

A. I. N° - 147323.0002/03-6
AUTUADO - MILCO ALIMENTOS LTDA.(MILCO S/A)
AUTUANTE - ANSELMO LEITE BRUM
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 23.09.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0370-01.03

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a) DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS. REGISTROS DE ENTRADAS E DE APURAÇÃO DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. **b)** FALTA DE AUTENTICAÇÃO PRÉVIA. REGISTROS DE SAÍDAS, ENTRADAS E APURAÇÃO DO ICMS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Caracterizado o descumprimento da obrigação de autenticar os livros fiscais. Descabe a multa na forma aplicada. Prevalece, neste caso, penalidade por descumprimento de obrigação acessória não prevista expressamente em lei. Mantida parcialmente a infração. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** ATIVO PERMANENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Foi observado no levantamento o crédito correspondente a 1/48 avos. Na época da ocorrência dos fatos, a legislação tributária permite o uso do crédito fiscal a ser utilizado em 48 meses. Não observada pelo autuado as normas vigentes. Infração subsistente. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado argumentou inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais. Infração mantida. **c)** MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. BENS ALHEIOS À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os produtos objeto da lide considerados como utilizados nas instalações são bens pertencentes ao ativo fixo. Os créditos fiscais devem obedecer aos mesmos critérios acima apontados. Infração mantida. **d)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Disposição regulamentar prevê que consumo de energia elétrica não utilizado no processo industrial só dará direito ao crédito fiscal a partir de 01/01/07. Infração confirmada. **e)** SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Vedado o direito ao uso do crédito fiscal até 01/01/07. **3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** Autuado alegou já ter recolhido o imposto, mediante parcelamento, sem, contudo, trazer as provas aos autos. Infração mantida. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAL DE USO E CONSUMO.** EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Normas infraconstitucionais prevêm a exigência do imposto por diferença de alíquota de bens do ativo permanente e de bens de uso e

consumo. Não comprovado o recolhimento da diferença de alíquota. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Contribuinte alegou existência de carta de correção e escrituração dos documentos no estabelecimento de destino das mercadorias, no entanto, não apresentou prova do alegado. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares argüidas. Todo o questionamento da defesa foi voltada a inconstitucionalidade das Leis Complementares nº 87/96 e 102/00, que não nos cabe aqui apreciar. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2003, exige ICMS no valor de R\$104.158,55, além da multa no valor de R\$2.634,35, pelas seguintes irregularidades:

- 1) recolheu a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Registro de Apuração do ICMS, no mês de março/03. O contribuinte transferiu para o livro de apuração crédito a mais que o escriturado no período, no valor de R\$708,40, multa de 60%;
- 2) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, nos meses de janeiro/01, março/01, junho/01, setembro/01, outubro/01, maio/02, setembro/02 e maio/03, os que foram escriturados em valor superior ao previsto no §º 17, I, do art. 93 do RICMS/97, no valor total de R\$8.662,66, multa de 60%;
- 3) deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, oriundas de outras unidades da Federação, no meses de março/01, junho/01, setembro/01, outubro/01, maio/02, setembro/02 e maio/03, num total de R\$9.312,86, multa de 60%;
- 4) recolheu a menos do ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio/00 e junho/00, no valor de R\$42.229,56, multa de 60%;
- 5) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo, nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, no valor total de R\$4.260,69, multa de 60%;
- 6) deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de bens destinados a consumo do estabelecimento, oriunda de outras unidades da Federação, nos meses de novembro/99, dezembro/99, novembro/02 e dezembro/02, num total de R\$1.374,04, multa de 60%;
- 7) utilização indevida de créditos fiscais referentes aquisições de materiais de construção, conforme Anexo 4-B, considerado pela legislação como aquisições para fins alheios às atividades da empresa, nos meses de março/abril/00, novembro/dezembro/00, janeiro/fevereiro/01, julho a novembro/01, no total de R\$2.943,36, multa de 60%;
- 8) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a abril/01, junho a dezembro/01,

fevereiro/02, maio a setembro/02, novembro/dezembro/02 e janeiro a abril/03, no valor total de R\$6.174,71, multa de 60%. O contribuinte, embora cadastrado como “estabelecimento industrial”, a sua matriz (estabelecimento autuado) é um estabelecimento comercial, que tem como objetivo receber mercadorias de sua fábrica para distribuição a seus clientes;

- 9) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a dezembro/01, fevereiro/02, maio a dezembro/02 e janeiro a maio/03, no valor total de R\$28.492,27, multa de 60%;
- 10) deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, maio, julho e outubro de 2001, multa de 10% no valor de R\$2.214,35;
- 11) escriturou livros sem prévia autorização. Usuário de sistema eletrônico de dados, deixou de autenticar os livros fiscais de Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, relativamente ao exercício de 2001, conforme cópias anexadas ao processo para comprovação das várias infrações apontadas, multa no valor de R\$ 420,00.

O autuado, às fls. 99 a 124, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa argumentando que:

Infração 01 – as conclusões da autuação não refletem os cálculos feitos pelo impugnante e, por isso, pede que sejam confirmados mediante realização de perícia.

Infrações 02 e 03 – na aquisição de bem do ativo permanente é conferido ao impugnante, por lei e por norma constitucional, o direito ao crédito. A Lei Complementar 102/00 não vedou a sua utilização, apenas se aplica, segundo a referida Lei Complementar, nos casos relativos a apropriação feita à razão de 1/48 avos ao mês, não existindo lógica em desconsiderar o crédito, somente porque o autuado não o fez em 48 parcelas. Perguntou como o defendente vai utilizar-se dos demais meses se foi abatido do cálculo do crédito apenas 1/48 avos. Ressaltou que o ICMS é um imposto não-cumulativo, compensando-se o que foi devido em cada operação, princípio basilar norteador desse imposto, previsto no art. 155, §2º, I e II, da CF/88, sendo flagrante a inconstitucionalidade das novas redações dadas aos artigos da Lei Kandir.

Direcionou toda a sua fundamentação alegando que a não cumulatividade sendo princípio constitucional não comporta relativização por lei menor. Citou opinião de tributarista e informou que tramita perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2325-0 que se discute a constitucionalidade deste dispositivo. Que na infração 03, o autuante reconheceu o direito ao crédito abatendo o valor referente a 1/48 avos, exigindo o restante do crédito, incabível o diferencial de alíquota ora cobrado.

Infração 04 – os valores já foram parcelados e devidamente quitados e que fará a juntada dos documentos posteriormente, devido a dificuldade de levanta-los neste momento, por causa da reestruturação organizacional dos seus sistemas.

Infrações 05 e 06 – servem para o presente caso os mesmos argumentos relativos a improcedência dos itens 02 e 03, considerados no presente caso os argumentos para configurar a ilegalidade da imputação de infração que veda a utilização de créditos constitucionalmente garantidos e, que parte dos materiais considerados como uso e consumo, são insumos utilizados durante o processo industrial. Citou o Acórdão JJF nº 0276/01 que confirma o direito a utilização de crédito de insumos.

Infração 07 – os materiais adquiridos qualificados como sendo de construção, se tratam de mercadorias utilizadas em instalações industriais, tais como, válvula de controle, tubulação de produto, material de abrasão anti-ácido, poço de captação e tratamento de água de processo, etc. Que deveria ter sido considerada como aquisição do ativo fixo. Manteve o mesmo entendimento quanto a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar, no tocante ao princípio da não cumulatividade no caso do ICMS.

Infrações 08 e 09 – a empresa é uma indústria, fábrica, inclusive, picolés e sucos e o consumo de energia elétrica decorre de todo o processo industrial. O art. 33, III, da LC 102/00 prevê o direito ao crédito fiscal de energia elétrica consumida no processo de industrialização. No entanto, mesmo que o defendente fosse empresa comercial, no seu entender, teria direito ao creditamento do ICMS, pelo princípio da não cumulatividade, sendo também este o embasamento legal que permite o defendente se creditar do ICMS decorrente da aquisição de serviços de comunicação. Citou o art. 155, § 2º, I, da CF/88.

Infração 10 – os fornecedores, equivocadamente emitiram notas fiscais constando a entrega na sede da empresa, no entanto o destino das mercadorias foi sua filial, no município de Teixeira de Freitas, tendo sido elaboradas cartas de correção, a fim de sanar o erro cometido. Citou decisões deste Colegiado que reconheceram o equívoco do fornecedor que foi corrigido através de “cartas de correção”.

Infração 11 – reconheceu que o livro não foi autenticado e disse estar apurando os motivos que levaram a tal cometimento, no entanto, visando o reconhecimento deste órgão administrativo pelo fato de que tal descumprimento não acarretou em nenhum dolo, requereu que fosse observado o benefício contido no art. 915, § 6º, que trata da redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Concluiu solicitando revisão fiscal sob o fundamento de fragilidade da fiscalização e para que não se alegue, posteriormente, o cerceamento de defesa, já que, ao seu ver, em muitas das infrações o impugnante não conseguiu chegar nas mesmas conclusões a que chegou o autuante, para que fique provada a improcedência da autuação. E, finalmente, requereu o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante, à fl. 134, informou que o sujeito passivo em relação à infração 01 se limitou a pedir perícia para confirmar os dados e reavaliar os cálculos. Para as infrações 02, 03, 05 e 06, se baseou na contestação à legislação, não cabendo discuti-la, e sim, aplicá-la. No tocante a infração 04, não comprovou o valor recolhido argumentando que o mesmo foi objeto de parcelamento, sem juntar os documentos, contrariando o disposto no art. 123, §1º, do RPAF/99. Infração 07, suas alegações não encontram respaldo por força do art. 93, IV, “c”, do RICMS/97. Quanto as infrações 08 e 09, embora a empresa seja industrial, o estabelecimento fiscalizado atual como centro distribuidor, ou seja, estabelecimento comercial. Inexiste no local qualquer equipamento capaz de realizar processo industrial. Todos os produtos comercializados são transferidos de outro estabelecimento da empresa, conforme comprovam os documentos fiscais de aquisição e recebimento. Em relação a infração 10 o autuado não comprovou que os documentos foram registrados em outros estabelecimentos e, a infração 11 o pedido de redução ou cancelamento de multa é de competência exclusiva do CONSEF. Conclui que não houve fundamentação para o pedido de revisão fiscal.

VOTO

Rejeitada a solicitação de revisão por fiscal estranho ao feito, uma vez que não ficou demonstrada nos autos a motivação para justificar tal diligência, limitando-se, o sujeito passivo,

a dizer apenas que “As conclusões a que chegou o fiscal autuante não reflete os cálculos que a impugnante fez para verificar a procedência desta autuação”.

Todas as suas formalidades legais estão presentes no Auto de Infração ora em discussão, descabendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, principalmente no tocante a argumentação de fragilidade da fiscalização e cerceamento do direito de ampla defesa, uma vez que constam dos autos a ciência e recebimento, pelo impugnante, do Auto de Infração, Anexo do Auto, Demonstrativo de Débito e todos os Anexos identificando, objetivamente, as irregularidades apuradas através do presente lançamento tributário.

Quanto à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 102/00, este Colegiado Administrativo não tem competência para argüi-la, conforme determina o art. 167 do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99). Assim, limito-me a analisar os fatos e a legislação tributária em vigor.

No mérito, passo a analisar as infrações a seguir:

Infração 01, recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os valores do imposto lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Registro de Apuração do ICMS, no mês de março/03. O autuante demonstrou através do Anexo 1, fl. 23 dos autos que o sujeito passivo ao transferir para o livro de Apuração o crédito fiscal escriturado, o fez lançado a mais na quantia de R\$708,40, juntou como prova da infração cópia de folha dos citados livros (fls. 24 a 26). Não identifiquei nenhuma dificuldade em se verificar a utilização a mais do valor apontado na autuação. Mantido o lançamento tributário.

Infração 02, por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integral o ativo permanente, nos exercícios de 2001, 2002 e 2003. Foi observado pelo autuante que o valor utilizado foi superior ao previsto no §º 17, I, do art. 93 do RICMS/97, já que só lhe era permitida a utilização de 1/48 avos ao mês.

Correta a interpretação dada pelo autuante, inclusive o dispositivo regulamentar foi decorrente de leis intraconstitucionais. O defendente alegou apenas a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 102/00, que não cabe aqui analisá-la. Mantida a autuação.

Infrações 03 e 06, estes itens tratam da exigência do ICMS decorrente da falta de recolhimento do imposto devido por diferença de alíquotas, nas aquisições de bens pertencentes ao ativo permanente e de uso e consumo do estabelecimento, oriundos de outra unidade da Federação.

Os argumentos defensivos não elidem a autuação, pelas seguintes razões:

1. A Lei nº 7.014/96 com suas alterações posteriores inseriu no seu texto as normas insertas das Leis Complementares nºs 87/96 e 102/00, o que, por seu turno, o RICMS/97, o fez através do Decreto nº 6.284/96.
2. O art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, estabelece a incidência do imposto na entrada efetuada por contribuinte do ICMS, de mercadorias decorrentes de operação interestadual, quando a mercadoria ou bem for destinado ao seu uso, consumo ou ativo permanente. O art. 4º, XV, da citada lei estabelece o momento da ocorrência do fato gerador. Já o art. 17 da Lei nº 7.014/96, dispõe sobre a base de cálculo, no seu inciso XI.
3. Nesta mesma linha de raciocínio, o RICMS/97, dispõe sobre a obrigatoriedade do recolhimento da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias em operações interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao ativo imobilizado e consumo do estabelecimento (arts. 1º, §2º, I e V, art. 5º, I, art. 36, §2º, XIV, arts. 69, art. 72, art. 111, III, “a”, art. 124, I e art. 131, do RICMS/97).

Infração 04, trata de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. No tocante a este item da autuação o defendente alegou já ter recolhido o imposto, mediante parcelamento de débito, sem, contudo, anexar a documentação comprobatória de sua comprovação. Mantida a autuação.

Infração 05, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo, nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003. O autuado alegou que parte de suas aquisições dizia respeito a insumos, contudo, nada juntou que pudesse fazer prova de suas argumentações. Adentrou, ainda na arguição quanto a inconstitucionalidade da lei. Neste sentido, como explicitado anteriormente, não cabe aqui analisa-la. Mantida a autuação.

Infração 07, se refere a aquisição de materiais de construção, conforme Anexo 4-B, que foi considerado pelo Fisco como aquisições para fins alheios às atividades da empresa, nos exercícios de 2000 e 2001. O sujeito passivo alegou que as mercadorias adquiridas foram utilizadas em instalações industriais, compondo o ativo fixo do estabelecimento, tais como: válvula de controle, tubulação de produto, material de abrasão antiácido, poço de captação e tratamento de água de processo.

Prevalece neste item o mesmo posicionamento adotado para a infração 03, uma vez que em si tratando de materiais utilizados em instalações industriais, estes, devem ser acolhidos como aquisições de bens. Nesta linha de entendimento, o uso do crédito fiscal só é permitido nos moldes previsto no §17, I, do art. 93 do RICMS/97. Mantida a autuação.

Infrações 08 e 09, o autuante ao lavrar o Auto de Infração informou que apesar de o autuado estar cadastrado como “estabelecimento industrial”, o estabelecimento fiscalizado funciona apenas como estabelecimento comercial, já que tem como objetivo receber mercadorias de sua fábrica para distribuição a seus clientes. O defendente argumentou ser uma indústria e fabricar, inclusive, picolés e sucos, e, por esta razão teria direito ao uso de crédito decorrente de energia elétrica, citando o art. 33, III, da Lei Complementar nº 102/00 e que, também, lhe era permitido creditar-se de débitos decorrentes de aquisição de serviços de comunicação. Asseverou, ainda, que mesmo se fosse empresa comercial teria, ainda assim, direito ao creditamento do imposto, ante ao princípio da não-cumulatividade. Citou o art. 155, §2º, I, da CF/88.

Observo que o impugnante não questionou objetivamente se o estabelecimento autuado exercia a atividade industrial ou funcionava apenas com distribuidor dos produtos fabricados em outro estabelecimento da mesma empresa, como afirmou o autuado, ao descrever a infração imputada ao sujeito passivo.

Neste sentido, observo que a Lei nº 7.014/96 com suas alterações posteriores inseriu no seu texto as normas insertas das Leis Complementares nºs 87/96, 102/00 e 114/02, o que, por seu turno, o RICMS/97, o fez através do Decreto nº 6.284/96.

A empresa está inscrita na condição de empresa industrial, no entanto, o processo de industrialização é feito em outro estabelecimento do impugnante. Assim, a Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis nºs 7.710/00 e 8.542/02, estabeleceu, no seu art. 29, §1º, III e IV, que o uso do crédito fiscal, tratando-se de energia elétrica e serviço de comunicação, só serão utilizados por estabelecimento comercial, a partir de 1º de janeiro de 2007. Observo que, no caso da energia elétrica, a sua utilização é permitida quando consumida no processo de industrialização, e neste caso, o estabelecimento autuado, de acordo com as informações trazidas aos autos, funciona apenas como estabelecimento comercial distribuidor.

Mantida a autuação, valendo observar, mais uma vez, que os argumentos de inconstitucionalidade aqui não me cabe discuti-los.

Infração 10, deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida multa de 10% sobre o valor das operações. No tocante a este item, o autuado alegou haver carta de correção sanando a irregularidade, uma vez que as mercadorias tiveram como destino a sua filial localizada no município de Teixeira de Freitas, porém, apenas alegou, sem, contudo, trazer aos autos os elementos comprobatórios da irregularidade, quais sejam: as cartas de correção, bem como, cópias autenticadas das folhas do livro Registro de Entradas de Mercadorias demonstrando que os documentos foram escriturados no seu destino, considerando a correção feita através de cartas de correção. Assim, a simples alegação sem a devida comprovação não elide a autuação (art. 143 do RPAF/99). Mantida a acusação fiscal.

Infração 11 foi exigida multa por escrituração dos livros sem prévia autorização. Esclarecido que o autuado é usuário de sistema eletrônico de processamento de dados e deixou de autenticar os livros fiscais de Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, relativamente ao exercício de 2001.

No que se refere à multa aplicada, cabe ressaltar que o dispositivo regulamentar citado pelo autuante trata de “prévia autenticação” e, no caso em questão, o art. 704 do RICMS/97 dispõe sobre a obrigatoriedade de o contribuinte que escriturar os livros fiscais por sistema de processamento de dados a encaderná-los e autentica-los dentro de 60 dias, contados da data do último lançamento, inexistindo, portanto, a figura “prévia autenticação”. Assim, entendendo ter havido descumprimento de obrigação acessória, no entanto, inexistindo penalidade prevista expressamente em lei deve prevalecer a indicada no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, ou seja, no valor de R\$50,00.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **147323.0002/03-6**, lavrado contra **MILCO ALIMENTOS LTDA. (MILCO S/A)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.158,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$2.264,35**, prevista no art. 42, IX e XXII, do mesmo diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA