

A. I. N ° - 279757.0030/04-6
AUTUADO - COBAFI – COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFMT-DAT/ METRO
INTERNET - 20.07.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0248-01/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDA. OPERAÇÃO TRIBUTADA ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não comprovada. 3. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. DESTINATÁRIO NÃO HABILITADO PARA OPERAR NO REGIME. Neste caso, o imposto deve ser pago no ato da saída. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CANCELADA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2004, exige ICMS no valor de R\$297.843,28, em decorrência das seguintes irregularidades:

1 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$18.683,27, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Referente importações de materiais de uso e/ou consumo, conforme demonstrativo do crédito fiscal indevido nas importações de peças de reposição, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte.

2- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$8.846,74, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo das operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte.

3 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$8.762,51, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Referente a vendas de sucatas com diferimento do ICMS para contribuinte sem habilitação de operação no regime e não contribuinte

do imposto, conforme Demonstrativo das Operações com Mercadorias Tributadas como Não Tributadas, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte.

4 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$148,08, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizadas neste Estado. Referente às vendas para contribuintes com inscrição no cadastro do ICMS da SEFAZ cancelada, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS devido por antecipação Tributária.

5 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$130.297,32, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Diferença de Alíquota, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte.

6 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$91.534,36, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Diferença de Alíquota, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte.

7 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$39.571,00, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme Demonstrativo de Crédito fiscal Indevido nas aquisições, no Estado, de Material de consumo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte.

O autuado apresentou defesa, às folhas 57/72, inicialmente, discorrendo sobre sua forma de constituição, seu objetivo social e transcrevendo as infrações.

Como preliminares argüiu nulidade, inconstitucionalidade e a decadência da autuação.

No tocante a nulidade, assevera que a autuação não se lastreia em elementos concretos, enumera valores incorretos sem, no entanto, demonstrar provada a ilegalidade proveniente dos procedimentos adotados.

Em relação à inconstitucionalidade, aduz que o enquadramento rasga todos os ditames legais e constitucionais.

Quanto a decadência, sustenta que os fatos geradores ocorreram 05 (cinco) anos antes da lavratura do Auto de Infração, citando o art. 150, § 4º, do CTN.

Em seguida adentra ao mérito da autuação, passando a defendendo cada infração separadamente.

INFRAÇÃO 01 - Diz que adquiriu material para seu ativo imobilizado, no exterior, não podendo ser autuado, pelo simples fato de que as autoridades fiscalizadoras presumiram que dito material seria para uso e consumo, pois não é caso para se aplicar a presunção ou o arbitramento.

Assevera que a exigência fiscal, na glosa do crédito fiscal de ICMS, gira em torno das aquisições efetuadas, destinadas ao “ATIVO FIXO”, durante a execução de projetos de modernização e ampliação da fábrica, com significativo aumento de produção, como pode ser facilmente constatado, nos exercícios de 1999 e 2000, conforme descrição mais detalhada dos Projetos, constante do “ANEXO 1” e na contabilidade da empresa.

Aduz que o arbitramento é uma medida excepcional, utilizado em casos extremos.

Esclarece que suas operações são rigorosamente auditadas, por auditores independentes, em observância a lei das Sociedades Anônimas e os Princípios Contábeis Geralmente Aceitos

adotados e aprovados pelo IBRACON – Instituto Brasileiro de Contabilidade, conforme pode ser comprovado pela publicação dos balanços referentes aos exercícios de 1999 e 2000.

Ressalta que, pelo pequeno volume de documentos envolvidos, faz questão de integrá-los a impugnação, estado a disposição para realização de uma Diligência ou Perícia.

INFRAÇÃO 02 – Assevera que se trata de cobrança em duplicidade de ICMS nas operações por conta e ordem de terceiros (industrialização por encomenda).

INFRAÇÃO 03 – Afirma que as vendas de sucatas foram realizadas para contribuintes do ICMS com certificado de habilitação do diferimento do imposto, na forma dos artigos 346, 347 e 348, do RICMS/Ba., não lhe cabendo a obrigação de fiscalizar a autenticidade dos certificados, atividade que compete a SEFAZ.

INFRAÇÃO 04 – Ressalta que é totalmente improcedente essa suposta infração, quer seja pela decadência que lhe atingiu, quer seja pelo seu valor irrisório apurado, quer seja, ainda, pelo poder privativo de fiscalização (princípio constitucional), de modo surpreendente e mágico para o autuado. Hoje, os sistemas de informações do fisco estão disponíveis para consultas “on-line”, mas há cinco anos passados, a coisa era bem diferente.

INFRAÇÕES 05 e 06 – Salienta que novamente os autuantes prejudgaram os procedimentos do contribuinte. Por iniciativa própria e sem respaldo nenhum legal ou jurídico, entenderam de desclassificar as compras efetuadas e destinadas ao “ATIVO IMOBILIZADO” do autuado para conceituarem referidas aquisições como para uso e consumo. acrescenta que reitera os comentários apresentados no bojo da INFRAÇÃO 01.

Complementa que o ICMS está regido pelo princípio constitucional da não-cumaltividade, lembrando que só pode ser compreendido corretamente segundo os critério estabelecidos na nossa Constituição Federal, não podendo, nem a lei ordinária, nem os atos administrativos, disciplinar o instituto, citando doutrina, o art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88, transcrevendo o art. 20, da Lei Complementar nº 87/96.

Destaca que, na sede e ânsia de arrecadar mais, os fiscais cometem um erro grosseiro, na elaboração do DEMONSTRATIVO relativo a diferença de alíquota de ICMS nas aquisições para Ativo imobilizado, consideraram a Nota fiscal nº 18.068, com data de entrada em 20/11/2000, no valor real de R\$ 675,42 de São Paulo (cópia ANEXO IV), o valor de R\$675.470,00, segundo os fiscais. Desse modo fica prejudicado, também os valores das supostas infrações.

INFRAÇÃO 07 – Reitera que, novamente os fiscais insistem em glosar os créditos de ICMS do autuado, no pré-julgamento de entenderem que referidas aquisições são de material de uso e consumo. Apresenta seus protesto e discordância da atitude fiscal e nova seus argumentos jurídicos, legais e fáticos apresentado ao longo da impugnação e em especial, nas infrações já apontadas, relativamente as de números 01, 05 e 06.

Ao finalizar, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, às fl. 105/107, ao prestar a informação fiscal, ressaltou que a ação fiscal foi desenvolvida com base nos arquivos magnéticos transmitidos para a SEFAZ na forma do Convênio 57/95 e documentos fiscais apresentados para verificação.

Em seguida passou a analisar os argumentos defensivos.

Em relação a alegação de nulidade, aduz que é meramente protelatório, pois o autuado em momento algum se amparou na legislação tributária específica, em especial o RICMS/97, navegando em conjecturas que não devem convencer nem a si próprio.

Quanto a decadência e prescrição, transcreveu os artigos 965 e 966 do RICM/97, que entende ser claro e enfático quanto a constituição e cobrança do crédito tributário.

Prosseguindo passou a analisar o mérito da autuação.

INFRAÇÃO 01 – Diz que o autuado, inicialmente, divaga no conceito de presunção e em seguida apresenta argumentos inócuos querendo convencer que as mercadorias importadas, especificadas à fl. 16 do PAF, seriam destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. Acrescenta que, basta ler a dissertação da peça contestaria, fl.57, para que se tenha segurança de que as mesmas nada mais são do que materiais de uso e consumo – partes e peças. Não se tratam de máquinas ou equipamentos, mas tão somente de peças utilizadas para substituição de outras, integrantes do equipamento, substituídas em função do seu uso normal, fls. 78 a 80. Não há que se falar em ativo imobilizado ou mesmo “critério” adotado pelo autuado, quanto à sua classificação fiscal ou contábil, uma vez que ficou comprovada a sua aplicação e utilização.

INFRAÇÃO 02 – Reconhece que o autuado comprovou a regularidade das operações.

INFRAÇÃO 03 – As argumentações são de cunho especificamente protelatório não encontrando amparo na legislação tributária, opina pela manutenção.

INFRAÇÃO 04 – O autuado se perde em argumentos frágeis, sem qualquer sustentação legal, sendo indiscutível a procedência da acusação.

INFRAÇÕES 05, 06 e 07 – Assevera que os argumentos defensivos são desprovidos de quaisquer provas admitidas em direito. Mais uma vez, o autuado navega em ensinamentos estanques à legislação tributária pertinente, enquanto a ação fiscal pautou-se, exclusivamente, no RICMS/97.

Quanto ao valor da Nota Fiscal nº 18068, de 20/11/2000, procederam a devida retificação no demonstrativo próprio e elaboraram novo Demonstrativo de Débito. Ressaltaram, que tal erro não decorreu de “sede e na ânsia de arrecada mais”, conforme expressou o autuado, uma vez que a informação foi colhida em seu arquivo magnético, transmitido à SEFAZ, contendo esta incorreção.

Ao finalizar, opinam pela procedência parcial da autuação.

O autuado, folhas 130/137, ao se manifestar sobre a informação fiscal e o novo demonstrativo de débito, reitera os argumentos em relação a nulidade, decadência e inconstitucionalidade.

INFRAÇÃO 01, diz que as importações referem-se as partes e peças destinadas ao Ativo Imobilizado, que os autuantes insistem em classifica-las, como material de uso e consumo, o que não é verdade. Acrescenta que, durante o período de fiscalização, os autuantes não confrontaram, “in loco”, muito menos vistoriaram ou mesmo indagaram sobre esses bens, na área industrial e sequer tiveram o trabalho de investigar, ou mesmo de “checar”, fisicamente, até mesmo verificar na conta de “estoques”, ou outros controles existente e disponíveis do autuado, para amparar as afirmações fiscais. Simplesmente, presumiram que ditas aquisições deveriam ser para uso e consumo. Para comprovar a veracidade das alegações, acosta Informação Técnica, elaborada pelo departamento de engenharia (ANEXO III), fls.153.

INFRAÇÃO 02 – Salienta que os autuantes reconheceram o erro cometido, quando da autuação fiscal.

INFRAÇÕES 03, 04, 05, 06 e 07, Reiterou o argumento da defesa anterior.

Ao finalizar, Ratifica os protestos, de usar todos os meio de prova em direito admitidos, inclusive a perícia técnica, requer a juntada posterior de documentos, a fim de que fique provada a improcedência do Auto de infração.

Os autuantes, fl.160v, tomaram ciência da nova manifestação do autuado, porém, silenciaram.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 1ª. JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser instruído, devendo ser redistribuído ao relator.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente PAF, verifico que a autuante imputa ao sujeito passivo 07 (sete) irregularidades, as quais passo a analisar.

Inicialmente, reporto-me às questões preliminares que foram argüidas pelo sujeito passivo.

Em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança constante no Auto de Infração, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Quanto à alegação defensiva de decadência, a mesma não pode ser acolhida, pois o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em lide, por se reportar uma parte a fatos geradores do exercício de 1999, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/00, cujo prazo final se daria em 31/12/2000.

Como o lançamento ocorreu em 29/12/2004, portanto, obedeceu ao prazo decadencial, o que cai por terra o argumento do autuado.

No tocante a nulidade argüida na peça defensiva, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista que as infrações encontram-se embasadas nos documentos acostados aos autos, e também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Superadas as preliminares, passo a analisar o mérito da autuação.

Infração 01, imputa ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição (importações) de material para uso e consumo do estabelecimento.

Os argumentos defensivos de que trata-se de material para seu ativo imobilizado, decorrente do projetos de modernização e ampliação da fábrica, não podem serem acolhidos, pois analisando as cópias dos documentos acostados aos autos, constatei que os produtos são:

1. Nota Fiscal Nº 00024 – “BOBINAS PARA MÁQUINA TBR DE ALUMÍNIO”;
2. Nota Fiscal Nº 00203 – “PEÇAS SOBRESSALENTE P/ MAQUINA” e
3. Nota Fiscal Nº 00183 - “FILTRO SEPARADOR ELIMINADOR”.

Conforme consignado no documento acostado pela defesa, denominado de “INFORMAÇÃO TÉCNICA”, trata-se de partes e peças. Concorro com os autuantes, pois em meu entendimento são partes e peças, nesta condição, para efeito de ICMS, são enquadrado como material de consumo, não gerando direito ao crédito. Assim, tem se posicionado este CONSEF.

Em razão do acima exposto, considero comprovada a infração, por infringência 93, V, “b”, do RICMS/97, devendo, por isso mesmo, ser mantida a exigência fiscal.

Infração 02 - Imputa ao autuado a falta de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado argumenta que trata-se de cobrança em duplicidade de ICMS nas operações por conta e ordem de terceiros (industrialização por encomenda), fato que foi reconhecido pelos próprios autuantes. Assim, a infração deve ser excluída do Auto de Infração.

Infração 03 - Imputa ao autuado a falta de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Trata-se de vendas de sucatas com diferimento do ICMS para contribuinte sem habilitação para operar no regime e não contribuinte do imposto. A defesa alega que os destinatários estavam habilitados à operar no Regime de Diferimento, entretanto não apresentou qualquer prova do alegado, embora tenha recebido cópia do “Demonstrativo das Operações com Mercadorias Tributadas como Não Tributadas”, o qual encontra-se acostado aos autos.

Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no Art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, entendo que a infração restou caracterizada.

Infração 04 - Imputa ao autuado a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizadas neste Estado, com inscrição no cadastro do ICMS da SEFAZ cancelada.

Efetivamente, o destinatário das mercadorias estava com a inscrição cancelada, cabendo ao autuado, na qualidade de vendedor, reter e recolher o imposto, independente do valor devido. Assim, o argumento de que trata-se de valor irrisório não é capaz de elidir a infração, bem como não elide a acusação a suposta dificuldade alegada pela defesa de identificar a regularidade de seus clientes ou fornecedores. Logo, a infração restou caracterizada.

Infrações 05 e 06 – Serão analisadas em conjunto, tendo em vista que uma é decorrente da outra. Na primeira imputa ao autuado a falta de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Enquanto que na segunda, é apontada a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Em sua defesa, além de questões preliminares que já foram afastadas, o autuado alega que os autuantes consideraram a Nota fiscal nº 18.068, com data de entrada em 20/11/2000, no valor real de R\$ 675,42, o valor de R\$675.470,00.

Na informação fiscal, os autuantes procederam a devida retificação na planilha e elaboraram novo Demonstrativo de Débito. Ressaltaram, que tal erro decorreu de informação colhida no arquivo magnético enviado pelo autuado, transmitido à SEFAZ, contendo esta incorreção

Assim, as infrações devem ser reduzidas em relação aos fatos geradores do mês de novembro/00, com vencimento em 09/12/00, as que constam originariamente, os valores de: Diferença de alíquota R\$75.752,23 e Crédito Indevido R\$53.026,56, ficando reduzidos para R\$8.277,77 e R\$5.794,44, respectivamente, conforme demonstrativo abaixo:

Infração 07- Imputa ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição, no Estado, de material para uso e consumo do estabelecimento.

As peças defensivas não apresentaram qualquer elemento diferente dos analisados anteriormente nas infrações acima, quer seja em relação as preliminares que seja em relação ao mérito, razão pela qual deve ser mantida no valor indicado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, nos valores abaixo indicados:

Infrações	Imposto devido em R\$	Julgamento
1	18.683,27	Procedente
2		Improcedente
3	8.762,51	Procedente
4	148,08	Procedente
5	83.065,20	Proc.Parte
6	24.059,90	Proc.Parte
7	39.571,00	Procedente
Total	174.289,96	

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 279757.0030/04-6, lavrado contra **COBAFI – COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$174.289,96**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, “e”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96, 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA– PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR