

PROCESSO - A. I. Nº 281508.3011/16-1
RECORRENTE - INTERCEMENT BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0199-04/17
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-12/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS TRATADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Não tendo sido atendidos os requisitos previstos na legislação, incabível a aplicação do diferimento às operações constantes do lançamento. Não acolhidas as preliminares aventadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente auto de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0199-04/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 20/12/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$62.060,89, acrescido de multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade: *Infração 01. 02.01.03. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril a dezembro de 2015.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual as razões defensivas relativas a nulidade não podem ser acolhidas.

Isso diante do fato de terem sido obedecidos os princípios e determinações legais, por parte do autuante, o qual, ao formalizar o lançamento, indicou o sujeito passivo de forma correta, indicou o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota aplicável à operação, sem que pairasse qualquer dúvida a respeito da matéria objeto do Auto de Infração.

O lançamento, da mesma forma, não foi feito por presunção, sequer partindo de qualquer premissa equivocada, como pretende a autuada, ou se utilizando de qualquer artifício, sendo analisados os dados das operações e dos contribuintes nas envolvidos.

Igualmente, inexistem vícios de qualquer natureza, especialmente formais, que impeçam a análise do mérito da autuação, diante do atendimento ao comando normativo já exposto anteriormente.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos das infrações trazendo fatos, documentos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Quanto ao mérito da infração, ao contrário de passagem na defesa, que fala em “passivo fictício”, a autuação versa sobre a falta de tributação de operações tributáveis, uma vez que, no entendimento da fiscalização, as operações de vendas de cimento para a empresa Lipari Mineração Ltda., por parte da autuada, a qual se insurge contra tal acusação, sob o argumento de que sendo aquela amparada por Resolução do Programa PROBAHIA e nos termos do artigo 5-H do Decreto de nº 6.734/97, as operações envolvendo venda de cimento (produzido neste estado) a contribuinte que desenvolve atividade de mineração, regularmente habilitado naquele Programa, lhe permitiria deixar de destacar o ICMS em razão do diferimento do ICMS na operação.

Analisando a legislação posta, verifico que assim dispõe o artigo 5-H do Decreto 6.734/97, de 09 de setembro de 1997 publicado no Diário Oficial do Estado de 10 de setembro de 1997:

“Art. 5o. -H. Ficam diferidos, nas hipóteses indicadas a seguir e desde que haja previsão expressa em resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo a operações com bens destinados ao ativo fixo de contribuintes que desenvolvam a atividade de mineração, ainda que utilizados em adutoras e mineriodutos, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação:

I - nas entradas decorrentes de importação do exterior;

II - nas operações internas de bens produzidos neste Estado;

III - nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;”

Ou seja: o diferimento não é incondicionado, e está sujeito a algumas regras, qual seja: a existência de previsão expressa na resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA; os destinatários das mercadorias têm que ser mineradoras; o produto deve ser destinado ao ativo fixo da mineradora, e as operações serem internas, de bens aqui produzidos.

Dito isso, passemos a analisar tais requisitos, sob a ótica dos elementos e documentos trazidos aos autos.

Primeiramente, analisemos a existência de expressa previsão para a ocorrência do diferimento: neste diapasão, transcrevo o teor da Resolução concedida a Lipari Mineração Ltda., trazida pela defesa:

Conselho Deliberativo do PROBAHIA
PROGRAMA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DA BAHIA - PROBAHIA
RESOLUÇÃO N° 027/2013
Concede os benefícios do Diferimento do ICMS à LIPARI MINERAÇÃO LTDA.
O CONSELHO DELIBERATIVO DO PROBAHIA, no uso da competência que lhe confere o artigo 46 do inciso I, do Regulamento do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico - FUNDESE e do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, aprovado pelo Decreto nº 7.798, de 05 de maio de 2000 e considerando o que consta do processo SICM nº 1100130004316,
RESOLVE:
Art. 1º - Conceder à LIPARI MINERAÇÃO LTDA., CNPJ nº 09.600.534/0001-23 e IE nº 086.266.408 NO, instalada no município de Nordestina, neste Estado, nos termos do art. 5º-H do Decreto nº 6.734/97, o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas seguintes condições:
I - nas entradas decorrentes de importação do exterior;
II - nas operações internas de bens produzidos neste Estado;
III - nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.
Art. 2º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.
Sala de Sessões, 03 de setembro de 2013.
91ª Reunião Ordinária do Probahia
JAMES SILVA SANTOS CORREIA
Presidente

Pela mesma, diante do teor da mesma, fica concedido diferimento apenas para as operações de entradas decorrentes de importação do exterior, que não é o caso, nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, que também não se aplica à hipótese dos autos, restando, pois, analisar o item II da mencionada Resolução, e a sua adequação à redação do Decreto 6.734/97.

Este, como visto, determina que as aquisições internas de bens destinados ao ativo imobilizado, ocorreriam com diferimento, “...desde que haja previsão expressa em resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo a operações com bens destinados ao ativo fixo de contribuintes que desenvolvam a atividade de mineração”.

Cotejando tal texto com o da Resolução acima, observo que a mesma não fala em momento algum, em incorporação para o ativo imobilizado, de que nos fala o Decreto, como condição “sine qua non” para aplicação do instituto do diferimento.

Ou seja: na comparação do teor do Decreto com aquele da Resolução 27/2013, é sentida a ausência da expressa determinação para que o diferimento fosse aplicado nas aquisições de bens para o ativo imobilizado da mineradora, o que invalida o argumento da defesa, e neste caso, a tributação deveria ser realizada normalmente, nas operações de vendas da empresa autuada para Lipari Mineração Ltda.

Pela redação ali expressa, se fala em “bens”, nos itens II e III, donde surge, de imediato a indagação: o cimento por si só poderia ser considerado um “bem”? Vejamos:

Podem ser definidos como tudo aquilo capaz de satisfazer às necessidades humanas e das empresas, possa ser avaliado economicamente, que tenha valor de troca ou venda, a exemplo de máquinas, veículos, imóveis, moeda, dentre outros.

Podem ser classificados como móveis (aqueles que podem ser levados de um lugar para outro sem perder as suas características), imóveis (aqueles que não podem ser movidos sem perder as suas características, estando vinculados ao solo, tangíveis (aqueles que possuem formas ou corpo-matéria, como máquinas, equipamentos, veículos, mercadorias), e intangíveis (aqueles que não possuem matéria, ou seja, não podem ser tocados, como patentes, marcas, direitos, dentre outros).

No caso, apenas quando transformado em outro bem, aí sim, se caracterizando como imobilizado, representado por uma construção ou investimento em bem imóvel, caberia a aplicação do diferimento, e não no caso presente.

Logo, a rigor, o cimento não poderia ser considerado, como um bem, até pelo fato de, nos termos do artigo 111 do CTN, abaixo copiado, não seria possível tal entendimento, senão vejamos:

“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”.

Neste sentido, a doutrina representada por Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Melheiros, 2008) se posiciona no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade. Sendo possível mais de uma interpretação, razoáveis e ajustadas aos elementos sistemático e teleológico, deve prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal.

Ou seja, a abordagem de tal artigo é acerca da vedação ao uso de analogia e equidade ao prescrever a interpretação literal para as isenções, homenageando assim o princípio da legalidade.

Da mesma maneira, o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido de plena aplicação deste artigo, inclusive em casos em que a isenção não seja direta, pura e simplesmente, equiparando a ela outras situações tributárias, a exemplo da redução de base de cálculo.

Ainda que não fosse esta a discussão, também a tese defensiva não poderia ser acolhida, diante do fato de que, em homenagem ao princípio da verdade material, não constam nos autos quaisquer elementos probatórios da utilização do cimento na mineradora, o qual, sabidamente pode em tais casos, ser utilizado de várias maneiras, não somente na aplicação em adutora ou minériodutos, mas, também, em galerias de sustentação quando a mina é subterrânea, oportunidade na qual, quando há detonação este produto se fraciona, e se mistura não somente com o minério, como com os demais elementos do solo, o que, da mesma maneira, não permitiria a aplicação pura e simples do diferimento para todas as operações de mercadorias destinadas a Lipari Mineração Ltda., frente justamente a carência e ausência da prova material respectiva.

Desta forma, não atendida a condição para a aplicação do instituto do diferimento, sendo o procedimento correto a tributação das mesmas, julgo o lançamento procedente em sua inteireza, tal como originalmente lançado.

Quanto ao Acórdão mencionado na peça de defesa, (CJF 0110-12/03), não possui vinculação com a presente autuação, vez tratar de diferimento de cacau em bagas, onde tinha havido cassação do regime de habilitação concedido ao destinatário das mercadorias (o que não é o caso), e utilização de habilitação pertencente a terceiros (igualmente matéria estranha à presente), de modo que não posso leva-la em conta, além de que, não sendo vinculante, conduz à aplicação do princípio do livre convencimento motivado do julgador.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão Nº 0199-04/17, vem, por seu representante legal, às fls. 111/124, expor as razões que motivam seu recurso voluntário, inicialmente discorre sobre a autuação e o julgamento ora recorrido.

Preliminarmente, pede a declaração de nulidade do lançamento ao argumento de que foi, o lançamento ora sob análise, fundou-se exclusivamente em premissas falsas que levam necessariamente a conclusões igualmente falsas, uma vez que o Agente Fiscal autuante louvou-se unicamente no fato de que não houve destaque nem recolhimento do ICMS, sem observar que as mercadorias foram dirigidas para empresa que goza de benefício fiscal, o que o inquia de flagrante nulidade.

Traz, que o estado da Bahia concedeu benesse à LIPARI MINERAÇÃO LTDA., destinatária das notas fiscais objeto da presente autuação. Desta feita, a empresa destinatária, está regularmente habilitada no PROBAHIA, ao qual foi verificado pelo autuante tal benesse (PROBAHIA) à LIPARI

MINERAÇÃO LTDA.

Explica que, o aplicador da norma deve assumir postura consentânea com os postulados básicos que regem o Sistema Tributário Nacional, os quais se encontram explícita ou implicitamente contidos na disciplina fixada pela Constituição Federal de 1988. Caso não guarde observância a tais ditames, a autoridade fiscal incorrerá em flagrante abuso em relação aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, alegando que foi o que se verifica no presente caso em lide.

Alega ainda, que a previsão legal de utilização da presunção não pode transmudar-se em instrumento para o exercício de mero arbítrio. A autoridade fiscal procedeu à autuação pelo simples fato de constatar a existência de operações de circulação de mercadorias, e não averigou corretamente a circunstância de desoneração na qual se encontra a empresa adquirente.

Assim, discorre, que não pode o Fisco, sob o argumento de pautar-se em presunção, fugir à sujeição aos princípios constitucionais da legalidade, tipicidade cerrada, imparcialidade, verdade material, presunção de inocência até prova em contrário e segurança jurídica.

Enfatiza, ainda, que não pode o aplicador da norma tributária, em hipótese alguma, olvidar que o tributo só pode ser validamente exigido quando um fato ajusta-se rigorosamente a uma hipótese de incidência tributária. No problema em tela, apesar da inegável existência de operações, não subsiste possibilidade de cobrança do tributo em razão de o outro sujeito de direitos ser impassível de tributação.

Vem transcorrendo, ainda, que o lançamento está sob a égide da segurança jurídica, bem como de seus consectários (estrita legalidade, tipicidade cerrada, ampla defesa, presunção de inocência até prova em contrário etc.). Enquanto edita esse ato administrativo, o Fisco não pode, sob pena de nulidade, adotar critérios próprios (subjetivos), em substituição aos permitidos pela Constituição.

Aduz, que quanto a tal dever de sujeição, constatado, no presente caso, teria o Fisco estadual a ele se furtado.

Argumenta, ainda, que no caso concreto, o fisco poderia verificar a situação fiscal da destinatária, por aquela encontrar-se território do Estado da Bahia, e, assim, comprovar que o fato conhecido (qual seja, a verificação inequívoca de ocorrência da operação de circulação de mercadoria), era suficiente para sustentar a autuação, ônus do qual não se desincumbiu, uma vez que transformou um mero indício em prova cabal, absoluta e única, para daí embasar a imputação de passivo fictício, sem considerar outros elementos fáticos, jurídicos ou escriturais, incidindo em total desprezo à escrita fiscal e contábil e à circunstância de que o CNPJ destinatário está protegido de tributação ordinária.

Aduz, também, que a presunção de inocência que milita em favor do contribuinte não foi elidida. Todavia, laçando mão o autuante de artifício engenhoso, qual seja, apoiar-se sobre falsa presunção em sentido contrário, transferindo, de tal maneira, o ônus da prova para o Contribuinte, deturpando a finalidade da lei.

Traz ainda, a insubsistência do acordão recorrido, onde alega verificar que no entendimento da Junta de Julgamento Fiscal, a autuação deveria ser mantida, uma vez que as operações apenas poderiam gozar do diferimento quando:

os destinatários dos produtos e bens forem mineradoras; e as mercadorias forem destinadas ao ativo fixo destas, em operações internas com bens produzidos no Estado.

Alegando que as operações realizadas pela Contribuinte ora Recorrente preenchem perfeitamente os dois requisitos acima trazidos pela JJF.

Pede que diante de todo o exposto, requer que seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário para cancelar integralmente o Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Por fim, requer sejam as intimações realizadas em nome das Dras. TACIANA ALMEIDA GANTOIS, inscrita na OAB/SP nº 353.890 e ANA CRISTINA DE CASTRO FERREIRA, inscrita na OAB/SP sob o nº 165.417, ambas com escritório na Alameda Santos nº 1940 – 9º andar – cj. 92 – CEP 01418-102, São Paulo – SP, Telefone (11) 2050-3434, sob pena de nulidade.

VOTO

Da análise dos autos, verifico que se trata de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente a autuação. A infração, objeto da peça recursal, trata-se do não recolhimento do ICMS, no valor de R\$62.060,89, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril a dezembro de 2015, portanto, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento do autuante.

Compulsando os autos, pude constatar que reparo algum merece a decisão recorrida. As alegações da peça recursal repisam a defesa inicial, já apreciada pela 4ª JJF.

Preliminarmente, o recorrente procede alegação de nulidade da autuação. De acordo com a peça recursal, pede a declaração de nulidade do lançamento ao argumento de que foi, o lançamento ora sob análise, fundou-se exclusivamente em premissas falsas que levam necessariamente a conclusões igualmente falsas, uma vez que o Agente Fiscal autuante louvou-se unicamente no fato de que não houve destaque nem recolhimento do ICMS, sem observar que as mercadorias foram dirigidas para empresa que goza de benefício fiscal, o que o inquia de flagrante nulidade.

Quanto a este argumento, não vislumbro a ocorrência de falha que pudesse macular a autuação, já que estão caracterizados a infração, o infrator e o montante devido, e foram bem entendidos pelo recorrente, como demonstra a própria defesa inicial e o Recurso ora apreciado, assim, não pode o autuado alegar que o auto fundou-se exclusivamente em premissas falsas que levam necessariamente a conclusões igualmente falsas.

Foram assim cumpridas as formalidades legais e garantido o direito a ampla defesa e ao contraditório, não cabendo acolher a arguição de nulidade interposta na peça recursal.

Quanto ao mérito da infração, objeto do Recurso Voluntário, entendo que não merece guardada a arguição de improcedência trazida na peça recursal. As alegações do recorrente não trazem documentos ou qualquer outro meio de provas novas capazes de elidir a imputação fiscal, restringindo-se a reiterar as razões da defesa inicial, na qual argumenta que, o autuante, descumpriu o artigo 5º-H, do Decreto 6.734/97, do Regulamento do PROBAHIA onde suas operações envolvendo venda de cimento (produzido neste estado) a contribuinte que desenvolve atividade de mineração, regularmente habilitado naquele Programa, lhe permitiria deixar de destacar o ICMS em razão do diferimento do ICMS na operação.

A JJF, acertadamente, ao analisar, na primeira instância, com fulcro na legislação posta, o artigo 5-H do Decreto 6.734/97, de 09 de setembro de 1997, em gotejamento com a Resolução do PROBAHIA (Resolução Número 027/20017), onde reproduzo abaixo o trecho do voto da referida JJF:

“Art. 5º. -H. Ficam diferidos, nas hipóteses indicadas a seguir e desde que haja previsão expressa em resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo a operações com bens destinados ao ativo fixo de contribuintes que desenvolvam a atividade de mineração, ainda que utilizados em adutoras e mineriodutos, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação:

I - nas entradas decorrentes de importação do exterior;

II - nas operações internas de bens produzidos neste Estado;

III - nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;”

Ou seja: o diferimento não é incondicionado, e está sujeito a algumas regras, qual seja: a existência de previsão expressa na resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA; os destinatários das mercadorias têm que ser mineradoras; o produto deve ser destinado ao ativo fixo da mineradora, e as operações serem internas, de bens

aqui produzidos. “

[...]

Conselho Deliberativo do PROBAHIA
PROGRAMA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DA BAHIA - PROBAHIA
RESOLUÇÃO Nº 027/2013
Concede os benefícios do Diferimento do ICMS à LIPARI MINERAÇÃO LTDA.
O CONSELHO DELIBERATIVO DO PROBAHIA, no uso da competência que lhe confere o artigo 46 do inciso I, do Regulamento do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico - FUNDESE e do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, aprovado pelo Decreto nº 7.798, de 05 de maio de 2000 e considerando o que consta do processo SICM nº 1100130004316,
RESOLVE:
Art. 1º - Conceder à LIPARI MINERAÇÃO LTDA., CNPJ nº 09.600.534/0001-23 e IE nº 086.266.408 NO, instalada no município de Nordestina, neste Estado, nos termos do art. 5º-H do Decreto nº 6.734/97, o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas seguintes condições:
I - nas entradas decorrentes de importação do exterior;
II - nas operações internas de bens produzidos neste Estado;
III - nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.
Art. 2º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.
Sala de Sessões, 03 de setembro de 2013.
91ª Reunião Ordinária do Probahia
JAMES SILVA SANTOS CORREIA
Presidente

[...]

Cotejando tal texto com o da Resolução acima, observo que a mesma não fala em momento algum, em incorporação para o ativo imobilizado, de que nos fala o Decreto, como condição “sine qua non” para aplicação do instituto do diferimento. “

Com esse cotejamento da norma posta, e à luz dos documentos e da legislação aplicável, verifica-se que essa transação não é alcançada pelo benefício do PROBAHIA requerido pelo autuante, assim, entendo que nada existe a ser modificado no julgamento recorrido, por isso ratifico integralmente o julgamento efetuado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal. Dessa forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 o Auto de Infração nº 281508.3011/16-1, lavrado contra INTERCEMENT BRASIL S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$62.060,89, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "b" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS