

PROCESSO - A.I. N° 108595.0007/01-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CERNE CERÂMICAS REUNIDAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJJ n° 0299-01/03
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 22.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0548-11/03

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a decisão de Primeira Instância que concluiu pela nulidade da infração 1 do lançamento fiscal, em virtude de vícios da autuação. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento para proferir nova decisão quanto à parte desfavorável à Fazenda Estadual. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 31/08/01, no qual cobra imposto no valor de R\$96.803,10 acrescido das multas de 50%, 60% e 150%, em decorrência:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O levantamento foi efetuado considerando os valores consignados no RAICMS (julho de 1996 a dezembro de 1997) - R\$53.103,18;
2. Falta de recolhimento do imposto em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros próprios (exercícios de 1996 e 1997) - R\$14.926,06;
3. Deixou de recolher e/ou recolheu a menor o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (exercícios de 1996 e 1997) - R\$2.400,09;
4. Deixou de recolher e/ou recolheu a menor o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado (fevereiro de 1996 a dezembro de 1997) - R\$26.373,77.

O contribuinte (fls. 282 a 285), através de advogado legalmente constituído, inicialmente reconhecendo como procedentes as exigências do imposto contidas nos itens 2, 3 e 4 do Auto de Infração, defendeu-se, tempestivamente, exclusivamente do item 1.

Inicialmente suscitou a sua nulidade devido à falta de clareza na sua lavratura, o que impossibilitou o exercício do seu direito de defesa, garantido constitucionalmente.

Da leitura e análise da infração apontada e guerreada, observou que embora fosse acusado da utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de material para uso e consumo, em momento algum ficou demonstrado a que tipo de materiais está à infração se referir, além de não existir quais as notas fiscais indicativas de tais créditos. Assim, com base no art. 18, II e IV “a”, do RPAF/99 entendeu nulo o item. No mais, alegou que foram feridas, também, as regras esculpidas nos arts. 28, § 3º, IV, 39, III e 41, II do RPAF/99, pois não consta no corpo do Auto de

Infração ou mesmo no Termo de Encerramento a reprodução fiel do teor dos fatos considerados infrações de uma obrigação tributária, de forma clara, precisa e sucinta e os demonstrativos e levantamentos indispensáveis à demonstração do fato argüido. Trouxe, à lide, as Resoluções nºs 3.492/97, 3.206/96 e 4.558/95 deste Colegiado, objetivando corroborar sua argumentação.

No mérito, afirmou estar convicto de que inexistiu utilização indevida de crédito fiscal, pois todos aqueles utilizados sempre decorreram de material consumido no seu processo produtivo. Juntou, aos autos, cópias de notas fiscais (fls. 287 a 326), como exemplos, nas quais constam produtos como madeira e nitróleo que são necessárias ao processo de fornagem, umas das etapas da produção de cerâmica.

Assim, tratando-se de mercadorias consumidas no processo produtivo, indiscutível o direito à utilização do crédito por parte da empresa, pois não assim procedendo, haveria afronta ao princípio da não-cumulatividade do imposto, consagrado constitucionalmente pelo art. 155, § 2º, I da Constituição vigente e, nessa condição, não poderia sofrer restrições de qualquer ordem.

Ante as razões expostas e ao tempo em que protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, requereu que o item 1 do Auto de Infração fosse julgado nulo ou, na hipótese de ser a mesma ultrapassada, que sejam apontadas as mercadorias que geraram a suposta utilização indevida do crédito para que pudesse demonstrar a sua utilização no processo produtivo, o que culminará na sua improcedência.

A autuante prestou informação (fl. 245) informando que ao final dos trabalhos referentes os itens 2, 3 e 4, que consistiu em efetuar a soma de aproximadamente 10.000 notas fiscais, verificou que no livro Registro de Apuração do ICMS existiam lançamentos, a crédito do ICMS, oriundos de mercadorias classificadas pelo autuado como de uso e consumo. Sendo valores significativos, não lhe pareceu conveniente deixar de efetuar a glosa dos créditos que, por conhecimento, são indevidos pela sua classificação fiscal.

Em seguida, observando a existência de prazos exígues para encerramento das fiscalizações, perguntou: 1) mercadoria adquirida para uso e consumo dá direita a crédito? 2) diante de lançamentos como o questionado e dos prazos que lhe foi concedido, deve a fiscalização deixar de autuar?

Ao final, ratificou a ação fiscal.

Os autos foram baixados em diligência para que a autuante elaborasse levantamento, indicando todas as notas fiscais e mercadorias que foram glosadas e suas aplicações no processo produtivo do estabelecimento. Além disto, que verificasse nos livros contábeis, como as mercadorias foram registradas. (fl. 348).

A autuante cumpriu parcialmente o solicitado. Afirmou que, de posse do livro Registro de Entradas, conferiu seus lançamentos, nota a nota. Após tal procedimento, glosou os créditos das mercadorias como: elétrodo, rolamentos, material elétrico, material de construção, barras de ferro, mercadorias de reposição e consumo. Diminuiu o valor do débito para R\$12.394,88 e anexou algumas notas fiscais (fls. 357 a 362). Omitiu-se de qualquer comentário a respeito dos lançamentos efetuados pelo autuado nos seus registros contábeis (fls. 349 a 356).

O recorrido chamado a tomar conhecimento manifestou-se (fls. 366 a 367). Inicialmente, reiterou todos os termos de sua peça de impugnação anterior. Refutou que houvesse afirmado em sua defesa, e como dito pela autuante, de que os créditos haviam sido estornados do RAICMS, lançados na rubrica de “material de uso e consumo”.

Prossseguiu, afirmando que a autuante continuava a não identificar a natureza dos produtos cujos créditos foram glosados e, principalmente, a participação dos mesmos no seu processo produtivo,

limitando-se a afirmar que não se enquadravam na categoria de insumos.

No mérito, afirmou, a autuante “elegeu não se sabe por qual critério técnico”, as mercadorias que se enquadravam ou não com direito ao crédito tributário e assim, elaborou seu levantamento, que sozinho sem maiores esclarecimentos de nada serviam.

Reafirmando que os créditos utilizados são legítimos, com base no princípio constitucional da não-cumulatividade que o Estado da Bahia insiste em não obedecer, ratificou os pedidos de nulidade ou improcedência do item contestado.

Em fase de instrução processual, foi observado que a autuante, ao elaborar o levantamento dos documentos fiscais, não discriminou as mercadorias por nota fiscal, apenas o fez em relação aos emitentes dos documentos. Nesta circunstância e visando o equilíbrio do contraditório, o PAF foi convertido em diligência para que fiscal estranho ao feito identificasse, por nota fiscal, as mercadorias constantes do levantamento elaborado pela autuante quando da solicitação por este Colegiado e descrevesse as suas utilizações pela empresa autuada (fl. 372).

Todavia, o Fiscal estranho ao feito não pode cumprir o que foi solicitado, uma vez que ao analisar as notas fiscais que deveriam compor o levantamento elaborado pela autuante, o qual fora solicitado pela 1^a JJF, verificou que todas elas pertenciam à empresa Cerâmica Senhor do Bonfim, I.E. nº 00.635.691, CNPJ nº 15.849.490/0001-72, empresa diversa do autuado. Desta forma, entendeu que, como o sujeito passivo não tinha vinculação com as notas fiscais, objeto da infração 1, não havia motivo para se perquirir acerca da função das mercadorias arroladas nas mesmas (fls. 373/376).

O recorrido ao tomar conhecimento da revisão, requereu a nulidade da infração 1 tendo em vista ser sujeito passivo ilegítimo, já que as notas fiscais que lhe deram origem se referiam a empresa diversa, ou seja, ao contribuinte Cerâmica Senhor do Bonfim Ltda e nesta empresa lançadas no Registro de Entradas e não do autuado. No mérito, disse que a infração não poderia subsistir que o estabelecimento autuado não utilizou os créditos aludidos que foram escriturados na empresa adquirente das mercadorias.(fls. 786/787).

Mais uma vez, a 1^a JJF, novamente, baixou os autos em diligência (fl. 791) para que fiscal estranho ao feito elaborasse levantamento, indicando:

1. As notas fiscais que não pertenciam ao autuado com demonstrativo dos seus valores;
2. Se existiram aquisições efetivamente realizadas pelo contribuinte. Caso positivo, relacioná-las, identificando as mercadorias e as suas aplicações no processo produtivo ou consumo do estabelecimento, conforme o caso;
3. Verificasse se todos dos documentos fiscais (os que pertencem e aqueles que não pertencem ao contribuinte) foram registrados no seu livro Registro de Entradas;
4. Verificasse, também, através dos registros contábeis, se as mercadorias identificadas como adquiridas pelo autuado foram contabilizadas. E, aquelas que foram adquiridas por outro contribuinte, mas registradas pelo autuado, verificar se estão identificadas na sua contabilidade.

Através do Parecer nº 008/02, o diligente fiscal reafirmou não haver motivo para perquirir a respeito da utilização das mercadorias, conforme solicitação, uma vez que as notas fiscais apresentadas não se encontravam registradas na escrita fiscal e contábil do autuado, sendo documentos de outro contribuinte. Trouxe ao PAF o livro Registro de Entradas, de Apuração do ICMS e o Razão para corroborar sua posição. Ressaltou, enfaticamente, que não havia afirmado,

conforme entendido por esta relatora, que as mercadorias, objeto da autuação, e constantes das notas fiscais estivessem escrituradas na escrita fiscal do contribuinte (fls. 792 a 796).

O recorrido ratificou os mesmos argumentos anteriormente expostos (fls. 1135/1136). A autuante apenas apôs seu ciente quanto à revisão efetuada (fl. 1129 verso).

Tendo em vista que as dúvidas quanto ao item 1 da autuação persistiam, a 1^a JJF, solicitou que a autuante intimasse o autuado a apresentar todas as notas fiscais que compuseram os valores consignados nas classificações fiscais 1.93 e 2.93 do seu livro RAICMS, do período fiscalizado, objetivando a elaboração de levantamento, identificando as mercadorias e as suas aplicações no processo produtivo ou consumo do estabelecimento, conforme o caso (fl. 1138).

A autuante manifestando-se (fl. 1139), afirmou ter, finalmente, concluído as dúvidas existentes nos autos. Salientou que quando da sua primeira informação, havia intimado o autuado a apresentar as notas fiscais que deram origem aos créditos lançados no Registro de Apuração de ICMS, como créditos de material de consumo. Por engano, foram entregues notas fiscais da Empresa Cerâmica Senhor do Bonfim Ltda, fato este não percebido, na ocasião, o que gerou outras diligências, inclusive por fiscal estranho ao feito, que identificou o erro, porém não fez o levantamento fiscal.

Neste contexto, realizou um levantamento (anexo ao PAF) efetuado através da listagem das notas fiscais de acordo com as datas. Ressaltou que não foi possível fazer o casamento com o período lançado, pois os documentos foram apresentados totalmente fora de ordem. Assim, foi necessário fazer o sistema de conta corrente, compensando os créditos mês a mês. Apresentou os seguintes valores como de créditos indevidos: jul/96 - R\$1.206,48; mar/97 - R\$1.206,95; jun/97 - R\$3.120,93 e out/97 - R\$2.365,44, em um total de R\$7.899,80.

O recorrido (fls. 1163 e 1164), chamado a tomar conhecimento da revisão efetuada, manteve todos os seus argumentos anteriores quanto a nulidade do lançamento, acrescentando, na oportunidade, que a autuante havia mudado o fulcro da autuação sob a alegação de que como os documentos fiscais foram apresentados fora da ordem não considerou as datas de ocorrências reais, levantou a conta corrente fiscal e não os créditos sobre materiais de uso e consumo. Além do mais, a autuante já havia reconhecido “parte da nulidade do mesmo”, por ilegitimidade passiva.

Em sede de julgamento a 1^a JJF do CONSEF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 108595.0007/01-8, declarando Nula ação fiscal no que tange a infração 01 consoante o disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, uma vez que não ficaram determinados quais os tipos de materiais referidos, além de não existir as notas fiscais indicativas de tais débitos. Todavia, manteve o lançamento do débito no valor de R\$ 43.669,92 referente às infrações 02, 03 e 04, já reconhecida pelo Recorrido na defesa.

Em atendimento ao disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 alterado pelo Decreto nº 7.851/00, a 1^a JJF do CONSEF interpôs o devido Recurso de Ofício.

VOTO

Após análise dos autos constato que a 1^a JJF, não obstante o brilho dos seus julgadores, se equivocou em afastar a exigência fiscal descrita na infração 1, sob o fundamento de que esta era nula, por não restar comprovado nos autos quais os tipos de materiais referidos, bem como a existência de notas fiscais indicativas de tais débitos.

Ora, no presente caso, verifico que o próprio recorrido realizou o lançamento do crédito fiscal referente à aquisição do material de uso e consumo do estabelecimento, no Livro de Registro de Apuração do ICMS. Logo, caberia ao recorrido comprovar quais bens foram adquiridos e, por

consequente, lhe ensejaram o creditamento. Deveras, deveria o recorrido, quando da fiscalização comprovar a origem dos bens lançados para uso e consumo do estabelecimento, mediante a apresentação das notas fiscais indicativas de tais créditos.

Assim, não pode a infração 1, ser declarada nula, uma vez que fora o recorrido que lhe deu causa.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão concernente à infração 1, na forma de Recurso de Ofício, e por constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à 1^a Instância administrativa para ser julgado o mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida referente ao item 1 do Auto de Infração nº 108595.0007/01-8, lavrado contra **CERNE CERÂMICA REUNIDAS LTDA.**, devendo retornar o PAF ao órgão prolator da decisão reformada para apreciação das razões de mérito.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARTA JOSE RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS