

A. I. Nº - 269515.0055/05-1
AUTUADO - NORFIL S/A INDÚSTRIA TEXTIL
AUTUANTE - NAGIBE PEREIRA PIZA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 20.04.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-01/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO FIXO. GLOSA. Comprovada autuação. **b)** TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS. TRANSFERÊNCIAS SEM A ENTRADA DA MERCADORIA. FIOS DE ALGODÃO. Caracterizada a inocorrência fática da transferência do produto do estabelecimento matriz para a filial neste estado e, também não comprovada a exportação dos produtos pelo estabelecimento baiano como alegado pelo autuado. Infração subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoque indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração subsistente. Confirmada a irregularidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 23/08/2005 exige imposto no valor de R\$1.499.712,83, pelas seguintes irregularidades:

- 1) utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de abril de 2005, no valor de R\$ 16.023,79;
- 2) utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, nos meses de setembro a dezembro de 2004 e janeiro e abril de 2005, no valor total de R\$ 1.429.673,82;

Acrescenta que o contribuinte adquire algodão em pluma de cooperativas localizadas neste Estado com diferimento do ICMS e transfere o produto para estabelecimento industrial em João Pessoa/PB, em operação CFOP 6152 – transferência de mercadoria adquirida de terceiros, com o devido destaque do imposto, não se tratando de operação com o fim específico de

industrialização. Por outro lado, o autuado recebe fios de algodão em transferência (operação simbólica) do estabelecimento da Paraíba, como sendo operação CFOP 6151 - transferência de produção do estabelecimento, também com destaque do imposto incidente sobre o valor agregado ao produto industrializado, não havendo circulação das mercadorias no território baiano.

Esclarece que não há motivação para que a mercadoria seja transferida simbolicamente para o estabelecimento autuado, vez que tanto a industrialização como as operações de venda amparada por imunidade são efetivadas pelo estabelecimento localizado na Paraíba. Assim, os procedimentos adotados pela Norfil estão obrigando o Estado da Bahia a suportar créditos que não guardam qualquer relação direta com o estabelecimento localizado em seu território, visto que o produto final vendido não transita pelo território baiano e nem é realizada qualquer atividade industrial que agregue valor ao referido produto.

3) recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de fevereiro de 2005, no valor de R\$ 132,00;

4) falta de recolhimento do ICMS pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, período de 01/01/05 a 30/06/2005, no valor de R\$ 47.206,64;

5) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de abril de 2005, no valor de R\$ 6.676,58.

O autuado, às fls. 67 a 94, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando que, em relação à infração 02, o autuante entendeu que o contribuinte utilizou indevidamente crédito relativo às mercadorias adquiridas sob o fundamento de que tais mercadorias não teriam entrado no seu estabelecimento. Citou e teceu comentários a respeito do art. 155, § 2º, I, “b” da CF/88, alegando que, em essência, é o critério constitucional pelo qual se constrói a chamada não cumulatividade do ICMS, citando, ainda, lições de tributaristas, a respeito da não cumulatividade (compensação).

Alegou que o esquema constitucional ao mencionar compensação – pode ser visto como um processo matemático de dedução, no qual, por imposição constitucional, o montante do ICMS devido é o “minuendo”, e o ICMS anteriormente cobrado o “subtraendo”. Citou Geraldo Ataliba dizendo que essas premissas são importantes para que fique claro o não cabimento de restrições introduzidas por lei infraconstitucional ao alcance do abatimento do ICMS, como estruturado pelo texto constitucional.

Disse que o fisco baiano expressou constatações factuais que não correspondem a verdade, tais como: “A transferência do algodão em pluma da Bahia para a Paraíba não é com o fim específico de industrialização...”.

O autuado é uma filial localizada na Bahia, sendo a matriz estabelecida em João Pessoa – PB e o algodão em pluma adquirido na Bahia e transferido fisicamente para a matriz é 100% destinado a industrialização, pela matriz, na Paraíba, sendo uma inverdade quando o fisco diz que a transferência é meramente simbólica e que o pluma não é voltada para a industrialização.

Argumentou que a operação de venda é realizada pela filial situada na Bahia, e não, na Paraíba. Os créditos guardam total e profunda relação com as vendas realizadas pelo contribuinte (débitos imunizados pelo fator exportação), pois os créditos são derivados da matéria-prima (pluma de algodão), habilitados para servirem ao confronto com os débitos (originados com as vendas) que, no caso, está imunizada. Citou o art. 32, I, da LC nº 87/96.

Disse que a documentação existente no estabelecimento comprova o processo regular e apropriação dos créditos. Inclusive, o Estado da Bahia, recebe do Governo Federal as compensações financeiras decorrentes das exportações (Lei Kandir e suas posteriores modificações) são realizadas pelo autuado que têm suas vendas realizadas e contabilizado no Estado baiano e não, no paraibano. O fato das mercadorias vendidas não terem sido lançadas por portos situados na Bahia não retira o direito ao crédito que é garantido em favor do contribuinte que comprovou adquirir mercadorias que geram crédito de ICMS em território baiano.

Também, alegou que os dispositivos citados (art. 97, VII e 124, do RICMS) dizem respeito a documentação falsa ou inidônea, sendo a acusação infundada e sem lógica. Citou o art. 155, § 2º, I, da CF/88, alegando não ter sido observada a não cumulatividade do ICMS. As leis e os decretos estadual e distrital incorporam restrições aos seus Regulamentos acrescentando outras condições para o uso dos créditos do ICMS, com questionáveis limitações ao direito de apropriação e utilização dos créditos do imposto e, independentemente de tais exigências não se mostrarem constitucionais, para que o direito ao crédito seja regularmente exercido faz-se necessária a comprovação da ocorrência da aquisição ou da efetividade da prestação do serviço.

Teceu posicionamento quanto ao princípio da boa fé do adquirente de mercadorias e serviços. E, se houve ingresso da mercadoria mediante documento com aparência de regularidade, o Fisco não tem nenhuma autoridade para imputar ao contribuinte qualquer tipo de sanção.

Faz citação a lições de Roque Carrazza, Hugo de Brito Machado, Aroldo Gomes de Mattos, no tocante a inconstitucionalidade quanto a fruição do direito à utilização dos créditos de ICMS, além de citação de decisões do STJ.

Concluiu fazendo considerações quanto ao direito ao uso do crédito fiscal do ICMS (art. 155, §2º, I, da CF/88).

Na infração 04, alegou ter contabilidade organizada e que registra todas as movimentações ocorridas, escriturando o que gera direito aos créditos e o que poderia gerar direito aos débitos, e se irregularidades existissem seriam de natureza acessória, nunca principal.

Infração 01 – Disse que todas as mercadorias e os serviços adquiridos tem como objetivo fazer produzir, circular e vender as coisas que o contribuinte faz mercancia com terceiros, não havendo aquisições de mercadorias para desfrute pessoal dos sócios. E, se o Estado da Bahia entende que o autuado não deve obter o direito ao crédito nas mercadorias adquiridas em outros estados da Federação, fere frontalmente o dispositivo constitucional em evidência (art. 155, § 2º, I, “b”).

Citou ensinamentos de Roque Antonio Carrazza e Tércio Sampaio Ferraz Jr., a respeito de restrições constitucionais. Também, citou decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, confirmando o direito do contribuinte gozar o crédito decorrente de mercadorias adquiridas para o ativo fixo e consumo para seu estabelecimento.

Tece comentários sobre as exceções constitucionais ao princípio da não cumulatividade e alega que a argumentação desenvolvida é igualmente aplicável às infrações 03 e 05.

Entendeu ser essencial a produção de prova pericial, depoimentos testemunhais e indispensáveis que restem provados os fatos elencados na peça de defesa, transcrevendo o art. 5º, LV, da CF/88 e citando jurisprudência quanto ao acolhimento de pedido de produção de provas.

Concluiu requerendo a improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 97/98, informou que em relação a infração 01, o autuado tem direito ao crédito na razão de 1/48 ao mês, na proporção exata fixada por lei em função das operações com crédito do imposto, das isentas ou não tributadas e operações sem crédito do imposto, além da obrigação acessória do lançamento em livro fiscal próprio (CIAP). O autuado apropriou-se de uma única vez todo o crédito fiscal.

Infração 02 - esclareceu que o autuado fundamenta-se no art. 155, § 2º, I, “b” que versa sobre a não cumulatividade do ICMS, no entanto, o ilícito tributário praticado pelo impugnante foi ter encaminhado algodão em pluma com destaque de imposto para a Norfil, na Paraíba e, esta última ter enviado fio de algodão, também com destaque de imposto para o estabelecimento filial situado na Bahia, porém as mercadorias “fios de algodão” nunca circularam no território baiano, como se observa dos documentos fiscais emitidos pela Norfil – Paraíba, com destaque de ICMS sem que houvesse um único carimbo da fiscalização em trânsito por onde supostamente tenha circulado essas mercadorias. Observou que a filial localizada na cidade de Luis Eduardo Magalhães é diminuta, não tendo espaço físico para suportar armazenagem de 40 a 200 toneladas que correspondem as remessas de fio de algodão. Assim, a Norfil/BA se credita do ICMS destacado na nota fiscal relativa a “fio de algodão” para compensar o débito do ICMS destacado na nota fiscal relativa a “algodão em pluma”, apresentando sempre a condição e credora do ICMS junto ao fisco baiano. Não podendo o Estado da Bahia suportar créditos que não guardam relação direta com estabelecimentos situados em seu território, cujos documentos que fazem prova desses créditos sejam viciados.

Na infração 03 – o autuado alega ter havido erro, no entanto, não aponta onde houve o engano do procedimento fiscal.

Infração 04 – no levantamento quantitativo de estoque, exercício aberto, foram elencados todos documentos fiscais de entradas e saídas e o autuado não apresentou provas para impugnar qualquer das fases do procedimento fiscal.

Infração 05 – o autuado faz as mesmas alegações apontadas na infração 03.

Opinou pela manutenção da autuação.

VOTO

Entendo desnecessária a solicitação de prova pericial e depoimentos testemunhais, inclusive de diligência, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para formação do meu convencimento. Valendo salientar que o autuado não trouxe ao processo qualquer documento que pudesse justificar a realização de diligência (art. 147, I e II, do RICMS/99).

Analisando as peças processuais, constato que foi exigido imposto decorrente de: utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; lançamento de nota fiscal sem ter havido a entrada da mercadoria no estabelecimento; recolhimento a menos do imposto em decorrência de erro na apuração dos valores; falta de recolhimento do ICMS pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias e; falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Inicialmente, observo que o autuado fundamenta sua peça de impugnação alegando inconstitucionalidade. Assim, tenho a ressaltar que de acordo com o disposto no art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. E, inclusive os fatos descritos no Auto de Infração estão dispostos de forma clara estando fundamentado de acordo com as disposições regulamentares e a multa aplicada obedecendo às normas estabelecidas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação a infração 02 - alega o impugnante que o estabelecimento filial autuado, localizado neste Estado, adquire de produtores “algodão em pluma” e transfere 100% do produto para seu

estabelecimento matriz, localizado no Estado da Paraíba, com destaque de ICMS. Depois de industrializado, o estabelecimento localizado na Paraíba transfere para sua filial na Bahia, o produto “fios de algodão”, e é o estabelecimento baiano quem vende o produto para exportação cujo débito do imposto é imunizado pelo fator exportação e que o Estado da Bahia recebe do Governo Federal as compensações financeiras decorrentes das exportações. E, pelo fato das mercadorias vendidas não terem suas saídas através dos postos situados na Bahia não lhe retira o direito ao crédito que é garantido em favor do contribuinte que comprovou adquirir mercadorias que geram crédito de ICMS em território baiano.

Neste sentido, tenho a observar que o autuado emite nota fiscal transferindo matéria prima “algodão em pluma” para sua matriz, localizada em outra unidade da Federação, já que é a matriz quem processa a industrialização transformando-o em “fios de algodão”. A saída em transferência deste Estado se deu com destaque de imposto, dando tratamento de uma saída interestadual, (transferência entre estabelecimentos do mesmo titular). Efetivamente as mercadorias foram transportadas para o Estado da Paraíba, estando correto o procedimento do contribuinte nesta situação. Já em relação ao retorno das mercadorias após a industrialização para o estabelecimento filial, localizado neste Estado, não se vislumbra o ingresso físico dos bens industrializados, apenas documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento matriz alusivo a transferências de produto industrializado “fios de algodão” transferidos para o estabelecimento filial deste Estado, também com destaque de ICMS, sem, contudo, ter havido a comprovação da entrada física dos produtos, nem consta qualquer alusão que se trate de remessa simbólica. Observo, inclusive, que o autuado alega ter havido a exportação dos produtos, tendo como exportador o Estado da Bahia, no entanto, inexistente qualquer elemento de prova do fato alegado, já que não foram anexados aos autos documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento baiano tendo como natureza da operação “venda p/ o exterior” e nem a correspondente documentação de exportação, como determina a legislação tributária estadual.

Assim, mantenho a glosa dos créditos fiscais por não ter ficado demonstrado ter havido entrada da mercadoria, mesmo simbolicamente nem e a saída para fins de exportação oriunda deste Estado.

Em relação às infrações 01 e 05, que tratam de utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de bens que integram o ativo fixo do estabelecimento e da falta de recolhimento da diferença de alíquota, vez que se refere a aquisições oriundas de outros estados, a Lei 7.014/96, nos arts. 4º, XV; 17, XI, § 6º; 28; 29, § 1º, I, estabelece o seguinte:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem.

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

I - a partir de 1º de novembro de 1996, tratando-se de mercadorias ou bens, destinados ao ativo permanente do estabelecimento e respectivos serviços de transporte;

No tocante a utilização do crédito fiscal, o RICMS/97, 93, V, “a” c/c § 17, e incisos que determina o seguinte:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) a partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12);

2.4 - tratando-se de bens destinados ao ativo imobilizado, hipótese em que será consignada, na coluna “Observações”, a expressão “crédito fiscal a ser apropriado nos termos do § 17 do art. 93”;

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7710):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

Assim, mantidas a infrações acima apontadas, por não ter o autuado atendido as determinações legais, no tocante a utilização do crédito fiscal e tendo, inclusive, deixado de recolher a diferença de alíquota devida.

Na infração 03, é alegada existência de erro, sem, contudo, apontar qual o equívoco no procedimento de fiscalização. Mantida a autuação.

A infração 04 trata de Auditoria dos Estoques, tendo o autuante apontado através de levantamentos e demonstrativo haver diferença de quantidade de mercadoria adquirida sem a devida contabilização das entradas, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, tendo, o autuado, limitado a alegar ter contabilidade organizada e que se irregularidade existissem seriam de natureza acessória. No

entanto, não junta nenhum elemento como prova do alegado. Mantida a irregularidade apurada, com previsão legal no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269515.0055/05-1**, lavrado contra **NORFIL S/A INDÚSTRIA TEXTIL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.499.912,83** acrescido das multas de 60% sobre R\$22.832,37, 150% sobre R\$1.429.673,82 e 70% sobre R\$47.206,64, previstas no art. 42, VII, “a”, V, “b”, II, “a” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR