

A. I. Nº - 146548.0601/03-3
AUTUADO - FRIGORÍFICO NORDESTE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - HAMILTON DE OLIVEIRA DOS REIS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 30. 06. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-04/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA A TÍTULO DE CRÉDITO PRESUMIDO. Infração não caracterizada. 2. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para o uso e consumo do estabelecimento. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2003, exige ICMS no valor de R\$362.015,31, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou crédito fiscal presumido do imposto na importância de R\$318.048,57, em valor superior ao permitido na legislação em vigor. Em complemento a acusação, o autuante consignou que o contribuinte usou crédito fiscal presumido em desacordo com o Regime Especial concedido, conforme determina o art. 96, XVI, “b”, item 2, do RICMS vigente à época;
2. Deixou de recolher imposto no valor de R\$43.966,74, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, bem como na ampliação e reforma de suas instalações.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 196 a 207 dos autos, apresentou os seguintes argumentos para refutá-lo:

Infração 1 - Aduz discordar da autuação, uma vez que não utilizou nenhum crédito presumido a maior, cujo valor apropriado está correto, o qual foi calculado de acordo com o item 2, inciso XVI, do art. 96, que deve ser obrigatoriamente combinado com a letra “b”, do inciso I, do art. 449 e inciso III, do art. 446, ambos do RICMS vigente à época.

Às fls. 197 a 199, o autuado, a título de ilustração, demonstrou com um exemplo de como calculou o crédito presumido a que fazia jus, oportunidade em que transcreveu diversos dispositivos do RICMS vigente à época dos fatos geradores. Pede que a infração seja julgada improcedente, sob o argumento de que o seu procedimento tinha respaldo no RICMS vigente à época e no Regime Especial que lhe foi concedido.

Infração 2 - Após transcrever os termos da acusação fiscal e o enquadramento feito pelo autuante no RICMS/97, o autuado disse não concordar também com a exigência fiscal, oportunidade em que alegou que quer se pronunciar, inicialmente, sobre o demonstrativo elaborado pelo autuante.

Segundo o autuado, pelo que se pode constatar, inexistiu diferencial de alíquota a ser recolhido sobre as entradas de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Alega que a diferença refere-se a entradas de mercadorias aplicadas na ampliação e reforma de suas instalações, além da inclusão no demonstrativo de materiais de embalagens e secundários, de entradas de ativo imobilizado e de retorno de equipamentos enviados para conserto, oportunidade em que listou às fls. 201 a 202, os itens que foram incluídos indevidamente pelo autuante.

Argumenta que, diante do demonstrado acima, requer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do § 3º, do art. 123, combinado com o art. 145, ambos do RPAF/99, cuja diligência deve atentar para os dados que indica à fl. 202.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado entra no mérito da autuação, dizendo que os dispositivos legais infringidos tratam da incidência, da base de cálculo, dos prazos de recolhimento do ICMS, diferença de alíquota sobre as entradas de materiais de uso e consumo e para o ativo imobilizado.

Esclarece, a título informativo, que a empresa foi autuada em decorrência de outra ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de infração nº 146548.0901/99-1 – Infração 2, onde foi glosado o crédito apropriado relativo ao mês de janeiro/98 sobre aquisições de materiais aplicados na ampliação e reforma de suas instalações do seu estabelecimento, enquanto no presente lançamento está sendo cobrado o ICMS por diferença de alíquota nas aquisições dos mesmos materiais.

Salienta que, ao analisar os dispositivos legais supostamente infringidos, diz que os mesmos foram observados pela empresa quando fez a sua escrituração fiscal, qual seja, o art. 93, seus parágrafos e alíneas, oportunidade em que transcreveu parte de seus teores, em apoio ao seu argumento.

Continuando em seu arrazoado, o autuado disse que a imputação foi feita por analogia ao dispositivo que veda o crédito do ICMS nas aquisições de materiais aplicados no ativo imobilizado, para ampliação e reforma do estabelecimento, ou seja, imóveis por acesso. Cita o art. 97, o seu inciso IV, “c”, além dos §§ 2º, itens 1, 2 e 3, do RICMS em vigor à época dos fatos geradores, como suporte para o seu argumento.

Assevera que em nenhum dispositivo do RICMS vigente à época, era determinado o recolhimento do ICMS da diferença de alíquota nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, mesmo para serem aplicados na ampliação e reforma do seu estabelecimento.

Como prova de que os materiais adquiridos foram empregados na ampliação e reforma de suas instalações, o autuado fez a juntada em sua defesa das cópias da Cédula Industrial de nº 96/07 contratado junto ao DESEMBANCO, bem como da manifestação do autuante sobre a diligência fiscal relativa ao Auto de Infração nº 146548.0901/99-1.

Aduz que a infração deve ser julgada improcedente, uma vez que o seu procedimento obedeceu ao previsto no RICMS e, caso exista alguma dúvida, requer a realização de diligência, para que seja feita uma apuração minuciosa.

Ao finalizar, requer que a sua impugnação seja recebida e processada, para julgar improcedente o Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 251 a 252 dos autos, assim se manifestou:

Infração 1 - Argumenta que às alegações apresentadas pela defesa para elidir a autuação não pode prosperar, diante da decisão do CONSEF através do Acórdão CJP nº 0048-12/03, o qual ao julgar

Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa por idêntica infração, considerou indevidos os créditos presumidos utilizados em valor superior ao previsto na legislação tributária;

Infração 2 – Aduz concordar com a observação da defesa, de que houve equívoco de sua parte na elaboração do demonstrativo, oportunidade em que fez à fl. 253 um outro demonstrativo de débito para a infração. Sobre as demais alegações apresentadas, diz que são meramente protelatórias, pois, ao ser atendido os pedidos contidos nos itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4, fica prejudicada o pedido de diligência ou perícia fiscal formulado pela defesa.

Com relação aos argumentos apresentados pelo contribuinte, entende que pouco ou quase nada deva ser informado, em virtude do Acórdão CS nº 0075-21/02, o qual teve como recorrente o próprio autuado.

Ao finalizar, solicita a manutenção do Auto de Infração, com as deduções acatadas na infração 2.

O CONSEF, em despacho a fl. 254, encaminhou o PAF a INFAZ-Teixeira de Freitas, para dar ciência ao autuado da informação fiscal do autuante, face o mesmo haver anexado o demonstrativo de fl. 253.

Em nova intervenção às fls. 257 a 260, o autuado assim se pronunciou:

Infração 1 - Argumenta que o Acórdão CJF nº 048-12/03, que julgou indevidos os créditos presumidos utilizados em valor superior ao previsto na legislação tributária, não mais prospera, em razão da empresa haver recorrido da referida decisão em 25/07/2003, mediante o Pedido de Reconsideração, cujo pleito foi objeto do Acórdão CJF nº 0068-12/03, que modificou as decisões anteriores, considerando improcedente a exigência fiscal, ou seja, de que são legítimos os créditos utilizados a título de crédito presumido, conforme cópias anexas.

Aduz não prosperar a autuação, em decorrência da decisão acima.

Infração 2 – Com relação à informação fiscal prestada pelo autuante, diz que o mesmo apesar de ter excluído os valores de algumas notas fiscais, relativas à entrada de materiais de embalagens e secundários, de outras entradas para o ativo imobilizado e de retorno de equipamentos enviados para conserto, aduz que reitera o seu pedido de diligência ou perícia fiscal, pelo fato de no novo demonstrativo ainda se encontrar várias notas fiscais incluídas indevidamente, conforme listagem que elaborou à fl. 258.

Quanto às informações fiscais relativas ao mérito, diz que reitera os argumentos apresentados em sua defesa.

Ao finalizar, requer que a presente manifestação seja recebida e processada, para julgar totalmente improcedente o Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4ª JJF decidido pela sua conversão em diligência a INFAZ-Teixeira de Freitas, para que o autuante prestasse nova informação fiscal.

Em cumprimento a diligência solicitada, o autuante assim se manifestou:

Infração 1 - Alega que a decisão favorável ao autuado pelo CONSEF em outro Auto de Infração semelhante não cria jurisprudência, pelo que entende que a autuação está devidamente enquadrada na legislação, além do que foi anexado ao PAF farta documentação para apuração do ilícito.

Infração 2 - Argumenta que o contribuinte procura a todo o momento trazer elementos protelatórios ao julgamento do Auto de Infração, uma vez que das notas fiscais listadas como

aquisição para o ativo imobilizado, não acata nenhuma delas, por entender tratar-se, na realidade, de material de uso e consumo, bem como as listadas como material de embalagens. Quanto às notas fiscais de simples remessa – empréstimos, diz inexistir tal classificação, já que todas as listadas são materiais de uso e consumo, sobre as quais incide o diferencial de alíquota.

Ao concluir, solicita a manutenção do Auto de Infração.

O PAF, mais uma vez foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4ª JF decidido convertê-lo em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 296.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado através do Parecer ASTEC nº 0061/2004 (fls. 302 a 304 dos autos), transcreveu, inicialmente, o que foi solicitado pelo relator, o procedimento do autuado e de como foi realizado o trabalho diligencial.

Em seguida, o diligente descreveu a finalidade dos produtos IX 275 e dos sacos plásticos adquiridos pelo autuado através das Notas Fiscais nºs 38668 e 32123, emitidas pela empresas Manchester Chemical e PLASDIL – Plásticos Divinópolis Ltda., respectivamente, com base em informações que lhes foram passadas pela empresa.

Ao concluir, o diligente disse que, pela análise dos documentos e das informações prestadas pela empresa, constatou que o primeiro item trata-se de um insumo utilizado no tratamento dos produtos resultantes da matança animal, enquanto o segundo, é utilizado para acondicionamento dos referidos produtos quando de sua comercialização.

O CONSEF, em despacho à fl. 309, encaminhou o PAF a INFAZ-Teixeira de Freitas, para dar ciência ao autuado e ao autuante da diligência da ASTEC, o que foi cumprido, conforme assinaturas apostas no documento de fl. 309.

Em nova manifestação à fl. 311, o autuado, após transcrever a conclusão do diligente da ASTEC, aduziu que o imposto por diferença de alíquota relativa as notas fiscais listadas no seu parecer deve ser excluído da autuação.

Salienta que, além das notas fiscais acima referidas, existem outras notas fiscais em que foi cobrado imposto por diferencial de alíquota nas entradas de materiais de uso e consumo, o que torna totalmente viciado o demonstrativo que apurou tais diferenças, o que impossibilita a empresa exercer o seu direito de defesa, para impugnar os valores imputados.

Ao finalizar, requer o julgamento improcedente do Auto de Infração.

VOTO

Ressalto, de início, improceder o argumento defensivo, segundo o qual a empresa ficou impossibilitada de exercer o seu direito de defesa quanto à infração 2, tendo em vista que a mesma se manifestou nos autos em três oportunidades.

Com referência ao pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, entendeu este relator e com a anuência dos demais componentes desta 4ª JF, somente ser necessária para atender o solicitado à fl. 300, já que os elementos acostados aos autos pelo autuante eram suficientes para decidir acerca da presente lide.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 – Reporta-se a utilização de crédito fiscal presumido do imposto na importância de R\$318.048,57, em valor superior ao permitido na legislação em vigor. Em complemento a acusação, o autuante consignou que o contribuinte usou crédito fiscal presumido em desacordo

com o Regime Especial concedido, conforme determina o art. 96, XVI, “b”, item 2, do RICMS vigente à época.

Sobre a autuação, entendo que a mesma não prospera, uma vez que o autuado logrou êxito junto a este CONSEF, mediante o Pedido de Reconsideração interposto contra o Auto de Infração nº 146548.0901/99-1, o qual foi objeto do Acórdão nº 0068-12/03 da 2ª CJF, que considerou correto o procedimento da empresa na apropriação do crédito fiscal a título de crédito presumido, cuja infração é idêntica a que foi exigida neste lançamento. Desse modo, a infração imputada ao autuado deve ser excluída da autuação, pois, indevida.

Infração 2. Deixou de recolher imposto no valor de R\$43.966,74, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, bem como na ampliação e reforma de suas instalações.

Ao se defender da acusação, o autuado alegou que as mercadorias adquiridas foram aplicadas na ampliação e reforma de suas instalações, enquanto que outras foram utilizadas no processo produtivo como materiais de embalagens e secundários, além de algumas se reportarem a compras de ativo imobilizado e de operações tendo como natureza simples remessa, sobre as quais não incide o diferencial de alíquota, cujo argumento foi acatado em parte pelo autuante quando prestou a informação fiscal, ao reduzir o valor originalmente cobrado de R\$43.966,74 para R\$39.697,03.

Prestado o esclarecimento acima, resta em lide o imposto remanescente no importe de R\$39.697,03, sobre o qual me pronunciarei a seguir:

I - Com relação às mercadorias adquiridas pelo autuado, para serem aplicadas na ampliação e reforma das suas instalações, a legislação não só veda a utilização do crédito fiscal destacado na nota fiscal, bem como prevê que sobre tais operações incide o diferencial de alíquota, quando às aquisições forem oriundas de outras unidades da Federação. É que os materiais adquiridos e empregados na obra passam a condição de imóveis por acessão física, os quais não mais retornam ao campo de incidência do ICMS. Nessa situação, de acordo com o disposto no art. 97, IV, “c”, § 2º, III, do RICMS/97, é vedada a utilização do crédito fiscal sobre a operação, bem como a apropriação do imposto eventualmente pago por diferencial de alíquota;

II – No tocante às aquisições de ativo imobilizado listadas pelo autuado à fl. 258, ressalto que a legislação prevê a incidência do diferencial de alíquota, conforme dispõe o art. 1º, IV, do RICMS/97, por serem oriundas de outras unidades da Federação;

III. Quanto às mercadorias adquiridas através das Notas Fiscais nºs 38668 e 32123, emitidas pelas empresas Manchester Chemical e PLASDIL – Plásticos Divinópolis Ltda, respectivamente, apesar da diligência da ASTEC, a pedido deste relator, haver confirmado que se tratam de insumos e material de embalagem utilizados no processo produtivo da empresa, observei, com base no demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 152 a 180, que não foi exigido imposto por diferencial de alíquota sobre as mesmas, motivo pelo qual não posso acatar a alegação defensiva, no sentido de excluir da autuação;

IV - No que diz respeito às mercadorias recebidas através das Notas Fiscais, 315097, 316863 e 0409, entendo indevida a exigência fiscal, uma vez que o art. 5º, I, do RICMS/97, somente prevê a incidência do diferencial de alíquota na entrada de mercadoria, quando destinada a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. É que ao examinar as referidas notas (fls. 287 a 289), verifiquei que se tratam de remessas a título de empréstimo efetuadas pelo remetente e para posterior retorno, cuja operação não se enquadra no dispositivo acima citado;

V – Acerca da Nota Fiscal nº 274982, emitida em 28/01/99, esclareço que no mês de janeiro/99 não foi exigido imposto por diferencial de alíquota, razão pela qual não foi levado em consideração por este relator, para apuração do imposto remanescente da infração.

Com base na explanação acima, entendo parcialmente caracterizada a infração no importe de R\$39.580,63, com a exclusão do imposto cobrado relativamente às notas fiscais acatadas pelo autuante em sua informação fiscal, bem como no tocante às consignadas no item IV deste voto.

Ressalto que, para facilitar o trabalho de digitação no SICRED, devem somente ser alteradas as parcelas do imposto consignadas no Demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 253, nos meses de julho e novembro/99, cujos valores corretos são de R\$886,62 e R\$3.555,19, respectivamente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para exigir ICMS no valor de R\$39.580,63.

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 **146548.0601/03-3**, lavrado contra **FRIGORÍFICO NORDESTE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.580,63**, sendo R\$32.987,92, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$6.592,71, acrescido de idêntica multa e dos acréscimos legais.

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, 22 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR