

A. I. Nº - 087016.0004/17-0
AUTUADO - NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - DIJALMA MOURA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22/11/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0213-03/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 2. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Fatos não contestados. Infrações mantidas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA O ATIVO FIXO. O autuado comprovou ter direito a diferimento do recolhimento do ICMS referente a diferença de alíquota na aquisição de bens para o ativo fixo, conforme Resolução 182/2010. Infração insubsistente. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Fato não impugnado. Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência ou perícia. Não acatado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 20/03/2017, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$22.962,89, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 01 – 01.02.02 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, compras de: parafina, borax (borato de Sódio), selo mecânico e correia, nos meses de abril, agosto e novembro de 2012, novembro e dezembro de 2013, no valor de R\$744,43 acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 01.02.41 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente destaque de imposto a maior na nota fiscal nº 1526, compra da matéria prima Papel Capa, no estado de São Paulo. O imposto foi destacado a 12% quando o correto seria 7%, no mês de março de 2012, no valor de R\$151,89, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 – 03.08.04 - recolheu a menos ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, nos meses de fevereiro, março, junho e julho de 2012, janeiro e abril de 2013 no valor de R\$2.158,67 acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – 06.01.01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março e dezembro de 2013, no valor de R\$19.653,54, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 06.02.01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de março e abril de 2013, no valor de R\$254,36, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado procuração fls.42/44, impugna o lançamento às fls.21/28. Contesta a autuação dizendo da tempestividade da sua defesa administrativa. Repete as irregularidades que lhe foram imputadas. Pede que através do endereço eletrônico: tributario@lexss.adv.br, receba todas as comunicações necessárias ao regular desenvolvimento do presente processo administrativo. Diz vir apresentar sua defesa administrativa sob os fatos e fundamentos que serão descritos, requerendo que suas razões de defesa sejam apreciadas por esta Junta de Julgamento Fiscal - JJF, nos termos do art. 39, VII do Decreto nº 7.629/99, que disciplina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

Afirma que restarão demonstrados e comprovados ao longo da impugnação os fundamentos – preliminares e meritórios – que levarão à irrefutável improcedência parcial do presente Auto de Infração.

Frisa que não há razão para manutenção da infração 4, tendo em vista que é habilitada no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), fazendo jus ao benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em relação às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, conforme previsto no art. 2º, I do Decreto nº 8.205/02 e art. 2º, II da Lei nº 7.980/01. Afirma que tal informação é facilmente comprovada através da análise da Resolução nº 182/2010 do Conselho Deliberativo do Nordeste. Assim, deve ser julgado o presente auto de infração parcialmente improcedente, em razão da improcedência da infração 4, reduzindo-se o valor correspondente (R\$ 19.653,54) do montante do auto de infração.

Argumenta que as atividades intrínsecas da administração pública devem se pautar sempre, pelo princípio da verdade material, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.592/99 (Regimento Interno deste CONSEF), bem como no art. 2º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA).

Diz que neste sentido, no processo administrativo fiscal há de ser preponderante o Princípio da Verdade Material, buscando-se descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador do tributo, bem como, as circunstâncias descritas pela fiscalização. Quer-se dizer que para o julgador administrativo formar sua convicção, este poderá se utilizar da prerrogativa de determinar a realização de diligências e/ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Na busca da verdade material, ressalta que se tem como regra basilar o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco. A ele cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Nestes termos, assinala que em razão do princípio da verdade material, restará demonstrado que a infração 4 não deve prosperar, tendo em vista que a autora é habilitada no DESENVOLVE – conforme resolução 182/2010 – fazendo jus ao diferimento do lançamento e pagamento do ICMS sob as aquisições de bens destinados ao ativo fixo.

Pontua que é insubsistente a infração 04 do auto de infração em razão de ser habilitada no programa DESENVOLVE – conforme Resolução nº 182/2010 – o qual determina o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS sob aquisição de bens destinados ao ativo fixo, conforme art. 2º, I do citado Decreto nº 8.205/02. Sobre a matéria cita Decisões deste CONSEF, *ACÓRDÃO C/JF Nº 0254-11/16*. Conclui ter demonstrado a improcedência total da infração 04.

Afirma que se valendo da prerrogativa do princípio da eventualidade, avança na discussão da Infração 04 (06.01.01), agora relativa ao percentual da multa aplicada. Acrescenta que essa mesma linha argumentativa também é aplicável sobre as Infrações 01 (01.02.02), 02 (01.02.41), 03 (03.08.04) e 05 (06.02.01), agora em caráter principal e não de forma subsidiária como na Infração 04 (06.01.01).

Aduz que é assente o entendimento segundo o qual o percentual correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do tributo lançado revela-se abusivo e viola os princípios da vedação ao

confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre o tema cita os juristas Celso Antônio Bandeira de Mello e Sacha Calmon Navarro.

Ressalta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 91.707/MG; RE 82.510/SP; RE 60.476/SP) confirma o posicionamento acerca da impossibilidade de aplicação da multa em percentual excessivo, em razão dos princípios da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Requer seja determinada a improcedência da Infração 04 (06.01.01), tendo em vista que é habilitada no DESENVOLVE, em conformidade com o art. 2º, I do Decreto nº 8.205/02, bem como entendimento deste CONSEF sobre a matéria (Acórdão 3ª JF nº 128-03/16).

Diz que na remota hipótese deste pedido não ser acolhido pede: a) que seja o Auto de Infração julgado parcialmente improcedente, de modo que seja reduzida a multa aplicada pelo agente autuador na Infração 04 (06.01.01), tendo em vista sua flagrante desproporcionalidade, tudo em conformidade com o art. 150, IV da CF/88, bem como, posicionamentos iterativos do Supremo Tribunal Federal (RE 91.707/MG; RE 82.510/SP; RE 60.476/SP); b) que seja o Auto de Infração julgado parcialmente improcedente de modo a que seja reduzida a multa aplicada pelo agente autuador nas Infrações 01 (01.02.02), 02 (01.02.41), 03 (03.08.04) e 05 (06.02.01), tendo em vista sua flagrante desproporcionalidade, tudo em conformidade com o art. 150, IV da CF/88.

Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste processo administrativo.

O autuante prestou a informação fiscal fl. 61. Repete as irregularidades apontadas no auto de infração. Sintetiza os termos da defesa. Aduz que a Autuada insurgiu-se somente quanto à Infração nº 04, que trata da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a integrar o Ativo Imobilizado por acessão física. Assim, entende como reconhecidas as Infrações nº 01, 02, 03 e 05.

Diz que as mercadorias objeto da exigência fiscal encontram-se discriminadas no demonstrativo fl.16 do PAF. Refere-se a aquisição de Ventilador VA92/100 plus, T6- HJZ, Caminhão Mercedes Benz Atron 2324 51 e Carroceria Aberta CS Especial.

Sobre o argumento defensivo de que é habilitada no DESENVOLVE, destaca que o benefício ali previsto não alcança os bens adquiridos para integrar ativo imobilizado por acessão física, assim como, os que não são utilizados diretamente no processo produtivo, como é o caso em tela.

Assevera que a restrição a utilização do crédito fiscal e conseqüente recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas alcançam todo universo de contribuintes, sejam eles beneficiados ou não de projetos incentivados no estado da Bahia. Sobre a matéria reproduz o art.310, incisos VII a IX e parágrafo único, incisos I e II do RICMS/2012.

Opina pela procedência integral da autuação.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por cinco infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Após analisar as peças componentes do presente PAF, faço a análise a seguir, relacionada à infração 04, uma vez que as demais, infrações 01, 02, 03 e 05 não foram contestadas a respeito do imposto cobrado, não havendo lide a respeito das mesmas, declaro, portanto que são subsistentes.

No que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura deste auto de infração. Encontram-se definidos, o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA.

O defendente solicitou fosse determinada a realização de diligência e/ou perícia, a fim de que fossem conhecidos os verdadeiros fatos envolvidos no processo, as quais indefiro de plano, por entender que os elementos existentes neste PAF são suficientes para formação de convicção dos julgadores em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Desta forma, com fundamento no art.147, incisos I e II do RPAF/99, não acato o pedido de realização de diligência ou perícia técnica.

No mérito, a infração 04 trata de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que tendo em vista sua habilitação ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), faz jus ao benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em relação às aquisições de bens destinados ao ativo fixo. Tal benefício estaria previsto no art. 2º, I do Decreto nº 8.205/02 e art. 2º, II da Lei nº 7.980/01, bem como, na Resolução nº 182/2010 do Conselho Deliberativo do Nordeste.

Em sede de informação fiscal, o Autuante destacou que o benefício ali previsto não alcança os bens adquiridos para integrar ativo imobilizado por acessão física, assim como, os que não são utilizados diretamente no processo produtivo.

Da análise dos elementos que compõem esta infração, observo que as mercadorias objeto da exigência fiscal encontram-se discriminadas no demonstrativo fl.16 do PAF. Refere-se a aquisição de Ventilador VA92/100 plus, T6- HJZ, Caminhão Mercedes Benz Atron 2324 51 e Carroceria Aberta CS Especial. Não existem provas no presente PAF de que estas mercadorias teriam utilização alheias ao processo produtivo da empresa. Tampouco há restrição à natureza dos bens adquiridos na Resolução 182/2010 que concedeu o benefício do diferimento para recolhimento do ICMS nas aquisições de bens para o ativo fixo do autuado.

Sobre a matéria, assim dispõe o art. 2º do Decreto 8.205/02:

Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

(. . .)

c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;

Saliento que o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS neste caso, encontra respaldo no art. 2º, II da Lei nº 7.980/01, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Ressalto também, que o artigo 1º da Resolução 182/2010 que habilitou o autuado a usufruir os benefícios do DESENVOLVE, assim estabelece:

Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de implantação da NORDESTE

TUBETES EMBALAGENS LTDA., CNPJ nº 11.474.414/0001-79 e IE nº 85.352.601ME, instalada no município de Dias D'Ávila, neste Estado, para produzir tubetes de papel, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições no Estado e em outros Estados relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação.

Depois de examinar os elementos coligidos nos autos em torno desse item, constato que assiste razão ao autuado, tendo em vista que ao compulsar a Resolução nº 182/2010, verifico que efetivamente consta em seu teor o benefício de diferimento nas aquisições de bens para o ativo imobilizado.

Assim, resta descaracterizado o item 04 da autuação.

O defendente alegou ainda, que o valor da multa aplicada a todas as infrações deste PAF, sobre o valor do tributo lançado revela-se abusivo e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não há ilegalidade nas multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art.97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante para todas as infrações apuradas em ação fiscal, as multas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório com base nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade e da capacidade contributiva não subsiste. A imposição fiscal em exame decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, sendo vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos preconizados pelo art. 167 do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido de que doravante todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao endereço eletrônico: tributario@lexss.adv.br, profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada nesta ação administrativa, registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087016.0004/17-0**, lavrado contra **NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.309,35**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alínea "f" e VII alínea "a", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR