

A. I. Nº - 206949.0001/15-5
AUTUADO - INDÚSTRIA NACIONAL DE ASFALTOS S.A.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-02/16

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO DILATADA. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. VALOR DECLARADO NA DMA. Correto é o lançamento de ofício que exige a falta de recolhimento, na data regulamentar, de parcela não sujeita a dilação do prazo e que culminou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO USO/CONSUMO. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir as imputações. Infrações caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/03/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$655.138,23, em razão de:

Infração 01 – 03.08.03 - Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia- Desenvolve. Valor histórico da infração R\$638.617,58.

Infração 02 – 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico da infração R\$1.436,60.

Infração 03 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor histórico da infração R\$11.971,50.

Infração 04 – 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Valor histórico da infração R\$3.112,55.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 41 a 55, ressalta a tempestividade da defesa e arguiu nulidade das infrações 02 e 03 por insegurança e cerceamento de defesa.

Alega insegurança aduzindo que não poderiam o autuante proceder ao lançamento do aludido crédito tributário, deixando de aferir adequadamente se os insumos descritos no Auto de Infração

se tratavam de elementos essenciais ao processo produtivo, transcrevendo trecho do Acórdão CJF Nº 0686-11/03.

Para fundamentar sua arguição de cerceamento do direito de defesa, assegura que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido.

No mérito, aduz que o autuante cometeu um grave equívoco quando entendeu que os insumos utilizados no processo produtivo da empresa se tratavam de materiais de uso e consumo e ativo fixo, e portanto, passível de recolhimento do ICMS a título de diferença de alíquota. Com efeito, os insumos objeto desta autuação foram utilizados pelo contribuinte em completa obediência ao comando legal estatuído no artigo 93, I, "b" e § 1º, I, II do RICMS-BA.

Frisa que não há que se falar em recolhimento de diferenças de alíquotas em aquisição de mercadorias para uso e consumo ou ativo fixo do estabelecimento se tais mercadorias são insumos que integram o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação. Para comprovar suas alegações defensivas informa que está acostando ao presente processo memorial descritivo dos produtos considerados de forma equivocada pela fiscalização como mercadorias adquiridas e destinadas ao uso e consumo e ativo fixo do estabelecimento.

Entende que a multa aplicada foi genérica, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, citando doutrina e transcrevendo o artigo 112 do CTN, destacando que este dispositivo estabelece os casos em que a legislação tributária deve sempre ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte, na hipótese de dúvida:

I - quanto à capitulação do fato;

II- sobre a natureza, circunstâncias materiais do fato, ou a natureza ou extensão dos seus efeitos na sanção tributária;

III - quanto a autoria, imputabilidade ou punibilidade e

IV - sobre a natureza da penalidade aplicável, ou sua graduação, ou seja, quando houver dúvidas sobre a própria penalidade aplicável ou sua graduação, conteúdo e qualidade da autuação deverá, sempre, utilizar da interpretação mais benéfica ao administrado.

Tece comentários sobre o princípio da tipicidade cerrada do Direito Penal.

Diante de todo exposto, roga ao Conselho de Fazenda que desclassifique a multa aplicada pela fiscalização em razão da sua natureza de ser genérica.

Entende que as multas aplicadas são confiscatórias, ferindo de princípios constitucionais albergados no RPAF, da proporcionalidade e da razoabilidade, como também o princípio do não confisco, citando doutrina sobre o tema e decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Ao final, requer:

Preliminar de nulidade:

1ª : Reconhecer a falta de segurança para se determinar a infrações 02 e 03 nos termos do artigo 18 do RPAF/BA;

2ª: Reconhecer a falta de entrega dos demonstrativos relativos a todas as infrações pela fiscalização, caracterizando cerceamento do direito de defesa;

No mérito:

1 Reconhecimento que as mercadorias consideradas como de uso e consumo do estabelecimento e ativo fixo são na verdade insumos utilizados na produção de asfaltos;

2 Revisão por fiscal estranho para apurar a real utilização dos insumos objeto da autuação;

3 Cancelamento da multa pelo seu caráter genérico;

4 Redução ou cancelamento da multa confiscatória;

Requer, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

O autuante em sua informação fiscal, às fls. 72 a 74, inicialmente resume as imputações e a defesa.

Quanto às Infrações 01 e 04, ressalta que o contribuinte não apresentou qualquer contestação, logo concluiu que o mesmo concorda com a autuação.

Em relação às Infrações 02 e 03, salienta que todas as Notas Fiscais relacionadas nos Demonstrativos anexos ao Auto de infração são oriundas de outras unidades da federação e suscetíveis de aplicação do Diferencial de Alíquota e o peticionário não apresentou documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Acrescenta que todos os demonstrativos e documentações relativos a todas as infrações referentes ao Auto de Infração foram entregue ao contribuinte conforme recibo à folha 39 do PAF, portanto, não prospera a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Destaca que as multas do presente auto de infração estão de acordo com a Lei 7.014/96, Art. 42, não procedendo a argumentação do contribuinte que não deva empregar a letra fria da lei e adequá-las a situação específica de cada contribuinte. Aduz que a Lei deve ser usada de forma impessoal e na forma nela descrita.

Ao final, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Especificamente em relação aos Demonstrativos que embasaram as infrações, ao contrário do pensamento manifestado pelo defendente, todos foram entregues ao contribuinte autuado, conforme Intimação acostada à folha 39 dos autos, devidamente assinada em 23/03/2015, constando especificado todos os levantamentos fiscais.

Sobre a alegação de falta de segurança para se determinar às infrações 02 e 03, devo ressaltar que o sujeito passivo recebeu cópia dos Demonstrativos, fl. 39 dos autos, constando a lista da Notas Fiscais por itens de mercadorias autuada, tendo como fonte a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Se é devido ou não o pagamento do ICMS Diferencial de Alíquota, tal questão não se trata de nulidade e sim de mérito, argumentação defensiva que será analisada após as questões preliminares e prejudiciais.

Quanto ao Acórdão CJF Nº 0686-11/03, considero que ele não se presta como paradigmas para o caso em lide, pois é referente a situação diferente da autuação em tela.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade do percentual das multas aplicadas de 60%, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito. Cabe ressaltar que as multas imputadas são as previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f” e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, propriamente dito, observo que o sujeito passivo não impugnou às infrações 01 e 04.

Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito das mesma, pois, conforme Art. 140, do RPAF/99, “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”.

Assim, ficam mantidas às infrações 01 e 04.

Nos itens 02 e 03 do Auto de Infração e imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, sendo que na infração 01 relativas as mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, com imposto devido de R\$1.436,60, enquanto que na infração 03 é sobre as mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, com imposto devido de R\$11.971,50.

Em sua peça defensiva o autuado apresentou seus argumentos em conjunto para duas infrações, razão pela qual serão tradas conjuntamente.

O autuado alega que não há que se falar em recolhimento de diferenças de alíquotas em aquisição de mercadorias para uso e consumo ou ativo fixo do estabelecimento se tais mercadorias são insumos que integram o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, o que iria comprovar acostando memorial descritivo dos produtos.

Observo que a defesa, embora tenha dito que estaria apresentando memorial descritivo dos produtos autuado, nada acostou aos autos.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ademais, analisando os produtos constantes nos Demonstrativos “*Débito de Diferencial de Alíquota – Ativo imobilizado – Listas de notas/itens*”, folhas 10 e 11 dos autos, e “*Débito de Diferencial de Alíquota – Material de uso e consumo – Listas de notas/itens*”, folhas 14 a 16 dos autos, entre os itens listados tem “*rolo de espuma 05 cm, de rolo de espuma 09 cm, tampa de pressão, cabo de força, espátula redonda, chave de roda, extensão rígida, adesivo, reparo, conexão, caneta azul, pneus etc.*”, entendo que não se tratam de insumos e sim de material de uso e consumo.

Entendo que o argumento defensivo de que a multa aplicada foi genérica não é capaz de elidir a autuação, uma vez que é a prevista para o caso de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, não existindo dúvida quanto a capitulação dos fatos, corretamente descritos nas imputações, nem quanto sua natureza, ICMS - Diferença de alíquota, nem quanto a autoria, o sujeito passivo foi corretamente indicado, nem há dúvida quanto a penalidade ou graduação, uma vez que, *não havendo dolo*, o percentual foi de 60%, previsto na alínea “f” do inciso II, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

Art. 42.

...

II –

...

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade da multa aplicada, o mesmo já foi afastado no início do voto.

Em relação ao pedido de redução ou cancelamento da multa o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal.

Logo, às infrações 02 e 03 ficam mantidas na autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206949.0001/15-5**, lavrado contra **INDÚSTRIA NACIONAL DE ASFALTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$655.138,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR