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a infração 1, devendo ser exigido do Sujeito passivo a importância de R\$6.118,23.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0700/12-2**, lavrado contra **ITAMAR ARAUJO OLIVEIRA & CIA. LTDA. (ITAMAR FERRAGENS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.552,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no inciso XXII, “h” do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo os valores efetivamente recolhidos devem ser homologados pelo setor competente da SEFAZ/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS