

PROCESSO	- A. I. N° 298921.0035/01-3
RECORRENTE	- INDUCOMPRES – INDÚSTRIA COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0036-04/02
ORIGEM	- INFRAZ VALença
INTERNET	- 11.03.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0020-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. 2. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações parcialmente caracterizadas. Após a realização da diligência efetuada pela ASTEC, restou constatado que parte da autuação se refere a embalagens e produto intermediário que dão direito ao crédito fiscal, portanto excluída na revisão. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração nº 298921.0035/01-3, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$24.481,56, relativo às seguintes infrações:

1. *utilizou indevidamente crédito fiscal, em janeiro e agosto de 2001, referente a serviço de comunicação adquirido pelo estabelecimento nas hipóteses elencadas na alínea “b”, inciso II-A do art. 93 do Decreto n.º 7.886/00;*
2. *utilizou indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;*
3. *utilizou indevidamente crédito fiscal, referente a mercadoria destinada a contribuinte diverso, sendo que o Conhecimento de Transporte Rodoviário n.º 508232 tem como destinatário a empresa CULTROSA – Culturas Tropicais S/A;*
4. *deixou de recolher o imposto decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

A Junta de Julgamento afastou inicialmente a preliminar de nulidade suscitada para os itens 2 e 4, uma vez que às fls. 16 e 17 detectou a existência de um recibo firmado pelo autuado onde declara ter recebido cópias dos levantamentos elaborados pelo autuante, caindo por terra o argumento de que não lhe foi dado conhecimento sobre os mesmos. Rejeitou também o argumento de que o autuante não discriminou as mercadorias pertinentes ferindo o direito de defesa ou a precisão na descrição do fato gerador, pois entendeu como justo motivo a apuração dos créditos indevidos e do diferencial de alíquota baseada nos livros Registros de Entradas e de Apuração do ICMS, já que o autuado informou

em fl. 11 a ocorrência de perda/danificação dos documentos relativos ao período de 01/97 a 04/2001. Indeferiu, ainda, o pedido de diligência, com base no art. 147, I, “b” do RPAF/99.

No mérito, considerou correta a exigência fiscal da infração 1, de acordo com o art. 97, “c” do RICMS/97 pois o autuado exerce o comércio como atividade econômica e não telecomunicações. Para a infração 2, afirmou que se baseou na declaração nos livros de Entrada e Apuração de que as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, ao passo que o autuado alegou e não provou que as mesmas eram produtos ligados às suas atividades fins. A infração 3, por sua vez, não foi objeto de impugnação, sendo, portanto, tacitamente reconhecida. O autuado, por fim, também alegou mas não provou que as mercadorias objeto da infração 4 não foram adquiridas para uso e consumo próprio. Por outro, resta constatado em fls. 18 a 48 que as mesmas foram escrituradas para uso ou consumo próprio, sendo devido o diferencial de alíquota.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário reiterando a preliminar de nulidade das infrações 2 e 4 no que tange à falta de discriminação das mercadorias objeto da autuação. Disse que a declaração de perda ou extravio dos documentos relativos ao período de 01/97 a 04/2001 não torna desnecessária a identificação precisa da ocorrência, afim de possibilitar o direito de defesa, acrescentando que não há provas nos autos de que os documentos danificados tenham relação direta e específica com os itens autuados.

No mérito, alegou que é devida a utilização dos créditos fiscais referentes à infração 1 ante o princípio da não cumulatividade, pois o serviço de comunicação utilizado não ocorre de forma dissociada de suas atividades fins, estando o custo incluído no preço da mercadoria comercializada. Para afastar a infração 2, asseverou que somente utiliza crédito fiscal oriundo de mercadorias e serviços ligados a sua atividade fim, mas que esclarecerá a participação de cada mercadoria em seu processo assim que forem discriminadas. Por fim, afirmou que algumas notas foram constadas incorretamente no Código de Operação Fiscal, pois se referem a produtos intermediários e materiais de embalagem, a exemplo de “canecas coletoras de látex, ácido fosfórico, fosfato, óleo diesel e sacarias”. Sobre o item 4, reportou-se aos argumentos relativos ao item 2, afirmando que as mercadorias adquiridas não são de uso ou consumo, sendo indevida a cobrança de diferencial de alíquotas. Juntou, por fim, documento comprobatório de parcelamento do débito constante do item 3.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso apresentado, afastando a preliminar de nulidade suscitada para os itens 2 e 4, uma vez que a autuação decorreu dos próprios registros de entradas do recorrente e que as notas fiscais que especificariam as mercadorias não foram apresentadas em razão de extravio ou perda. Quanto aos documentos juntados, verificou que não se relacionam com a autuação, pois nenhum dos itens destacados constam do levantamento do autuante.

Em relação aos créditos referentes à comunicação, a legislação em vigor a partir de 01/01/2001, Decreto nº 7.886/2000, veda a utilização do referido crédito aos contribuintes que não têm a comunicação como atividade fim.

O PAF foi convertido em diligência à ASTEC pelo então relator, para que fosse sanadas dúvidas referentes às infrações 1 e 2.

Como resposta, o órgão diligente informou que as notas fiscais juntadas pelo recorrente foram consideradas no levantamento realizado pelo autuante e, por entender que a definição de material de consumo e de embalagem é uma questão de mérito, apresentou uma lista contendo todas as notas fiscais escrituradas como material de consumo e de uso, cujos créditos foram objeto de glosa nas infrações 2 e 4

O recorrente, manifestando-se sobre a diligência, reiterou todos os seus argumentos e acrescentou que a diligência, ao descrever as suas atividades, deixou claro que a autuação recaiu sobre mercadorias consumidas diretamente no processo produtivo, a exemplo de película, utilizada na embalagem; edenor, ácido utilizado para centrifugar o latex e separar o leite da água; amônia, utilizada como adubo para plantar seringueira; esteira para calandra, para compactação da borracha; caneca coletora de latex e ácido fosfórico, para diminuir a viscosidade da borracha.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso apresentado, entendendo que parte da autuação se refere a embalagens que dão direito ao crédito e outra se refere a material de uso e consumo, como destilador, óleo diesel, amônia, arame, caneca coletora, esteira para calandra, balança e *palets* de madeira. Entendeu, por fim, que o endenor é utilizado no processo produtivo, com a função de centrifugar o latex, sendo, pois, um produto que se desgasta em função do produto a ser produzido.

VOTO

O recorrente suscitou preliminarmente a nulidade dos itens 2 e 4 do Auto de Infração. Disse que não houve discriminação das mercadorias objeto das infrações, motivo causador de imprecisão, dificultando sua defesa. Porém, como apontou a douta PROFAZ, a autuação tomou por base o registro dos livros de Entrada e de Apuração do ICMS da própria empresa e, como emanou daí a informação de que os produtos se destinavam para uso e consumo próprio, não houve cerceamento de defesa, pois o recorrente, ao aplicar essa denominação em seus registros fiscais, conhece as mercadorias sem precisar de suas especificações. Por outro lado, essas informações constavam em suas notas fiscais, as quais não foram fornecidas sob a alegação de perda ou extravio.

No mérito, ainda em relação aos itens 2 e 4, o recorrente alegou que somente utilizou créditos fiscais oriundos de aquisições de mercadorias e serviços ligados a sua atividade fim e não para uso ou consumo.

Ademais, juntou documentos para indicar que determinadas mercadorias (canecas coletoras de látex, ácido fosfórico, fosfato, óleo diesel e sacarias) constaram na escrituração com Código de Operação Fiscal incorreto.

Após a realização da diligência efetuada pela ASTEC, restou constatado que parte da autuação se refere a embalagens e ao insumo *Endenor*, utilizado no processo produtivo, com a função de centrifugar o látex, desgastando-se no processo produtivo, constituindo-se, dessa maneira, em produto intermediário. Tais itens dão direito ao crédito fiscal conforme o disposto no Art. 93 do RICMS/BA. e devem ser excluídos da autuação.

Assim, considero parcialmente procedentes os itens 2 e 4.

Para afastar o item 1º o recorrente alegou que foram devidos os créditos utilizados com base no princípio da não cumulatividade, pois o serviço de comunicação não se dissocia de suas atividades fins, ingressando, inclusive, no preço das mercadorias comercializadas. O benefício desse crédito fiscal, por sua vez, de acordo com o Decreto nº 7.886/2000, está adstrito às empresas que têm o serviço de comunicação como atividade fim, o que não ocorre com o recorrente, não lhe cabe, portanto, beneficiar-se do referido crédito, independentemente de imputar custo do serviço de comunicação no preço de seu produto. Invocar o princípio da não cumulatividade, em confronto com o dispositivo no Decreto nº 7.886/2000, transcende o âmbito de apreciação deste CONSEF, uma vez que é argumento sobre constitucionalidade de norma jurídica.

Por fim, o recorrente juntou comprovante de parcelamento do débito referente ao item 3º, reconhecendo sua procedência.

Em vista do exposto, acompanho o opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0035/01-3, lavrado contra **INDUCOMPRE - INDÚSTRIA COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.214,56**, sendo R\$1.241,49, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, mais R\$19.973,07, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, "f", e VII, "a", da referida lei, e demais acréscimos legais, devendo ser homologado o "*quantum*" já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Fevereiro de 2003.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ