

PROCESSO	- A. I. Nº 207110.0901/04-2
RECORRENTE	- GRANÍFERA SOCIEDADE BAHIANA – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GRANITO E MÁRMORE LTDA. (GRANIFERA – GRANITOS E MÁRMORES)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0382-03/05
ORIGEM	- INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET	- 28/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0471-12/05

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. **b)** BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente e de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente a diferença entre as alíquotas interna e interestadual. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A legislação tributária vigente veda a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. **b)** IMPOSTO RETIDO SOBRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PRESTADOS POR AUTÔNOMOS. É vedada a utilização do crédito fiscal do ICMS de frete relativo a transporte intermunicipal ou interestadual, quando o transporte é efetuado por transportador autônomo em operação FOB. Não comprovado na contabilidade que o frete foi pago pelo estabelecimento autuado. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. 4. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO SENDO “EXPORTAÇÃO”, MAS SEM COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOTO. Diligência fiscal não comprovou a efetivação da exportação. As infrações acima restaram caracterizadas. Não acolhidas as alegações de nulidade e de constitucionalidade. Mantidas as decisões. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$458.987,19, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento – R\$31.468,41.

2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento – R\$122.462,74.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$130.144,52.
4. Recolheu a menos ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual – R\$77.148,73.
5. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação – R\$54.502,69.
6. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto – R\$43.260,10. Consta nas informações complementares que foi registrado no livro de Registro de Apuração do ICMS a título de “outros créditos” os valores do imposto retido de transportadores autônomos, referente a serviços de transporte de mercadorias vendidas a preço FOB, redundando em recolhimento a menos do imposto.

O autuado defendeu-se de todas as acusações acima, o autuante prestou a informação fiscal ratificando integralmente a autuação. Em seguida, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações:

- a) que o autuado, em relação às infrações 2 e 3, fosse intimado a descrever o seu processo produtivo, bem como a função dos materiais empregados no processo;
- b) que, em relação à infração 5, fosse informado se as placas de granito exportadas se tratam efetivamente das mesmas mercadorias remetidas para exportação como bloco, inclusive verificar se há condição de se estabelecer uma correspondência entre as mercadorias;
- c) que, em relação à infração 6, informasse as vendas consignadas nas Notas Fiscais de nºs 2308 a 3188 foram efetuadas com cláusula CIF ou FOB, bem como fosse verificado se a escrita contábil do autuado registra o frete contratado de terceiro.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 099/05 (fls. 724 a 729), tendo o diligenciador informado que o estabelecimento do autuado exerce a atividade de beneficiamento de blocos de rochas graníticas, transformando-os em chapas. Explicou que o processo produtivo consiste no recebimento de blocos de granitos que são, em seguida, transformados em chapas, as quais são polidas para posterior comercialização. Às fls. 731 a 744, apresentou uma planilha, onde foram descritas as mercadorias e sua aplicação no processo produtivo.

Quanto à infração 5, o diligenciador afirmou que o autuado remeteu blocos de granitos e, no entanto, foram exportadas placas de granitos, conforme cópias das Guias de Exportações (GE) acostadas às fls. 381/543 e 398/402. Disse que não foi possível estabelecer uma correlação entre as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pelo autuante e as exportadas.

Relativamente à infração 6, o preposto da ASTEC afirmou: que as operações consignadas nas Notas Fiscais de nºs 2308 a 3183 e 3184 a 4940 foram efetuadas com a cláusula CIF; que o livro Diário/Razão do autuado não registra frete contratado de terceiros; que não foi lançado o débito do ICMS no livro de Registro de Saída de Mercadorias; que os DAES referentes ao pagamento de fretes não foram contabilizados pelo autuado; que, no exercício de 2003, o autuado se debitou do imposto relativo a fretes.

O autuado e o autuante foram notificados acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciaram. Em seguida, o processo foi encaminhado ao CONSEF para julgamento.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida afastou a preliminar de nulidade suscitada relativamente à infração 2, argumentado que as *regras sobre o cálculo do ICMS da diferença de alíquota prevista na Lei Estadual (7.014/96) estão em perfeita harmonia com a Lei*

Complementar 87/96 e suas alterações. Ademais, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, não compete a este órgão julgador declarar a constitucionalidade da legislação tributária.

Ao adentrar no mérito, as exigências fiscais referentes às infrações 1, 2 e 3 foram mantidas, sob o argumento de que os produtos arrolados nessas infrações são classificados como peças de reposição de equipamentos, como material de uso e consumo e como material empregado em imóveis por acesso físico, não gerando, portanto, direito a crédito fiscal, bem como sendo devido o ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

A infração 4 foi julgada procedente, sob o argumento de que *restou comprovado o recolhimento a menor do ICMS relativo a operações de venda a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação sobre os documentos que o autuado impugnou na sua defesa*.

A infração 5 foi julgada procedente, tendo o relator fundamentado o seu voto no fato de que *não ficou comprovado que as mercadorias exportadas se tratam das mesmas mercadorias efetivamente remetidas pelo autuado para exportação*. Ressaltou que, para o gozo do benefício fiscal na exportação indireta, o produto deve ser exportado na qualidade que fora remetido (bloco de granito), sem sofrer qualquer processo de beneficiamento (art. 582, § 2º, I do RICMS/BA).

A infração 6 foi julgada procedente, sob o argumento de que o imposto retido na condição de responsável solidário (art. 380 a 382 cc art. 643 do RICMS/97) que foi debitado no livro RSM foi neutralizado pelo lançamento a título de "Outros Créditos". Disse que não há prova nos autos de que o frete tenha sido pago pelo autuado, não há o direito ao crédito fiscal e, portanto, não se justifica o segundo lançamento a título de "Estorno de Débito".

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o autuado, ora recorrente, apresentou Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão recorrido merece ser reformado, conforme relatado a seguir.

Quanto às infrações 1, 2 e 3, o recorrente afirma que o autuante não efetuou uma análise detalhada da verdade material, já que não vislumbrou as informações contidas nas notas fiscais de compras das mercadorias arroladas na autuação. Frisa que, no seu entendimento, é irrelevante se os bens (granilha, rebolo, rolamento, porca, lixa, disco, tira de aço) são ou não utilizados nas atividades do contribuinte ou integrem o produto final com saída tributada ou não. Diz que é pacífico o entendimento de que os materiais consumidos no processo produtivo permitem ao contribuinte industrial a utilização do crédito de ICMS e, portanto, não há o que se falar em crédito indevido e nem em diferença de alíquota relativamente a esses produtos. Cita Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como ementas de Acórdãos deste CONSEF.

Sustenta que a 3ª JJF reconheceu o direito ao crédito fiscal referente aos produtos intermediários e, no entanto, a mesma 3ª JJF entende que os produtos constantes nas notas fiscais juntadas aos autos não são referentes a insumos industriais ou ativo fixo. Diz que, conforme o Parecer da ASTEC, a descrição do processo produtivo confirma os argumentos suscitados na defesa. Assegura que o processo de beneficiamento do granito e as notas fiscais juntadas ao processo demonstram que os produtos motivadores das infrações em tela são produtos intermediários, que foram empregados para transformar os blocos de granitos em placas, sendo inteiramente consumidos, embora de maneira lenta, não integrando, por isso, o novo produto.

Pontua que a própria 3ª JJF, ao se referir ao Parecer ASTEC, não é conclusiva em sua fundamentação, restando uma dúvida que deve ser solucionada de forma mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN. Transcreve ementa de Decisão do STJ e, em seguida, afirma que os créditos fiscais constantes nas infrações 2 e 3 estão fadados à improcedência, pois a PGE/PROFIS não permite a inscrição em dívida ativa de débito tributário referente a matéria que já tenha sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual em virtude de jurisprudência do STJ.

Quanto à infração 4, afirma que as Notas Fiscais de nºs 3770, 3303, 3858, 3746, 3769, 3302, 3899, 3875, 3876, 3915, 3932, 3942, 3963, 3964, 4036, 4037 e 4038 foram emitidas contra contribuintes regularmente

inscritos no cadastro de contribuintes, conforme comprovam as notas fiscais e os extratos do Sintegra acostados ao processo (fls. 357 a 379).

No que se refere à infração 5, alega que o autuante não observou que as mercadorias, além de estarem acobertadas por notas fiscais, também estavam acompanhadas das respectivas guias de exportações (docs. 7 e 8 – fls. 380 a 545). Assegura que houve um equívoco do autuante ao lhe atribuir a remessa de bloco de granito para exportação ao invés de placas. Salienta que a empresa exportadora não possui meios para proceder tal beneficiamento, como poderia atestar uma diligência efetuada por auditor fiscal estranho ao feito, o que desde diz requerer. Aduz que houve uma descrição errada dos produtos remetidos, pois a saída do granito do seu estabelecimento só poderia se dar por meio de placas e ladrilhos, após o beneficiamento.

Relativamente à infração 6, diz que o autuante não observou que o débito do ICMS indevidamente escriturado no livro Registro de Saída foi estornado no livro Registro de Apuração do ICMS. Ressalta que o lançamento a crédito do ICMS sobre frete, no livro RAICMS, foi recolhido regularmente conforme DAE's anexos (docs. 9 e 10 – fls. 546).

Para corroborar suas alegações, cita farta doutrina, discorre sobre os elementos constitutivos do ato administrativo, tece considerações sobre poder vinculado e, ao finalizar, solicita que a autuação seja decretada nula ou improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 1068 e 1069, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as infrações 1, 2 e 3 devem ser mantidas, pois os produtos nelas relacionados não se consomem de imediato no processo produtivo e não se incorporam ao produto final. Diz que, em relação às infrações 4, 5 e 6, o recorrente apenas repete as alegações da defesa e não acrescenta qualquer documento novo capaz de modificar a Decisão da Junta de Julgamento. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recuso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, afasto a argüição de nulidade do lançamento, pois o Auto de Infração foi lavrado em consonância com os requisitos legais, está acompanhado de demonstrativos que evidenciam as infrações que foram imputadas ao autuado, ora recorrente, e não houve qualquer inobservância do disposto no art. 18 do RPAF/99. Do mesmo modo, a Decisão recorrida foi proferida abordando todos os argumentos expendidos na defesa, tendo sido a lide decidida com a devida fundamentação e sem qualquer cerceamento de defesa.

Com relação à alegada inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria não se inclui na competência deste órgão julgador, conforme o disposto no inciso I do artigo 167 do RPAF/99.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo e especialmente o resultado da diligência já efetuada são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito, constato que os bens relacionados na infração 1 (demonstrativo de fl. 14) são classificados como pertencentes ao ativo imobilizado, pois são de permanência duradoura e se destinam ao funcionamento da empresa. Nas aquisições interestaduais desses bens, é devido o ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nos termos do art. 1º, § 2º, IV, e art. 5º, I, todo do RICMS/97. Dessa forma, a infração está caracterizada e, portanto, foi correta a Decisão da Primeira Instância.

Quanto às mercadorias relacionadas nas infrações 2 e 3, verifico, com base no demonstrativo de fls. 731 a 744, elaborado pelo diligenciador da ASTEC, que as mercadorias ali relacionadas não se classificam como produtos intermediários, pois não integram o produto final na condição de elemento indispensável e não são consumidos, inutilizados, gastos ou destruídos a cada processo produtivo. As mercadorias em questão são classificadas como material de uso e consumo do

estabelecimento e, portanto, não geram direito à utilização do crédito fiscal, conforme o art. 93, V, “b”, do RICMS/97, bem como é devido o imposto referente à diferença de alíquota nas aquisições interestaduais.

Quanto às decisões citadas pelo recorrente, ressalto que elas não tratam da mesma situação que se encontra em lide. A Decisão do STJ, referente a materiais refratários, não se aplica ao caso em comento, pois os materiais são distintos, e também diferentes são as aplicações deles nos processos industriais. Do mesmo modo, entendo que não há dúvida na autuação que justifique a aplicação do princípio previsto no art. 112 do CTN, como solicita o recorrente.

Em face do acima comentado e em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, as infrações estão caracterizadas e, portanto, foi correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto à infração 4, observo que o recorrente repete integralmente os argumentos já expendidos na defesa e rechaçados na Decisão recorrida com a devida fundamentação. A Decisão da Junta de Julgamento está correta e deve ser mantida, pois o recorrente não trouxe no Recurso Voluntário qualquer novo argumento ou prova capaz de modificar a Decisão da Primeira Instância.

No que tange à infração 5, a diligência da ASTEC comprovou que as mercadorias enviadas para exportação (blocos de granito) não corresponde às que foram exportadas (placas de granito), não havendo condições de correlacionar as mercadorias. O recorrente alega que houve equívoco na descrição das mercadorias enviadas para exportação, porém não apresenta qualquer prova que pudesse modificar o que ele próprio lançou nas suas notas fiscais. Ademais, o diligenciador frisou que intimou o recorrente a fazer a correlação entre as mercadorias, porém não teve a sua intimação atendida. Considero, portanto, que não restou comprovada a exportação das mercadorias em questão e, portanto, foi correta a Decisão da Junta de Julgamento.

Relativamente à infração 6, constato que a diligência da ASTEC comprovou que a contabilidade do recorrente não registra que ele tenha arcado com o ônus do imposto referente ao frete em questão. No Recurso Voluntário, o recorrente repete as alegações defensivas e não traz qualquer novo elemento que seja capaz de modificar a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207110.0901/04-2, lavrado contra **GRANÍFERA SOCIEDADE BAHIANA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GRANITO E MÁRMORE LTDA. (GRANÍFERA - GRANITOS E MÁRMORES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$458.987,19, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, "a", respectivamente, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS