

A. I. N° - 279463.0001/02-6
AUTUADO - COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS MATSULFUR
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 12. 06. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0194-04/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a.1) MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. **a.2) IMPOSTO RETIDO SOBRE FRETES.** O crédito fiscal referente aos serviços de transportes tomados, relativamente às operações com cláusula FOB, somente pode ser utilizado pelos destinatários das mercadorias. **a.3) DOCUMENTOS FISCAIS NÃO APRESENTADOS.** Infração não comprovada. **b) FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS OBJETO DE QUEBRA ANORMAL.** Infração não caracterizada. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide exige o pagamento de ICMS no valor de R\$797.256,59, mais multa de 60%, relativamente às seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de materiais para uso ou consumo – R\$236.072,85;
2. Idem, referente ao imposto retido sobre fretes, nas vendas e transferências a preço FOB – R\$444.059,84;
3. Falta de retenção e de recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a serviços de transportes (fretes) efetuados por autônomos, em decorrência da não inclusão dos mesmos na base de cálculo da substituição tributária – R\$11.043,03;
4. Falta de estorno de crédito fiscal utilizado, referente a mercadorias que foram objeto de quebra anormal – R\$34.609,59;
5. Utilização indevida de crédito fiscal face a não apresentação dos documentos comprobatórios – R\$71.471,38.

O autuado impugna, tempestivamente, o lançamento (fl. 291), iniciando a peça defensiva com a apresentação de fundamentos jurídicos, a saber:

1. DEVER DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO FISCAL. Invoca o artigo 142, parágrafo único, do CTN, além de ensinamentos de “professores do direito” para comentar sobre a atividade administrativa na realização de lançamento e para alegar que o presente Auto de Infração carece de elementos de prova, invocando também o inciso II, do §4º, do artigo 28, do Decreto 7629/99, que transcreve, para pedir a nulidade do lançamento, com base no artigo 18, IV, “a”, do mesmo decreto ou, no

mínimo, a revisão por autoridade administrativa. A seguir, analisa cada uma das infrações, alegando que:

Infração 1. Não ficou demonstrado, em qualquer relatório, a especificação dos materiais classificados como de uso ou de consumo, o local de aplicação, a finalidade, a essencialidade, etc, relativas aos mesmos, que justificasse a conclusão de que os mesmos são de uso e consumo.

Infração 2. A peça fiscal não especifica nem esclarece que de fato ocorreram transferências entre estabelecimentos e que, por parte dos estabelecimentos destinatários, não houve a compensação dos respectivos créditos do ICMS.

Infração 3. A situação apontada (vendas de cimento a preço FOB...) não era hipótese de recolhimento do imposto, sobre o valor dos fretes efetuados por autônomos.

Infração 4. Os documentos de folhas 277 a 286, em que se baseiam a acusação, comportam ajustes. Por esta razão, entende que as informações deveriam ser extraídas do Relatório de Custos, que diz ter disponibilizado ao autuante e que, alega, sequer foi objeto de notificação na peça fiscal.

Infração 5. Os documentos estão em seu poder, conforme prova pelas cópias que anexa ao processo (fls. 311 a 315).

Cita mais um autor e a ementa do Acórdão JJF597/99.

2. Invoca o artigo 37 da Constituição Federal para alegar que devem ser aplicados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, para que o ato administrativo seja válido e imponha segurança jurídica. Relativamente ao princípio da moralidade, alega que este determina, nos termos do §1º do mesmo artigo, que o servidor pode ser civilmente responsabilizado se não agir eticamente, argumentando que, assim sendo, deve o fisco ser direcionado para a orientação ao contribuinte e não para persegui-lo.

3. Alega a inexigibilidade dos débitos tributários que lhe são imputados, conforme:

Infração 1. Diz que todas as mercadorias foram adquiridas para a consecução da sua atividade comercial, o que é suficiente para garantir a compensação dos créditos fiscais relativos ao ICMS, baseado no princípio constitucional da não cumulatividade. Aduz que o autuante, ao exigir o imposto sobre tal modalidade, o equiparou erroneamente a consumidor final invocando, em apoio ao seu argumento, o conceito de consumidor, transcrevendo o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor e comentários sobre o tema feitos por autores que identifica. Sobre o princípio constitucional da não cumulatividade, transcreve partes de textos produzidos por autores, que identificou, e ementa que diz exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Infração 2. Alega que não tinha obrigação de fazer a retenção do imposto sobre os serviços de transportes citados, embora tenha retido indevidamente, porque transferências entre estabelecimentos da mesma titularidade não podem ser classificadas como operações de circulação de mercadorias, invocando a Súmula 166 do STJ e comentário de autor que identifica, relativamente ao tema. Diz que, de conformidade com o artigo 150 do CTN, combinado com o artigo 25 da Lei 7988/01, tem o direito de compensar os valores indevidamente retidos. Alega também que a referida compensação ocorreu no estabelecimento remetente, o qual suportou o ônus da retenção, além de afirmar que os valores retidos não foram utilizados pelos seus estabelecimentos destinatários.

Infração 3. Diz que houve erro na identificação do fato. Admite que deixou de incluir os valores dos fretes na base de cálculo para fins de substituição tributária já que as vendas foram feitas a preço FOB, sendo dos adquirentes a responsabilidade pela contratação dos serviços de transporte. Em apoio ao seu argumento transcreve o artigo 61 e seus incisos I e II do RICMS/97, e o Acórdão JJF2093-01/01.

Infração 4. Reclama que as informações utilizadas pelo fisco não foram coletadas de seus “controles oficiais” ou seja, de seus Relatórios de Custos, o que resultou na apuração errônea da produção, pela ausência de investigação analítica. Diz que apresentou os citados relatórios ao autuante, alegando que o mesmo sequer os apreciou, e afirma que os valores neles informados conferem com o Livro de Registro de Inventário. Alega ainda que, mesmo sendo a quebra anormal, o princípio da não cumulatividade tem que ser respeitado pois a anulação dos créditos fiscais somente pode ser determinada nas hipóteses de isenção ou de não incidência e que, a própria Lei Complementar 87/96, não autoriza tal anulação. Transcreve também o artigo 150, I, da Constituição Federal, para alegar que a exigência atenta contra o princípio da legalidade.

Infração 5. Apresenta, para elidir a exigência, os documentos comprobatórios do direito aos créditos fiscais glosados, ressaltando que, mesmo que não os tivesse apresentado a autoridade administrativa não poderia glosá-los uma vez que outros documentos atestam a existência dos mesmos, citando autor que identifica.

Continuando, alega que possui, sob a sua guarda, milhares de documentos que, entende, deveriam mas não foram investigados, requerendo diligência “in loco” para: a) apurar o local da aplicação, a finalidade e a essencialidade dos produtos considerados para uso ou consumo; b) informar se dentre tais produtos, algum foi classificado como sendo destinado ao Ativo Imobilizado; c) informar se houve utilização dos créditos do ICMS pelos destinatários das mercadorias, nas transferências, cujo imposto, sob a rubrica de “frete”, foi indevidamente retido e, d) apurar o percentual de perda na produção, com base nos seus Relatórios de Custos, que intitula de “documento oficial”.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência ou, no mínimo, a realização de revisão do lançamento.

O autuante presta informação fiscal (fl. 331) explicando em relação a cada infração:

Infração 1. Que os créditos glosados foram apurados em relatório do próprio autuado (fls. 33 a 240), no qual descreveu tratar-se de materiais de uso ou consumo, destinados à manutenção das atividades do estabelecimento. Afirma que o autuado tanto entendeu que os materiais não lhe confeririam o direito ao uso de créditos fiscais, que os classificou como bens de consumo, pagando o diferencial de alíquotas sobre as aquisições interestaduais dos mesmos.

Infração 2. Que os valores exigidos constam do relatório da ASSECOM (fls. 242 a 245) e só são possíveis de aproveitamento pelos destinatários.

Infração 3. Que, sendo do conhecimento do autuado os valores suportados pelos adquirentes, estes devem ser incluídos na base de cálculo, para fins de substituição tributária.

Infração 4. Que o autuado não escriturava o Registro de Controle da Produção e do Estoque, mas mantinha controles através dos chamados “Boletim Diário de Produção”, que foram apresentados ao fisco, e que se constituem em prova maior da movimentação dos estoques.

Infração 5. Concorde com a defesa.

Assevera que o autuado, na folha 303, citando o artigo 94 do RICMS/97, distorce o entendimento e se condena, pois o referido dispositivo citado reconhece que é o destinatário o detentor do crédito fiscal. Conclui pedindo o julgamento pela procedência parcial, com a exclusão da infração 5.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade do presente lançamento, feito pelo autuado na sua peça defensiva, pelos seguintes motivos:

1. Constatado que não está caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.
2. O pedido do autuado com base no artigo 18, IV, “a”, do mesmo RPAF, não tem procedência. Conforme ficará esclarecido na análise individual das infrações, todas elas ficaram suficientemente demonstradas.
3. Os elementos de prova estão presentes no processo, devidamente anexados pelo autuante.
4. A alegação de que não foram aplicados os princípios que elencou não ficou caracterizada. O princípio da legalidade foi respeitado pois o lançamento foi efetuado por servidor competente para tal, devidamente autorizado através de ordem de serviço, tendo o mesmo agido em conformidade com as disposições legais que regem a forma de constituição do crédito tributário. Os princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, foram alegados como ofendidos, sem pontuação dos motivos. Quanto ao princípio da moralidade, não foi ofendido da forma como quer fazer crer o autuado. É que não ficou comprovado que o autuante agiu fora da ética, direcionando sua ação para persegui-lo. Pelo contrário, volto a repetir, todo o trabalho foi desenvolvido dentro das rotinas administrativas praticadas pela SEFAZ e por seus servidores.

Quanto às questões de mérito, da análise das peças e comprovações que compõem o presente processo, observo:

Infração 1. Os valores exigidos pelo fisco como sendo créditos fiscais utilizados indevidamente foram destacados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado, no exercício de 1999: Notas Fiscais Modelo 1, utilizadas como de entradas, de nºs 23, 31, 35, 36 e 49 (fls. 9 a 13). Nos referidos documentos está consignado que foram emitidos de acordo com o artigo 93, I, “b”, V, “a” e § 1º, I, “a”, “b” e “c”, do RICMS/96 e 97. Embora o autuante não tenha demonstrado, através da anexação de cópia dos Livros de Registro de Entradas e de Registro de Apuração do ICMS, que o autuado utilizou tais créditos, este fato não foi contestado pelo mesmo que, pelo contrário, reconhece a utilização.

O autuado pecou na forma de utilização dos referidos créditos fiscais. Primeiramente porque a legislação não o autoriza à emissão dos documentos, na forma como foram emitidos. Segundo, porque confessou, nos próprios documentos, que se tratava de materiais para uso ou consumo, através dos relatórios nos quais a emissão dos mesmos está baseada (fls. 33 a 240). O reconhecimento por parte do autuado, em documentos que expediu, de que os materiais são destinados a uso ou consumo, dispensa a identificação e discussão sobre o local de aplicação, a finalidade, a essencialidade, etc, relativamente aos materiais adquiridos. A legislação fiscal vigente veda a utilização de créditos fiscais relativamente às aquisições para uso ou consumo do estabelecimento, independentemente da aplicação do princípio da não cumulatividade. Este Tribunal Administrativo não tem competência para discutir inconstitucionalidades da legislação vigente.

O autuado também se equivoca quanto a aplicação do conceito de consumidor final, contido no Código de Defesa do Consumidor, para a discussão relativamente ao tema. É que aquele código regula as relações entre os consumidores e os seus fornecedores, não se referindo às relações entre o Estado e seus contribuintes.

Quanto à Súmula que atribui ao STJ, deixo de considerá-la, pois relativamente ao ICM, imposto outro que não o ICMS, que é o objeto da presente exigência.

Entendo que a infração está caracterizada e documentalmente comprovada.

Infração 2. Os valores exigidos como sendo créditos fiscais utilizados indevidamente, foram destacados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado, respectivamente em 30.09.2000 e 30.10.2000: Notas Fiscais Modelo 1, utilizadas como de entradas, de nºs 141 e 149 (fls. 243 e 244). São referentes a créditos extemporâneos, relativamente a fretes realizados por autônomos (Frete FOB), conforme levantamento, com base no artigo 94, I, “a” a “c” – Planilha à folha 245. Os valores constantes da planilha foram corrigidos monetariamente, com base na variação da UFIR. Segundo posso aferir, trata-se de valores de fretes sobre operações “FOB”, cujo imposto foi retido pelo autuado, conforme reconhece na defesa. Todavia, o dispositivo legal citado como base para o levantamento determina, expressamente, que os créditos fiscais decorrentes dos referidos serviços podem ser utilizados pelo destinatário, sem distinção de serem relativos a operações de vendas ou de transferências. Dessa forma, não poderiam os mesmos serem utilizados pelo estabelecimento remetente. Ainda, a legislação fiscal veda a atualização monetária de créditos fiscais utilizados extemporaneamente, mesmo que o usuário tenha direito a eles (§ 2º, do artigo 93, do RICMS/97).

A exigência referente a este item é subsistente.

Infração 3. A exigência fiscal fica caracterizada como retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, por falta de inclusão, na base de cálculo, de despesas conhecidas pelo remetente, de responsabilidade do adquirente: fretes efetuados por autônomos. Mesmo sendo as operações realizadas com o transporte com cláusula FOB, sendo o valor dos fretes conhecidos no momento da emissão do documento, deve o mesmo ser incluso na base de cálculo para fins de substituição tributária pois, nesse caso, não se aplica a exceção prevista no § 1º, do artigo 61, do RICMS/97, que o autuado esqueceu de citar. O Acórdão JJF 2093-01/01 não serve de apoio às alegações do autuado pois aquela decisão versa sobre situação diversa da presente.

Entendo que a infração está caracterizada, já que os valores não foram contestados pelo autuado.

Infração 4. Não tem procedência a reclamação do autuado de que o autuante não considerou os Boletins de Produção que emitiu e disponibilizou. Os mesmos foram objeto de consideração pelo autuante e estão anexados ao processo (fls. 278, 280, 283 e 285). Se outros relatórios existiam e não foram considerados, como alegou o autuado, tal existência não restou comprovada. Os números do levantamento não foram contestados pelo autuado que pautou sua defesa na análise de princípios do direito.

A acusação de ocorrência de quebra anormal, todavia, não resta comprovada. O autuante a partir da quantidade processada de “clinquer”, baseado em índices de produção a partir daquele componente, projetou a quantidade produzida de cimento (produto final). A partir desta quantidade, realizou o levantamento quantitativo de estoques, apurando que ocorreram saídas de mercadorias sem notas fiscais. Voltou à matéria prima, e alegou quebra anormal, em desconformidade com os demonstrativos de apuração (fl. 277), que refletem o levantamento quantitativo de estoques.

Verificadas as diferenças (saídas sem notas fiscais), sobre a produção apurada, constato que aquelas representam, percentualmente: Exercício de 1998: 1,57%; Exercício de 1999: 2,04% e Exercício de 2000: 0,21%. Tais índices, salvo estudos mais aprofundados, são compatíveis com quebras ocorridas na manipulação de muitos dos produtos industrializados, ou mesmo ocorridas no processo de fabricação.

No meu entendimento a infração apontada não ficou caracterizada, não podendo subsistir. As quebras encontradas, no levantamento quantitativo de estoques, não são suficientes para determinar a infração imputada ao autuado, pois o roteiro seguido não foi próprio.

Infração 5. Foi elidida pelo autuado com a apresentação das notas fiscais de nºs 7444 a 7448 (fls. 311 a 315), que mereceram, inclusive, a acolhida do autuante, quando da informação fiscal.

Para concluir, rejeito o pedido de revisão e não solicito a realização de diligência porque, com base no artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, as informações contidas no presente processo foram suficientes para a formação da minha convicção. Os motivos alegados pelo autuado na conclusão de sua defesa, para solicitar a revisão, também não merecem a minha acolhida, porque: a) como justifiquei na análise do mérito, desnecessário é apurar o local da aplicação, a finalidade e a essencialidade dos produtos considerados para uso ou consumo; b) se algum dos produtos inclusos no levantamento foi destinado ao ativo imobilizado, deveria o autuado ter apontado qual, ao invés de registrar uma simples insinuação, sem comprovação. Entendo que não cabe a este Relator determinar a produção de provas em favor do contribuinte; c) se houve ou não utilização de créditos fiscais pelos destinatários (infração 2), este fato não será suficiente para conferir, ao remetente, direito aos mesmos, conforme analisado anteriormente, e d) a apuração de percentuais de produção, face à análise do mérito favorável ao contribuinte, torna-se desnecessária.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, no valor de R\$691.175,72, referente às infrações subsistentes, de nºs 1 a 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279463.0001/02-6**, lavrado contra **COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS MATSULFUR**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$691.175,72**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista nos incisos II “e” e VII “a” do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR