

PROCESSO - A. I. Nº 114135.0001/13-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TAM LINHAS AÉREAS S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF Nº 0113-04/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0323-11/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Tratando-se o autuado de empresa prestadora de serviços de transporte aéreo, aplica-se o disposto no Convênio ICMS 18/97 pelo qual as operações de transferências interestaduais de materiais de uso e consumo encontram-se amparadas por isenção. Diligência fiscal realizada por preposto fiscal estranho ao feito, ajustou o lançamento, retirando as operações objeto da autuação que se encontravam amparadas por tal diploma. Infração improcedente. Por tal motivo, as infrações 01 e 06 são improcedentes, e as infrações 03, 04, 05 e 07 procedentes em parte. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Refeitos os cálculos mediante revisão realizada por estranho ao feito. Infrações subsistentes parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 26.09.2013, para exigir ICMS e multa no valor de R\$1.475.965,67, em razão do suposto cometimento de 07 infrações, todas objeto do Recurso, a seguir transcritas:

Infração 01. 06.02.01. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2010, totalizando R\$12.447,06, além da multa de 60%.

Infração 02. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Consta da acusação fiscal que a infração refere-se a notas fiscais "não escrituradas no Livro Registro de Entrada, constante do relatório do CFAMT - Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito". O total da infração monta em R\$217,99, sendo verificada em abril de 2010.

Infração 03. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Como informação complementar, figura que "Ref. NFs não escrituradas no Livro Registro de Entrada, conforme relatórios do STGCB - Síntegra web e NF-e", resultando em débito de R\$378.394,03, apurado no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Infração 04. 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido

registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 496.160,87, para o período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Infração 05. 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação e destinada a consumo do estabelecimento, sendo lançada a importância de R\$ 92,20, para os meses de julho, agosto e outubro de 2010, e agosto de 2011, bem como multa de 60%.

Infração 06. 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, junho a dezembro de 2010, fevereiro e junho a dezembro de 2011, no total de R\$ 4.762,21, multa de 60%.

Infração 07. 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 583.891,31, além da multa de 60%, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Após intimação, houve apresentação de defesa administrativa (fls. 172 a 200) arguindo a nulidade do Auto de Infração e impugnando todas as infrações nele constantes e, correspondente informação fiscal (fls. 1.264 a 1.265), acolhendo partes das argumentações defensivas em relação a infração 03 e clama pelo julgamento parcial do Auto de Infração.

O Contribuinte novamente se manifesta rebatendo as explicações do Fiscal Autuante.

Em termos, os membros da 4ª JJF convertem os autos em diligência a fiscal estranho ao feito (fls. 2.743 a 2.744 – volume 11), cujo o resultado está consubstanciado no Parecer de (fls. 2.750 a 2.754 – volume 11).

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, afastando todas as questões preliminares conforme o seguinte voto, *in verbis*:

VOTO

O lançamento constitui-se em sete infrações arroladas pela fiscalização, todas objeto de impugnação pelo sujeito passivo.

(...)

Desta forma, reitero a não aceitação de tais argumentos, adentrando na análise do mérito.

Quanto a este, observo que, basicamente, são quatro infrações a serem apreciadas: 1. falta de recolhimento da diferença de alíquota nas operações interestaduais com produtos destinados a uso e consumo; 2. falta de recolhimento da diferença de alíquota nas operações interestaduais com produtos destinados ao ativo fixo; 3. falta de escrituração de notas fiscais relativas a operações tributáveis; 4. falta de escrituração de notas fiscais relativas a operações não tributáveis. O autuante, todavia, as separou de acordo com as fontes de obtenção dos documentos, o que em nada prejudicou o entendimento do lançamento, sequer a defesa do contribuinte, muito ao contrário, facilitou o seu entendimento, bem como a defesa do contribuinte..

A tese defensiva estriba-se não somente na prova material para desconstituir a acusação fiscal, como, sobretudo, pela tese jurídica de aplicação do Convênio ICMS 18/97, o qual concede isenção do ICMS nas operações de transferências interestaduais de bens de ativo fixo e de uso e consumo realizado pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo absorvido pela legislação estadual, e incorporada ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia de 1997, em seu artigo 32, inciso XIII.

Tal Convênio, publicado no DOU de 25 de março de 1997, teve a sua ratificação nacional através do Ato COTEPE-ICMS 06/97, DOU de 15 de abril de 1997, concedeu isenção do ICMS nas operações de transferências interestaduais de bens de ativo fixo e de uso e consumo realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo, atividade desenvolvida pela empresa autuada.

Como firmado linhas acima, tal concessão, devidamente incorporada na legislação estadual, não permitiria que operações de transferências interestaduais, sofressem tributação, o que não foi observado pelo autuante.

A matéria, então, se resume na verdade material. Sabido é que a ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação de tal princípio, sendo que sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários.

Tal princípio decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos. De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda

Pública ou que não tenham sido declarados.

Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Neste sentido, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma Decisão justa.

A apresentação de provas e uma análise nos ditames do princípio da verdade material estão intimamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte, observando os termos especificados pela lei tributária.

A jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam examinadas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir um julgamento justo.

Na jurisprudência, os Tribunais Superiores do país consagram, de forma clara, a adoção do princípio da verdade material no processo administrativo, especialmente nos processos administrativos fiscais, como se depreende do julgado abaixo transcrito:

"Processual Civil. Recurso Especial. Tributário. Escrituração Irregular. Saldo Credor em Caixa.

Presunção de Omissão De Receita. Faculdade Do Contribuinte Produzir Prova Contrária. Princípio da Verdade Material. Sucumbência. Princípio da Causalidade (STJ - REsp 901311 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2006/0215688-9- Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Julgamento 18/12/2007 – Publicação DJe 06/03/2008)"

Feitas estas observações, retorno à análise objetiva do feito, no qual, a empresa autuada teve o cuidado de trazer a necessária e imprescindível, prova, a qual foi produzida de forma completa e contundente, sendo colacionadas ao feito todas as notas fiscais arroladas no lançamento, o que propiciou a comprovação de que, efetivamente, todas as operações abarcadas na autuação, não se encontravam sujeitas à tributação, o que foi constatado em sede de diligência, solicitada de forma oportuna por esta Junta de Julgamento Fiscal, diante da pouca atenção e cuidado dado pelo autuante aos documentos trazidos pela defesa. Nesta oportunidade, o PAF foi para estranho ao feito, o qual informou não remanescerem valores devidos para as infrações 01 e 06, posição à qual me alinho, motivo pelo qual as julgo improcedentes.

Nesta mesma senda, e baseado no mesmo princípio, abordo a infração 02, para a qual remanesce crédito de R\$217,99, pela ausência de comprovação por parte do autuado, do lançamento de nota fiscal, embora louve o esforço do diligente, no sentido de localizá-la, mesmo que sem sucesso, ao longo de três exercícios, embora a mesma se refira ao mês de agosto de 2011. Desta forma, a infração é procedente, no valor acima indicado.

Nas infrações 03 e 04, a diligência refez os levantamentos originais, excluindo as notas fiscais registradas no exercício seguinte, ficando mantidas as demais conforme demonstrado, remanescendo R\$347.599,84 e R\$169.348,69, respectivamente. Da mesma forma, acolho os valores apurados pela diligência, inclusive não contestados pelo autuado, e julgo as mesmas parcialmente procedentes.

Na infração 05, a situação é a mesma apurada na infração 01, na qual as operações de transferências interestaduais de produtos destinados a uso e consumo pelas empresas aéreas não sofrem incidência do ICMS, sendo apurado saldo para o mês de agosto de 2011 de R\$7,43, o qual acato como definitivo, e torna a infração também procedente em parte, diante dos argumentos e documentos coligidos ao feito pelo autuado que tiveram o condão de provar que ao menos parte de seus argumentos encontravam sustentação legal e fática.

Finalmente, quanto à infração 07, a diligência foi de fundamental importância, vez que excluiu os valores referentes às transferências entre unidades da mesma empresa do valor original da infração, e os valores de DIFAL recolhidos foram deduzidos dos valores calculados pela fiscalização, sendo exigido apenas o DIFAL das operações de aquisições de materiais para uso e consumo, conforme demonstrado nas planilhas elaboradas, o que a reduziu para R\$5.441,61, valor que de igual modo, também acolho. Infração parcialmente procedente.

Quanto à tese da defendente de que as multas possuiriam caráter confiscatório, diante dos percentuais aplicados, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, já incidentalmente abordado linhas acima, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o "império da lei" ou "jus imperium".

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna,

ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antonio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

Por outro lado, juristas como Celso Bastos e Ives Gandra Martins advogam que o Princípio da Legalidade se apresenta muito mais com característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente Fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Analisando-se a posição jurisprudencial, podemos citar a Decisão com repercussão geral, o RE 582.461, de relatoria do ministro Gilmar Mendes (DJe 18.8.2011, Tribunal Pleno), onde discutia-se a constitucionalidade de multa de mora, no percentual de 20%, prevista na legislação do Estado de São Paulo (artigo 87 da Lei estadual n. 6.375/1991). A Decisão, por maioria de votos, foi no sentido de negar provimento ao Recurso do contribuinte e, assim, assentar a constitucionalidade da multa nos limites acima mencionados.

Merece destaque na referida Ementa do julgado, trecho que diz respeito à multa confiscatória: “1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. [...] 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Posso mencionar, de igual forma, Decisão do ministro Teori Zavascki, no RE 400927 MS, em Decisão publicada em 18 de junho de 2013, no qual assim se manifesta:

“Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. MULTA MORATÓRIA APLICADA NO PERCENTUAL DE 40%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, em diversas ocasiões, serem abusivas multas tributárias que ultrapassem o percentual de 100% (ADI 1075 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 24-11-2006; ADI 551, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ de 14-02-2003).

2. Assim, não possui caráter confiscatório multa moratória aplicada com base na legislação pertinente no percentual de 40% da obrigação tributária.

3. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Ainda analisando o assunto, entendo pertinente mencionar trecho do voto da ministra Elen Gracie que “este Tribunal, deparando-se com multas demasiadamente onerosas, reduziu-as de 100% para 30%, do que é exemplo o RE 81.550, julgado em maio de 1975. Considerou, então, que deveria haver uma compatibilização com a utilização do instrumento da correção monetária, que já compensava a perda do valor aquisitivo da moeda. Já no RE 220.284-6/SC, julgado em maio de 2000, reconheceu a constitucionalidade de multa de 30%”. E concluiu: “Estivéssemos, agora, nos deparando com multa de 40% ou mesmo de 30%, não hesitaria em entender que atualmente não poderiam perdurar. Quanto à multa de 20%, é, sem dúvida, pesada para o contribuinte inadimplente. Mas tenho que não se deve ir ao ponto de dizê-la inválida. A relação tributária não é equiparável às relações de consumo. A obrigação de pagar impostos consubstancia dever fundamental”. (grifei)

Assim, a argumentação do sujeito passivo não pode ser acolhida, diante dos argumentos expostos, não sendo possível o afastamento da aplicação dos percentuais de multa indicados no lançamento, até pelo fato da multa máxima ser no percentual de 60%, dentro, inclusive, dos limites impostos como razoáveis pelo STF, pois, os mesmos possuem estrita base legal, além do reconhecimento do Poder Judiciário.

Quanto as arguições de inconstitucionalidade avocadas diversas vezes pelo autuado, lembro da vedação contida no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, o qual determina que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Desta forma, fica prejudicada qualquer apreciação quanto a tais argumentos.

De relação à intimação para os advogados, contida nas peças defensivas, nada impede que as mesmas sejam realizadas, embora, diante das características próprias do processo administrativo fiscal, não sendo atendido tal pleito, tal fato não acarreta qualquer invalidade do ato ou nulidade do processo.

Por tudo isso, julgo o lançamento parcialmente procedente, acolhendo o demonstrativo contido na diligência de fls. 2.750 a 2.754.

<i>Infração – 01</i>	<i>R\$</i>	<i>0,00</i>
<i>Infração – 02</i>	<i>R\$</i>	<i>217,99</i>
<i>Infração – 03</i>	<i>R\$</i>	<i>347.599,84</i>
<i>Infração – 04</i>	<i>R\$</i>	<i>169.348,69</i>
<i>Infração – 05</i>	<i>R\$</i>	<i>7,43</i>
<i>Infração – 06</i>	<i>R\$</i>	<i>0,00</i>
<i>Infração – 07</i>	<i>R\$</i>	<i>5.441,61</i>
<i>Total do Auto</i>	<i>R\$</i>	<i>522.615,56</i>

Ao final do seu voto, a 5ª JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

VOTO

O presente lançamento é composto de 7 infrações e gravita em torno da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais e destinadas ao consumo do estabelecimento (infrações 1, 5, 6 e 7), da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (infrações 2 e 3) da entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. (infração 4).

Compulsando os autos, vejo que a Decisão de piso não merece reparo algum.

Tenho por certo que tanto a acuidade da diligência solicitada pela 4ª JJF à fls. 2.473 a 2.744, quanto sua minudente resposta, consubstanciada no Parecer fls. 2.750 a 2.755, foram decisivos na diminuição do valor lançado, conduzindo acertadamente o voto de *primo grau*.

Assim, coaduno-me inteiramente aos argumentos alinhavados no citado Parecer sobre a diligência fiscal, motivo pelo qual trago à colação todas as suas conclusões para melhor compreensão dos fatos e o acerto do julgamento de base, *in verbis*:

Em atendimento a determinação da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu converter o PAF em diligência (fls. 2.743 a 2.744), analisamos os dados do PAF 114135.0001/13-7.

DO PROCESSO

O pedido de diligência refere-se às infrações de 01 e 07 do referido PAF, e solicita:

1. Apresentar nova informação fiscal (terceira), na qual restem abordados todos os argumentos expendidos

pelo contribuinte neste processo, com fundamentação de fato e de direito (art. 127, §6º, RPAF/199).

- 2. Elaborar planilhas deduzindo das infrações 01, 05, 06 e 07, as operações de transferências entre estabelecimentos da titularidade.*
- 3. Deduzir, nas infrações 01, 05, 06 e 07, as operações cujos pagamentos tenham sido demonstrados nos autos, no documento 04 da impugnação ou nas outras manifestações do autuado.*
- 4. Deduzir, nas infrações 02, 03 e 04: i) todas as quantias atinentes às notas fiscais cuja escrituração tenha sido comprovada, no mesmo ou em outro exercício social; ii) as notas fiscais que remanescerem nos levantamentos das infrações 01, 05, 06 e 07, após a presente revisão (uma mesma operação não deverá constar, de forma simultânea, das infrações 02,03, ou 04 e das 01,05,06 e 07).*
- 5. Discriminar, nos anexos (levantamentos/demonstrativos) e no corpo da informação, os novos valores das infrações.*

DA DILIGÊNCIA

Analizamos os dados apresentada pelo contribuinte em CD (fls. 2.749) e elaboramos novos demonstrativos atendendo as solicitações determinada no pedido de diligência, conforme abaixo:

Infração 01,

A infração 01 refere-se ao não recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Conforme estabelecido no artigo 32, inciso XIII do RICMS/BA – Decreto Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997, as transferências interestaduais de bens para o ativo e consumo entre unidades da mesma empresa de transporte aéreo, estão isenta do ICMS, portanto não incide o diferencial de alíquota.

Art. 32. São isentas do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias:

XIII - a partir de 25/03/97, nas transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de bens de consumo realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo (Conv.ICMS 18/97).

A infração 01 refere-se à transferência de material de consumo, conforme demonstrado na planilha anexo 01 (fls. 2.755), portanto não é devido à cobrança de diferencial de alíquota, reduzindo o valor da infração a 0,00 (zero).

Infração 05

A infração 05 refere-se ao não recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Conforme estabelecido no artigo 32, inciso XIII do RICMS/BA – Decreto Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997, as transferências interestaduais de bens para o ativo e consumo entre unidades da mesma empresa de transporte aéreo, estão isenta do ICMS, portanto não incide o diferencial de alíquota.

Art. 32. São isentas do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias:

XIII - a partir de 25/03/97, nas transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de bens de consumo realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo (Conv.ICMS 18/97).

A infração 05 refere-se à aquisição de material de consumo, conforme demonstrado na planilha anexo 05 (fls. 2.756), portanto é devido à cobrança de diferencial de alíquota, reduzindo o valor da infração a R\$7,43 (sete reais e quarenta e três centavos).

Infração 06

A infração 06 refere-se ao não recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Conforme estabelecido no artigo 32, inciso XIII do RICMS/BA – Decreto Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997, as transferências interestaduais de bens para o ativo e consumo entre unidades da mesma empresa de transporte aéreo, estão isenta do ICMS, portanto não incide o diferencial de alíquota.

Art. 32. São isentas do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias:

XIII - a partir de 25/03/97, nas transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de bens de consumo realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo (Conv.ICMS 18/97).

A infração 06 refere-se à transferência de material de consumo no exercício de 2010 e a aquisição de matérias

no exercício de 2011, que estão relacionadas na infração 04, conforme demonstrado na planilha anexo 06 (fls. 2.757), portanto não é devido à cobrança de diferencial de alíquota, reduzindo o valor da infração a 0,00 (zero).

Infração 07

A infração 07 refere-se ao não recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Conforme estabelecido no artigo 32, inciso XIII do RICMS/BA – Decreto Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997, as transferências interestaduais de bens para o ativo e consumo entre unidades da mesma empresa de transporte aéreo, estão isenta do ICMS, portanto não incide o diferencial de alíquota.

Art. 32. São isentas do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias:

XIII - a partir de 25/03/97, nas transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de bens de consumo realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo (Conv.ICMS 18/97).

A infração 07 refere-se à aquisição e transferência de material de consumo. Os valores referentes às transferências entre unidades da mesma empresa foram excluídos do valor original da infração, os valores de DIFAL recolhidos foram deduzidos dos valores calculados pela fiscalização, sendo exigido apenas o DIFAL das operações de aquisições de materiais para uso e consumo, conforme demonstrado nas planilhas anexo 07A (fls. 2.758) no valor de R\$4.981,73 (quatro mil novecentos e oitenta e um reais e setenta e três centavos) e 07B (fls. 2.759) o valor de R\$459,88 (quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e oito centavos), totalizando R\$5.441,61 (cinco mil quatrocentos e quarenta e um reais e sessenta e um centavos).

Infração 02

Em sua defesa fls. 2719 a Impugnante alega que, não poderia a Autoridade Fiscal, admitir a escrituração extemporânea apenas das notas elencadas nas infrações 03 e 04 e não se pronunciar a respeito das notas referentes a infração 02.

Vale ressaltar que a nota fiscal citada na infração 02, na foi localizada nos livros de entradas de 2010, 2011 e 2012 apresentados pelo impugnante em atendimento a intimação de 11 de setembro de 2014 (fls. 2.746) e apresentado em CD (fls. 2.749) em 20 de novembro de 2014, portanto fica mantido o crédito exigido no valor de R\$217,99 (duzentos e dezessete reais e noventa e nove centavos) fls.2.760

Infração 03

A infração 03 refere-se à entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributada(s) sem o devido registro na escrita fiscal.

Foram excluídas as notas fiscais registradas no exercício seguinte, conforme solicitado pela Defesa (doc. 05), ficando mantidas as demais conforme demonstrativo (fls. 2.761 a 2.812) no total de R\$347.599,84 (trezentos quarenta e sete mil, quinhentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos).

Infração 04

A infração 04 refere-se à entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributada(s) sem o devido registro na escrita fiscal.

Foram excluídas as notas fiscais registradas no exercício seguinte, conforme solicitado pela Defesa (doc. 05), ficando mantidas as demais conforme demonstrativo (fls. 2.813 a 2.855) no total de R\$169.348,69 (cento e sessenta e nove mil e trezentos e quarenta e oito reais e sessenta e nove centavos).

Após análise dos dados apresentados, abaixo resumo dos valores dos créditos reclamados por infrações:

<i>Infração</i>	<i>valor crédito reclamado</i>	<i>Folhas dos anexos</i>
<i>Infração – 01</i>	<i>R\$ 0,00</i>	<i>anexo 01 – fls 2.755</i>
<i>Infração – 02</i>	<i>R\$ 217,99</i>	<i>anexo 02 - fls 2.760</i>
<i>Infração – 03</i>	<i>R\$347.599,84</i>	<i>anexo 03 - fls 2.761 a 2.812</i>
<i>Infração – 04</i>	<i>R\$169.348,69</i>	<i>anexo 04 – fls 2.813 a 2.855</i>
<i>Infração – 05</i>	<i>R\$ 7,43</i>	<i>anexo 05 – fls 2.756</i>
<i>Infração – 06</i>	<i>R\$ 0,00</i>	<i>anexo 06 – fls 2.757</i>
<i>Infração – 07</i>	<i>R\$ 5.441,61</i>	<i>anexos 7ª e 7B – fls 2.757 a 2.759</i>
<i>Total do Auto</i>	<i>R\$522.615,56</i>	

CONCLUSÃO

Com base no exposto acima concluímos que o valor do Auto de Infração 114135.0001/13-7, no valor histórico original de R\$1.475.965,67 (um milhão quatrocentos e setenta e cinco mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), foi deduzido pra um valor histórico de R\$522.615,56 (quinhentos e vinte e dois mil,

seiscentos e quinze reais e cinquenta e seis centavos), conforme demonstrado no “ANEXO DILIGÊNCIA – 08” (fls. 2.856 a 2.860).

Salvador 24 de dezembro de 2014

Edinaldo Avelino de Paiva

Cad. 232.882-5'

Como acima visto, constatada a razão do argumento defensivo quanto à isenção de ICMS nas operações de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de bens de consumo realizadas pelas empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo, por força do artigo 32, inciso XIII do RICMS/BA-97, que acolheu as disposições do Convênio ICMS 18/97, entendendo corretas as reduções realizadas na primeira instância, em função da reposta à diligência solicitada.

Cura ressaltar que o Contribuinte pode apresentar provas e questionamentos à PGE para que, em nome do controle da legalidade previsto no artigo 113 do RPAF, tenha como aspectos que não foram abordados em sede recursal, devido à manifesta intempestividade de seu apelo voluntário, como por exemplo, os reflexos do reconhecimento da isenção na infração 6, que está relacionada com a infração 04, como bem apontou o Fiscal Diligente em seu Parecer.

Cabe ao Contribuinte, caso queira, demonstrar de plano e de forma cabal, quais as operações que foram consideradas isentas pelo julgamento de piso e que foram lançadas na infração 04 com multa de 10%, conforme o inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No caso dos autos, por serem consideradas isentas, em tese, a falta de escrituração de tais operações expurgadas pelo diligente seriam apenas com multa de 1%, conforme prevê artigo 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96.

Portanto, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter integralmente a Decisão de piso que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114135.0001/13-7**, lavrado contra **TAM LINHAS AÉREAS S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.449,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$517.166,52**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS