

A. I. Nº - 108595.0007/01-8
AUTUADO - CERNE CERÂMICAS REUNIDAS LTDA.
AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 13.08.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0299/01-03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Não obstante sucessivas diligências a que o processo foi submetido, não há certeza quanto a efetiva existência da infração. Procedimento nulo quanto a este item. **2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. DIVERGÊNCIA ENTRE A SOMA DOS VALORES DAS NOTAS FISCAIS E OS LANÇADOS NOS LIVROS FISCAIS.** Infração não contestada. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO OU RECOLHIDO A MENOS. a) VENDAS SUBSEQUENTES DE MERCADORIAS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PRODUTOS CERÂMICOS). b) TRANSPORTADORES AUTÔNOMOS E/OU EMPRESAS DE TRANSPORTES NÃO INSCRITAS NO ESTADO.** Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/08/01, 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. 282/285), através de advogado legalmente constituído, inicialmente reconhecendo como procedentes as exigências do imposto contidas nos itens 02, 03 e 04 do Auto de Infração,

defendeu-se exclusivamente do item 01.

Inicialmente suscitou a sua nulidade devido a 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, advogou 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 considerado 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 nº 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. 287/326), 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 01 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.

Das fls. 233 a 243 consta o parcelamento do débito referente aos itens reconhecidos.

A autuante prestou informação (fls. 245) informando que, ao final dos exaustivos trabalhos referentes os itens 02, 03 e 04, 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 o glosa dos créditos que, por conhecimento, são indevidos pela sua classificação fiscal.

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

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: eletrodo, 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. 357/362). Omitiu-se de qualquer comentário a respeito dos lançamentos efetuados pelo autuado nos seus registros contábeis. (fls. 349/356),

O autuado 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 usos e consumo”.

Prosseguiu, 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).

Fiscal estranho ao feito não pode cumprir o que foi solicitado. Ao receber do contribuinte e analisar as notas fiscais que deveriam compor o levantamento elaborado pela autuante, quando este Colegiado solicitou, 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. Em face desta situação, entendeu que, como o sujeito passivo não tinha vinculação com as notas fiscais, objeto da infração 01, não havia motivo para se perquirir acerca da função das mercadorias arroladas nas mesmas (fls. 373/376).

O contribuinte ao tomar conhecimento da revisão, inicialmente solicitou que toda as intimações feitas devam ser enviadas ao escritório do seu advogado.

Em seguida, pediu a nulidade do item 1 da autuação 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).

Esta 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 ver motivo para perquirir a respeito da utilização das mercadorias, conforme solicitação desta JJF, 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. 792/796).

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

Como ainda continuavam as dúvidas quanto ao item 01 da autuação, esta 1ª 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 que acreditava ter, finalmente, concluído as dúvidas existentes nos autos. Salientou que quando da sua primeira informação, havia intimado o autuado à 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 impugnante (fls. 1163/1164), 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 o 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.

Solicitou, ainda, que todas as intimações, alusivas ao presente processo, fossem ao advogado da empresa, enviadas.

VOTO

Preliminarmente entendendo que não seja motivo de nulidade da ação fiscal, não vejo obstáculo para que todas as intimações sejam enviadas ao advogado, em seu endereço, conforme indicou às fl. 1163 do processo.

O questionamento do presente Auto de Infração, inclusive as arguições de nulidade levantadas pelo impugnante, se prende a utilização indevida de crédito fiscal. Para o deslinde da matéria em discussão, torna-se necessário que se observe como foi realizada a ação fiscal.

A autuante, ao final dos trabalhos de fiscalização na empresa autuada e pela falta de tempo, como relatou, de posse do RAICMS do contribuinte (fls. 17/36) glosou todos os créditos, naquele livro lançados, que entendeu devidos tendo em vista as suas classificações fiscais 1.93 e 2.93 cujas naturezas são “compras e/ou transferências de material de consumo”, entradas desta Estado e de outros Estados. Não solicitou as notas fiscais que deram origem a estes créditos.

Como os créditos foram apurados através do RAICMS sem apresentação dos documentos fiscais e em obediência as determinações constantes no art. 18, § 1º do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), os autos retornaram a autuante para elaboração de levantamento onde constassem todas as notas fiscais e mercadorias que deram base aos valores dos créditos glosados. Também fosse observada a utilização dos produtos na atividade fabril do contribuinte. A autuante informou que conferiu, nota a nota, seus lançamentos no livro Registro de Entradas, porém somente especificou genericamente as mercadorias e não especificou as suas utilizações no processo produtivo do autuado. Diminuiu o valor do imposto de R\$53.103,18 para R\$12.394,88. O PAF retornou, em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fosse realizada a identificação das mercadorias constantes do levantamento elaborado pela autuante (fls. 351/356) e que fossem descritas as suas utilizações pela empresa autuada. O pedido teve tal teor, uma vez que, até então, o encaminhamento do processo se orientava baseado no fato de que a autuante tinha realizado a sua revisão através do livro Registro de Entradas e notas fiscais da empresa autuada.

O revisor, através do Parecer ASTEC nº 0216/02, pautou seus trabalhos conforme solicitado. Não consta nos autos que o impugnante forneceu ao revisor a explicação técnica necessária para o claro entendimento das funções dos produtos, porém apresentou as notas fiscais. Ao analisar a documentação encaminhada pelo contribuinte, o diligente verificou que todos os documentos (fls. 575/779) pertenciam à empresa Cerâmica Sr. do Bonfim Ltda e não ao autuado. Para corroborar o fato, anexou cópia do livro Registro de Entradas da empresa Cerâmica Senhor do Bonfim Ltda (fls. 387/374), onde ficou provado que as notas fiscais apresentadas naquela empresa haviam sido escrituradas. Ressalto, por oportuno, que somente então foi observado por esta relatora que as notas fiscais apresentadas e anexadas ao PAF a título de exemplo (fls. 357/362) pela autuante, pertenciam à empresa Cerâmica Senhor do Bonfim Ltda e não ao autuado.

Neste mesmo tempo, o impugnante ao tomar conhecimento da diligência, mudou o teor de sua defesa, entendendo ser sujeito passivo ilegítimo da infração uma vez que as notas fiscais autuadas

pertenciam a outro estabelecimento, nele estavam escrituradas, portanto não havia utilizado os créditos fiscais nelas consignados.

Diante da situação, entendeu esta 1ª JJF que o processo deveria ser baixado novamente em diligência para que fosse feita completa revisão do lançamento, abandonando o levantamento realizado pela autuante quando de sua informação fiscal e fossem verificadas todas as notas fiscais da empresa autuada que compuseram os lançamentos na escrita fiscal do autuado nas classificações fiscais 1.93 e 2.93. O revisor solicitou os livros fiscais e o Razão do contribuinte, porém não mais solicitou as notas fiscais. Ressaltou ser desnecessário o pedido desta Junta de Julgamento Fiscal quanto à utilização das mercadorias no processo produtivo da empresa, já que aquelas acostadas aos autos não pertenciam ao sujeito passivo.

Diante deste relato fica claro que a partir da modificação do débito realizado pela autuante, a condução do processo desviou-se do seu correto caminho, ou seja, a autuante, ao não perceber que as notas fiscais entregue pelo autuado a ele não pertenciam e, portanto, não eram aquelas que deveriam estar escrituradas na sua escrita fiscal, realizou revisão de lançamento com documentos inadequados. Por outro lado, o diligente fiscal não cumpriu o que foi solicitado, ou seja, que fosse realizada a revisão do lançamento fiscal com base nas notas fiscais escrituradas e que definisse quais as mercadorias naqueles documentos constantes, pois a defesa afirmava que eram materiais de consumido no seu processo produtivo. Inclusive, juntou como exemplo e aos autos, cópias de notas fiscais, nas quais constam produtos como madeira e nitróleo que são necessárias ao processo de fornecimento, umas das etapas da produção de cerâmica.

Neste momento entendo que toda a alegação da defesa de ilegitimidade passiva tem cunho de dificultar a lide, pois, deliberadamente ou não, quando solicitado e por duas vezes, entregou ao fisco notas fiscais que a ele não pertenciam e que não se sabe como em seu poder se encontrava. Além do mais, tem absoluta certeza de que os créditos glosados constavam escriturados no seu livro RAICMS, pois esta informação, além de constar no corpo do Auto de Infração e as cópias reprográficas do mesmo, sua defesa inicial e as notas fiscais que naquela oportunidade anexou aos autos sobre a matéria foi que se manifestou, bem como, pelo conhecimento do teor da informação fiscal e diligências solicitadas por este Colegiado e, por fim, pela irregularidade com dolo e fraude que poderia estar cometendo ao escriturar no seu livro Registro de Apuração do ICMS créditos fiscais consignados em documento dele não pertencentes. Diante destes fatos e para não delongar assunto que poderá levar a maiores averiguações pela fiscalização estadual e como não faz parte da lide, pois a autuação decorreu da glosa de créditos escriturados no livro de apuração do autuado, não teço maiores comentários.

Pela quarta vez este Colegiado tentou, agora através da autuante, que o processo seguisse seu curso normal. A autuante, e pressuponho que o contribuinte tenha entregado, agora, corretamente as notas fiscais, já que este fato não está provado materialmente nos autos, realizou um levantamento que chamou de “Levantamento dos Créditos Reconhecidos”. De posse destes valores, levantou o conta corrente fiscal do contribuinte, encontrando diferenças do imposto recolhido, mês a mês, através dos créditos fiscais escriturados entre julho de 1996 a dezembro de 1997 e aqueles que reconheceu como legítimos. Ressaltou que assim procedeu pois as notas fiscais apresentadas estavam fora de ordem. Não identificou os materiais constantes das notas fiscais e não disse porque reconheceu como legítimos créditos fiscais e outros não. Mesmo que entendesse correto o levantamento realizado, não poderia aceitá-lo, pois ao assim proceder mudou o fulcro da autuação, vez que a infração diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal sobre material de consumo e não utilização a maior de crédito fiscal, constatada através do levantamento do conta corrente fiscal da empresa.

Diante da situação, já que nem o órgão competente para proceder diligências fiscais, nem a própria autuante conseguiram demonstrar, mesmo insistentemente solicitados, o real valor do débito apurado, pois em momento algum determinaram a que tipo de materiais está à infração se referir, além de não existir quais as notas fiscais indicativas de tais créditos, com fulcro no art. 18, IV, “a” do RPAF/99 considero nula a ação fiscal referente a este item. Nesta oportunidade, represento à Repartição Fiscal para que proceda a nova fiscalização a respeito da matéria, visando resguardar os interesse do Erário Baiano.

Por derradeiro, o autuado reconheceu o cometimento das infrações apontadas como 02, 03, e 04 no Auto de Infração, solicitando o parcelamento do seu débito. Não havendo questionamento quanto à matéria, mantenho o lançamento no valor de R\$43.699,92.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$43.699,92, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0007/01-8**, lavrado contra **CERNE CERÂMICAS REUNIDAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.699,92**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50% sobre o valor de R\$8.161,18, prevista no art. 61, II, “a” da Lei nº 4.825/89, multa de 60% sobre o valor de R\$6.764,88, prevista no art 42, inciso I, “a”, da Lei 7.014/96 e multa de 150% sobre o valor de R\$28.773,86, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR