

A. I. Nº -128862.0004/04-7
AUTUADO - CSP COMÉRCIO DE SACOS DE PAPÉIS E PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - AGNALDO SÉRGIO RAMOS ROCHA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 30. 11. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0462-04/04

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. A legislação tributária estabelece prazo para utilização de crédito fiscal sobre aquisições de bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. Provado que parte das mercadorias autuadas se constituía em material de embalagem Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/5/2004, cobra ICMS no valor de R\$8.624,84, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento de imposto referente à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de material de uso e consumo do estabelecimento.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 20/40), por advogado legalmente constituído, requereu, em preliminar, a nulidade do lançamento fiscal, tendo em vista que o autuado não fora intimado da sua lavratura, em conformidade com o art. 38 do RPAF, bem como, a evidente incompatibilidade com as disposições legais aplicáveis à espécie, vez que a mercadoria autuada, arame, é utilizada para amarrar os fardos de papéis, plásticos e papelão, que serão reutilizados, como matéria prima, nas fábricas de papéis, papelão e plásticos.

Continuando com sua argumentação, afirmou ser totalmente equivocado e inepto o lançamento fiscal ao não levar em consideração que o arame serve para amarrar sucata de papel e plástico, produtos que não geram crédito fiscal por se tratarem de mercadorias com a não incidência do ICMS nas suas entradas, conforme determinações regulamentares. Descreveu a sua utilização da seguinte forma: no seu estabelecimento é feita a reciclagem de todo o material recebido no dia, sendo separado o material útil que será prensado e condicionado para vendas e o arame é incorporado no custo para efeito do cálculo da base de vendas dos fardos, pois é um dos produtos de consumo de maior peso. Que adquire a maior quantidade de arame em outro Estado por não utilizar o crédito do ICMS a que tem direito, que todo o produto vendido é acobertado por nota fiscal e o imposto devidamente recolhido.

Em seguida, discorreu sobre a ilegalidade do Auto de Infração, pelo fato do autuante ter tomado como base de cálculo um levantamento fictício e sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS, bem como, das doutrinas dos princípios para concluir que, diante da norma constitucional, ficava claramente demonstrada a total ilegalidade praticada por não obedecer a norma constitucional vigente, para apuração do suposto crédito fiscal, caracterizando-se uma bitributação, pois se não se creditou, de um produto adquirido para consumo que lhe dava um crédito fiscal com alíquota 12% e da diferença de alíquota de 5%, não poderia ser cobrado valor sem ser abatido aquele não utilizado.

Afirmou que o autuante ainda errou em não ter observado que, quanto à "sucata" inexiste o fato gerador do tributo nas entradas.

Com estas explicações, acrescentou que os agentes fiscais possuem limites definidos nas suas atribuições, e os eventuais excessos esbarram nas limitações do poder de tributar, emanadas da Constituição Federal.

Invocando um parecer do procurador fiscal de São Paulo, Dr. Sílvio Marinho, relator de um pedido de revisão de TIT, afirmou que o próprio STF, de forma inequívoca, considera legítima e necessária a devolução do "tributo indevido", nos casos em que o produto é adquirido para consumo próprio. Assim, o fato de existir simples indícios de omissão de receitas não autoriza o fisco a lavrar Auto de Infração com base em suposição ou dados aleatórios, sob pena de nulidade da autuação, pois não ficou provado, através dos documentos fiscais apresentados, a existência ou indício de sonegação de imposto.

Requeru a improcedência do lançamento fiscal.

O autuante prestou informação (fl. 51), entendendo que a defesa teve como objetivo retardar o pagamento do imposto, vez que não trouxe nenhum elemento que provasse que o produto utilizado de forma continua para amarração do produto final não poderia ser definido como de uso e consumo. Transcreveu trecho da defesa onde foi afirmado que o "produto é utilizado no consumo de seu produto, que é utilizados para amarrar os fardos de papéis, plásticos e papelão, pois sem este produto seria impossível, embalar, amarrar, os fardos dos produtos" (fl. 30 do PAF).

Ratificou o lançamento fiscal.

Na fase de instrução processual os autos foram baixados em diligência pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal para que o autuante sanasse irregularidades existentes no processo (fl. 78/79)

O autuante, cumprindo o que foi solicitado, apresentou as seguintes considerações (fl. 83). Em relação às Notas Fiscais nº 267.379 e nº 18.580 deixava de apensá-las ao PAF por não ter conseguido localizá-las. Quanto ao refazimento do levantamento fiscal, identificou, por espécie e nota a nota, as mercadorias levantadas e sua utilização na atividade do contribuinte, indicando a diferença de alíquota aplicada, ou seja, se 10% ou de 5%.

O contribuinte foi chamado para tomar conhecimento da diligência efetuada, sendo que, no ato, lhe foi entregue a documentação elaborada pelo fiscal autuante (fl. 85), porém não se manifestou.

VOTO

Não acato as argüições de nulidade suscitadas pela defesa. Em primeiro lugar a ação fiscal foi desenvolvida obedecendo a normal legal. Ao contrário do que afirmou o impugnante, este teve conhecimento da ação fiscal em 13/4/2004 ao receber intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, conforme provado à fl. 7 dos autos. O art. 26, III, do RPAF/99 expressa que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento, entre outros, da intimação, por escrito, para prestar esclarecimentos e exibir elementos solicitados. Este ato foi realizado. Não vejo motivo legal para acolher tal argumento. No mais, o art. 38, do RPAF/99, declinado pelo defendant, não se coaduna com o seu pleito.

Em segundo lugar, se existem evidentes incompatibilidades na autuação com as disposições legais aplicados, pelo fato da mercadoria autuada, arame, ser utilizada para amarrar os fardos de papéis, plásticos e papelão, esta situação não é de nulidade da ação fiscal e sim de improcedência.

O impugnante ainda alegou que caso devido o imposto por diferença de alíquota, deveria ter sido observado que não foram utilizados os créditos fiscais a que tinha direito, em obediência ao

princípio da não-cumulatividade do ICMS. Mas uma vez observo que, caso a ação fiscal seja mantida, a legislação tributária, especificamente, a Lei Complementar nº 87/96 (art. 33, I) e Lei estadual nº 7.014/96 (art. 29, § 1º, II), vedam o aproveitamento de crédito fiscal sobre material de uso e consumo até 31/12/2006. Se tal dispositivo legal afronta, como disse o impugnante, a Constituição Federal, e caia no âmbito da constitucionalidade, esta Junta de Julgamento Fiscal, foro administrativo, não tem competência para apreciá-la, em conformidade com o art. 167, do RPAF/99. Observo, apenas, que o que se cobrou foi a diferença entre a alíquota interna (17%) e a interestadual (12% ou 7%), nas operações em questão, situação prevista no art. 155, VIII da Constituição Federal.

Quanto ao fato de “sucata”, como identificou a defesa, serem as mercadorias pelo autuado comercializadas (papéis, plásticos e papelão) e, portanto ter o imposto deferido para as sucessivas saídas (art. 509, do RICMS/97), este fato não se aplica a matéria em discussão, ou seja, as aquisições de rolos de arames, de contener para armazenar sucata e correia transportadora. O que deve ser observado são as situações legais quando o imposto por diferença de alíquota é devido.

Na fase de instrução processual, foi observado; a) não tinham sido discriminadas as mercadorias que deram causa à autuação; b) não havia sido indicada a diferença de alíquota cobrada; c) sendo 3^a e 4^a vias dos documentos fiscais, pois colhidos junto ao Sistema CFAMT, não existia nos autos a comprovação de que as notas fiscais foram dadas a conhecer ao sujeito passivo. Este, em manifestação depois da sua impugnação, anexou as vias dos documentos fiscais com exceção daqueles de nº 267.379, 267.853, 268.687 e 18.580; as notas fiscais nº 267.379 e 18.580 como não estavam apensadas ao processo, apenas indicadas no demonstrativo, não se tinha conhecimento a que mercadorias se referiam; d) das notas fiscais anexadas aos autos, aquelas emitidas pela Gerdau Açonorte havia o conhecimento de que foram aquisições de arame tendo em vista a afirmativa da defesa. A de nº 020885 (fl. 24) não se sabia qual mercadoria havia sido adquirida e a de nº 026307 (fl. 25) tratava de aquisição de correia transportadora. Diante deste contexto, foi realizada diligência fiscal para saneamento dos autos, o que foi cumprida, sendo dada a conhecer ao sujeito passivo que não se manifestou.

Após tais considerações, passo ao mérito da lide, observando, inicialmente que as notas fiscais não anexadas aos autos (Nota Fiscal nº 267.379 e 18.580) devem ser excluídas da autuação, vez que a relação do CFAMT tem a função de indicar provável ilícito fiscal, porém a prova somente se dar com a apresentação do documento fiscal. No mais, o Auto de Infração acusa o contribuinte da falta de pagamento da diferença de alíquotas de mercadorias relativa a material de consumo do estabelecimento autuado. O RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 determina o pagamento da diferença de alíquota quando das aquisições interestaduais (art. 5º, I, do RICMS/97) de material para uso e consumo. Nesta situação define como material de uso ou consumo do próprio estabelecimento, aquelas mercadorias adquiridas porém não destinadas à “comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, nem, tampouco, consumidas nem integrantes do produto final ou do serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação.” Esta definição encontra-se claramente posta no art. 93, V, b) do RICMS/97. Na situação dos autos e o acima exposto, é necessário que seja observado a efetiva utilização, na atividade comercial do autuado, dos produtos sobre os quais foi exigida a diferença de alíquota.

O produto “rolo de arame” foi adquirido através das notas fiscais nº 265.047, 265.056, 265.818, 268.687, 270.245, 271.069, 272.809, 273.285, 273.679, 274.328, 275.878, 281.609, 283.103, 284.422, 286.312, 287.983, todas emitidas pela empresa Gerdau Aço Norte. O sujeito passivo explicou, apresentando fotos, e sua afirmação não foi contrariada pelo autuante, que o arame é utilizado para amarrar as sucatas de papel e plástico. Descrevendo sua atividade, disse que adquire estes produtos (papel, papelão e plásticos) que são separados em produto útil ou não útil. O primeiro é prensado e condicionado para vendas. Neste momento existe sua amarra com a mercadoria ora em lide. Em

sendo assim, estou convencida que o arame se constitui em material de embalagem, pois tem como função acondicionar os papéis, papelões e plásticos reciclados que serão vendidos. E o seu consumo não é da empresa, mas sim dos seus clientes, pois para eles seguem, portanto, custo operacional. Portanto, a diferença de alíquota sobre esta mercadoria e dentro da atividade do autuado não é devida por não se tratar nem de material de uso e consumo, nem, tampouco, de bem para compor o ativo permanente do estabelecimento.

Restam os produtos adquiridos através das Notas Fiscais nº 26.307 e nº 20.885. Na primeira se tratou de “correia transportadora” e na segunda de “contener para armazenar sucata”, conforme descrito pelo autuante quando da diligência solicitada e não contestado pelo contribuinte. Estes não são matérias de embalagem. Estes não são embalagens e, portanto devida a diferença de alíquota.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, para cobrar o ICMS no valor de R\$3.886,90.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **128862.0004/04-7**, lavrado contra **CSP COMÉRCIO DE SACOS DE PAPÉIS E PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.886,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR