

PROCESSO - A.I. Nº 269515.0060/05-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CIA MELHORAMENTOS DO OESTE DA BAHIA (CEMOB)
RECORRIDOS - CIA. MELHORAMENTOS DO OESTE DA BAHIA (CEMOB) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0178-01/06
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 31/07/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-11/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. Infração subsistente. Correta a multa aplicada. **b)** NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. Comprovado parcialmente o descabimento da ação fiscal. 2. DIFERIMENTO. GADO BOVINO. SAÍDAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É responsável pelo pagamento do imposto, na qualidade de contribuinte substituto, o contribuinte que realiza operação de saída interna de gado bovino vivo destinado a abate, englobando inclusive o imposto devido a título de antecipação tributária dos produtos comestíveis resultantes do abate. No entanto, a base de cálculo aplicável é a prevista no art. 61, inciso VII, alínea “a”, item 1. Modificados os fundamentos da nulidade. Recomendada a renovação da ação fiscal quanto a esta parcela. É também devida a exigência no tocante às saídas para fora do estado, por se operar o termo final do diferimento. 3. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO. Infração subsistente. Rejeitadas parcialmente as arguições de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, com fulcro no mesmo dispositivo, alínea “b”, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão 1ª JF nº 0178-01/06 -, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de outubro de 2004, no valor de R\$7.772,86;
2. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de agosto a outubro de 2004, no valor de R\$120,95;
3. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de setembro e dezembro de 2004 e junho de 2005, no valor de R\$68,36;
4. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de outubro de 2004 e março de 2005, no valor de R\$21.253,35;

5. falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro a dezembro de 2004, janeiro, maio e junho de 2005, no valor de R\$8.335,18;
6. falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro, abril e junho de 2005, no valor de R\$41.041,40;
7. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de outubro de 2004, no valor de R\$6.477,30;
8. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto a dezembro de 2004 e janeiro a junho de 2005, no valor de R\$82.282,98.

O Julgamento de Primeira Instância em preliminar rejeitou a arguição de nulidade suscitada em relação às infrações 1 e 8 e parcialmente quanto à infração 6, por entender que não se vislumbrava nos autos a ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, ressaltando que, de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando os fatos descritos no Auto de Infração de forma clara, devidamente fundamentado de acordo com as disposições regulamentares e correta a multa aplicada, como estabelece o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Acolhe parcialmente a nulidade da infração descrita no item 6, por ilegitimidade passiva, por entender que, com exceção das Notas Fiscais de nºs 000475 e 000476 – as demais notas fiscais objeto da autuação “...dizem respeito a operações de saídas de gado bovino vivo destinados a produtores rurais, haja vista que nos documentos fiscais constam como adquirentes proprietários rurais estabelecidos em Zona Rural localizados neste Estado. Desta maneira, caracterizada a ilegitimidade passiva no tocante a tais operações, vez que comprovado nos autos não ser o autuado o responsável pelo pagamento do tributo, além de não ter ocorrido o termo final do diferimento”, nos termos do art. 343, II, “a”, do RICMS/97, que transcreve, Ressalta que são operações de saídas internas a título de “vendas” de gado bovino vivo, e não remessa para abate, daí porque é nulo o lançamento em relação aos documentos fiscais emitidos para acobertar operações internas de venda de gado vivo para proprietários rurais, por estar caracterizada a ilegitimidade passiva da obrigação tributária.

Consigna, no entanto, a procedência da autuação quanto às Notas Fiscais de nºs 000475 e 000476, por se tratarem de operações interestaduais de “gado para recria” quando fica encerrada a fase de diferimento, nos termos do art. 347, II, “a” e 348 do RICMS, que transcreve, sendo o autuado responsável pelo pagamento do imposto devido, no valor de R\$3.518,56, lançado no mês de novembro de 2004.

No que toca à infração descrita no item 1 a JJF observou que sujeito passivo não impugnou o mérito da autuação, mas entendeu que em se tratando de crédito fiscal utilizado indevidamente decorrente de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo, deve ser aplicada a multa prevista no art. 42, VI, da Lei nº 7.014/96 que se refere à crédito fiscal utilizado antecipadamente, e não a multa aplicada pela autuação, de 60%, prevista pela utilização indevida de crédito fiscal, com fulcro no art. 42, VII, “a” do mesmo Diploma legal

No entanto, entendeu correta a aplicação da multa aplicada na autuação, esclarecendo que de fato a multa prevista no inciso VI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que corresponde a 40% do valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente, diz respeito à situação em que o contribuinte se apropria do valor do crédito fiscal relativo a operações ocorridas em data ou período anterior a da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento, ou seja, se refere à crédito fiscal utilizado

extemporaneamente. No entanto, no caso de utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, além de não dizer respeito a lançamento efetuado em data ou período anterior ao da aquisição, para utilização do referido crédito fiscal devem ser observadas as normas que regem a forma da apropriação de tais créditos, vez que não se trata, apenas, de utilização em 1/48 avos do valor do crédito fiscal em cada período de apuração, mas, principalmente, na determinação de quanto corresponde a parcela de 1/48 que o contribuinte poderá se apropriar, a título de crédito fiscal, já que o direito ao crédito fiscal é proporcional ao índice percentual apurado em relação ao total das operações de saídas com as operações de saídas não tributadas, não havendo, desta forma, como se determinar qual o valor a ser creditado a cada período, ou seja, durante os 48 meses.

Em relação às infrações imputadas nos itens 2, 3, 5 e 7, a JJF considerou-as procedentes, ressaltando que as mesmas foram reconhecidas pelo sujeito passivo em sua peça defensiva.

Quanto à infração descrita no item 4, observou a JJF que o contribuinte juntou ao processo as vias das Notas Fiscais nºs 43782, 44264 e 47005, emitidas pela Transportadora de Diesel Cavalo Marinho Ltda., e as Notas Fiscais nºs 90135, 90423, 90540, 90626, 90702 e 90945, emitidas pela Basf S/A, comprovando o direito ao uso do crédito fiscal lançado nos livros fiscais. No entanto consignou que, do rol das notas fiscais objeto da autuação, não houve a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito fiscal em relação à Nota Fiscal nº 42982, de emissão da Transportadora de Diesel Cavalo Marinho Ltda, assim ficando mantido o valor exigido em relação à parte não comprovada, no valor de R\$2.196,00, relativo ao mês de março de 2005.

No que pertine à infração constante do item 8 - falta de recolhimento da diferença de alíquota, nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento – o Relator da JJF observou que apesar do contribuinte ter alegado que se trata de produtos intermediários empregados no processo de produção, não trouxe ao processo nenhum elemento que pudesse identificar quais os produtos que considera ser intermediário para que fossem analisados, pois não consta dos autos a juntada de cópia das notas fiscais que foram objeto da exigência da diferença de alíquota, com a indicação de qual mercadoria não seria destinada a consumo e qual a sua finalidade (função) no processo desenvolvido pelo seu estabelecimento autuado. Assim, considerando que determina o art. 143 do RPAF/99 que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, manteve a autuação.

Recorre de Ofício quanto às infrações em que houve a sucumbência parcial do Estado, descritas nos itens 4 e 6.

Irresignado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo - através de advogado regularmente constituído - apresenta Recurso Voluntário – fls. 190 a 209 – apenas quanto aos itens 1 e 8. No que toca à infração 1, repete os argumentos defensivos de que deve ser aplicada a multa prevista no art. 42, VI da Lei nº 7.014/96 – 40% por utilização antecipada de crédito fiscal – e não a de 60%, aplicada pela autuação. Alega que como se trata de imputação de utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de bens do ativo, o referido crédito não é indevido, mas apenas foi utilizado de forma antecipada, vez que deve ser utilizado na proporção de 1/48 avos por mês.

Quanto ao item 8, em preliminar alega que a autuação não juntou aos autos cópias das notas fiscais por ela relacionada, não fazendo, assim, prova da infração. Diz que o Conselho de Fazenda vem entendendo a necessidade da juntada dos documentos fiscais em autuações semelhantes, transcrevendo Acórdão de nº 0083-01/02, da lavra da própria 1ª JJF neste sentido. Cita e transcreve o art. 28, §4º do RPAF, no sentido de que o Auto de Infração deveria se fazer acompanhar dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. Alega, assim, a nulidade da infração, ressaltando que a falta de apresentação das cópias das notas fiscais ao contribuinte mediante recibo, para que

ele pudesse tomar ciência de todos os documentos que embasaram a autuação, para que, querendo se manifestasse, cerceou o seu direito de defesa.

No mérito deste item, alega que as notas fiscais objeto da autuação se reportam a peças de reposição, a seu ver, produtos intermediários, empregados no seu processo de produção, não se constituindo, assim, em materiais de consumo, sendo indevida a exigência de pagamento de diferencial de alíquota. Cita e transcreve decisões judiciais e decisões do Conselho de Fazenda que entende amparar a sua tese. Requerendo, ao final, a improcedência da autuação.

Posteriormente, o sujeito passivo, através de advogado constituído, atravessa petição aos autos – fls. 212 a 217 – onde afirma que o autuante apenas apresentou nos seus papéis de trabalho as notas fiscais que relaciona em um demonstrativo, mas que não faz prova da aquisição das mercadorias pelo contribuinte, e nem tampouco que estas se destinavam ao consumo do estabelecimento, pois seriam produtos intermediários. Ao final, requer diligência fiscal para que seja excluída dos demonstrativos elaborados pelo autuante as notas fiscais não acostadas aos autos e aquelas cujas mercadorias são produtos intermediários. Pugnando pela nulidade ou procedência em parte desta infração.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls.222 a 223 – entende deva ser Negado Provento ao Recurso Voluntário, aduzindo, quanto às alegações recursais sobre o item 1, que a multa correta foi aplicada pelos autuantes, já que a multa do inciso VI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 aplica-se quando a entrada da mercadoria ainda não ocorreu e o contribuinte já se utiliza do crédito fiscal. Quanto às pertinentes à infração do item 8, afasta a nulidade suscitada, ao argumento de que a relação de fls.14 a 22 indica de forma pormenorizada as notas fiscais objeto da glosa do crédito, e que tais documentos se encontram em poder do contribuinte e foram devidamente registradas por ele próprio, podendo, assim, o mesmo exercer seu direito de defesa, já que tem todos os elementos para se contrapor ao lançamento efetuado.. Aduz, ainda, que o recorrente não apresenta qualquer argumento para comprovar que as notas fiscais se referem a produtos intermediários, e como elas estão em seu poder poderia ter indicado quais não se referem a produtos de uso e consumo, e sim a produtos intermediários.

Após distribuído o PAF para julgamento em Segunda Instância, a relatora sugere a conversão do mesmo em diligência – fls. 226 e 227 - o que foi aprovado pela 1ª CJF, para que o autuante descrevesse detalhadamente o processo produtivo do contribuinte, refizesse as planilhas de fls. 14 a 22, indicando, por cada nota fiscal, a mercadoria adquirida pelo contribuinte e sua função no referido processo, e juntasse ao processo as cópias de todas as notas fiscais elencadas no demonstrativo correlato.

Às fls.566 a 567 – consta o resultado da diligência solicitada, consignando o autuante que o processo produtivo do contribuinte foi por ele mesmo descrito – fls. 242 a 244, para que não houvesse dúvidas. Consigna que refez o demonstrativo da infração do item 8, com o acréscimo de duas colunas, a primeira onde coloca por ordem cronológica os lançamentos das notas fiscais no livro Registro de Entradas e na segunda a descrição das mercadorias, onde procura posicionar a destinação da mercadoria no contexto produtivo do contribuinte. Informa, ainda, que juntou aos autos as cópias das notas fiscais, a exceção daquelas que não foram disponibilizadas pelo contribuinte ao FISCO.

Consigna que alguns lançamentos efetuados pelo contribuinte não têm sustentação, a saber:

- I. lançamentos de ordens 61, 211 e 225 - gozam de isenção do ICMS, pois se referem a serviços de recauchutagem, com incidência de ISS;
- II. lançamento de ordem 221 – goza de não incidência por ser aquisição de livros;
- III. lançamentos de ordens 251 a 256 – lançados em duplicidade no livro Registro de Entradas;
- IV. lançamentos de ordens 259, 261, 265, 271, 272 e 273, por serem mercadorias devolvidas pelo contribuinte.

Informa, ainda, que as demais notas fiscais enquadram-se na exigência fiscal na forma colocada no demonstrativo constante da autuação, principalmente porque o contribuinte está enquadrado como empresa normal, e não como microempresa, dispensada de pagamento de diferença de alíquotas.

O sujeito passivo, regularmente intimado do resultado da diligência realizada, não se manifesta – vide fls. 568.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação, se posiciona pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando que após a diligência realizada a infração do item 8 encontra-se ainda mais robustecida dos elementos trazidos aos autos, ratificando o Parecer anterior e ressaltando que não houve pronunciamento do autuado após a diligência.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, diante da redução do valor lançado originariamente pelo presente lançamento de ofício nas infrações descritas nos itens 4 e 6, entendemos correta a Decisão recorrida. No entanto, quanto ao item 6, mantemos a nulidade declarada pela JJF, mas com outros fundamentos, na forma que abaixo expomos:

A infração descrita no item 4 trata de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de outubro de 2004 e março de 2005, no valor de R\$ 21.253,35 – conforme demonstrativo às fls. 10 dos autos onde consta relacionada 10 notas fiscais. Em sua peça defensiva o sujeito passivo anexa aos autos cópias de 09 destas notas, de nºs 43782, 44264 e 47005, emitidas pela Transportadora de Diesel Cavalo Marinho Ltda., e as Notas Fiscais de nºs 90135, 90423, 90540, 90626, 90702 e 90945, emitidas pela Basf S/A, deixando de fazer juntada da Nota Fiscal nº 42982, de emissão da empresa Transportadora de Diesel Cavalo Marinho Ltda, elidindo, assim, apenas em parte a exigência fiscal, pois a falta da sua apresentação inviabiliza a utilização do crédito fiscal.

A infração descrita no item 6 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro, abril e junho de 2005, no valor de R\$ 41.041,40 – trata de operações envolvendo gado. Conforme demonstrativo de fls. 12. Parte da exigência fiscal, correlata às notas fiscais constantes das fls. 28 a 33; 35; 40 a 42; 44; 47; 50 e 53 dos autos foram afastadas pela JJF ao entendimento de que há ilegitimidade passiva na atribuição da responsabilidade ao recorrente ao argumento de que “...o que se verifica, na verdade, são operações de saídas internas a título de “vendas” de gado bovino vivo, e não remessa para abate. Dessa forma, é nulo o lançamento com relação aos documentos fiscais emitidos para acobertar operações internas de venda de gado vivo para proprietários rurais, por estar caracterizada a ilegitimidade da obrigação tributária”.

Verificamos, no entanto, que os referidos documentos fiscais, emitidos pelo próprio sujeito passivo, tratam de operações de venda de gado para abate, conforme discriminação constante nos referidos documentos, para diversos destinatários, pessoas físicas não inscritas.

Por sua vez determina o RICMS/BA que é diferido o ICMS nas sucessivas operações internas com gado bovino em pé, para o momento em que ocorrer a saída para abate, nos termos do art. 343, II, “a”, “in verbis”:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

II - nas sucessivas operações internas:

a) com aves vivas e gado bovino, bufalino e suíno em pé para o momento em que ocorrer a saída para abate;”

Por outro lado, o próprio RICMS dispensa o pagamento deste imposto diferido quando ocorre o seu encerramento (saída para abate), quando ocorra a atribuição da responsabilidade por substituição tributária ao remetente do gado para abate, responsabilidade esta que inclusive abrangerá os produtos comestíveis resultantes do abate, nos termos do art. 355, §5, inciso II, todos abaixo transcritos:

Art. 347. O ICMS será lançado pelo responsável:

I - uma vez ocorrido o momento previsto como termo final do diferimento, ainda que a operação que encerrar o diferimento seja isenta ou não tributada;

§ 3º É dispensado o lançamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido, relativamente às entradas:

X - quando o termo final do diferimento for o momento da saída subsequente de aves e gado bovino, bufalino e suíno para abate nas situações previstas no inciso II do § 5º do art. 353.

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:

I - fica atribuída ao contribuinte que efetuar a remessa de aves vivas e gado bovino, bufalino e suíno destinado para o abate, a responsabilidade pela antecipação do ICMS relativo às operações internas subsequentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, sendo que o imposto relativo à antecipação tributária englobará o devido na operação com os animais vivos.

Assim, cabe efetivamente ao remetente do gado vivo para abate a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, que abrangerá o imposto normal devido na operação com o animal vivo e o devido pelas saídas subsequentes com o produto comestível resultante do abate.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva como entendeu a JJF, acatando argumento defensivo neste sentido.

Constatamos, no entanto, que a base de cálculo aplicada pelos autuantes está equivocada, já que sobre o valor da operação consignado nos referidos documentos fiscais, aplicou-se diretamente a alíquota de 17%, encontrando o valor do imposto que seria devido, quando a base de cálculo aplicável à hipótese, prevista no RICMS, é a constante do art. 61, inciso VIII, alínea “a”, item 1, ou seja, pauta fiscal, conforme abaixo transcrito:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

VIII - nas operações com os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:

a) tratando-se de antecipação tributária exigida no momento da remessa de aves vivas ou do gado em pé para o abate:

1 - o valor fixado em pauta fiscal, que será definido com base na média do preço de venda a consumidor final dos produtos comestíveis resultantes do abate, considerando-se a quantidade média desses produtos, por animal em idade de abate;

2 - se não houver pauta fiscal, o valor da operação própria de remessa para o abate, realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88;

Registre-se que nas operações com gado o imposto será sempre exigido por pauta fiscal, nos termos do art. 73, inciso do RICMS, “*in verbis*”:

“Art. 73. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

§ 2º Na aplicação da pauta fiscal, observar-se-á o seguinte:

1 - o imposto será lançado, sempre, pela pauta fiscal, nas operações com:
a) gado;”

Ressaltamos, ainda, que o dispositivo citado pelo contribuinte como embasador da ilegitimidade passiva alegada – art. 2º, §1º, II do RICMS- deve ser interpretado em conjunto com os demais dispositivos da legislação acima transcrito. E dessa interpretação sistemática ressalta-se que a legislação transferiu para o contribuinte que realiza a saída do gado vivo para abate, a responsabilidade pelo pagamento do imposto que seria devido na saída da carne e dos demais produtos comestíveis resultantes do abate do gado, utilizando-se da sistemática da substituição tributária por antecipação (antecipação do fato gerador presumido).

Do exposto, mantemos a nulidade da exigência relativa a esta parcela da infração descrita no item 6, mas com base nos fundamentos acima expostos, recomendando à autoridade fazendária competente a renovação da ação fiscal para que seja exigido o ICMS devido pelo sujeito passivo, com a utilização da base de cálculo prevista no dispositivo acima transcrito, já que se aplicarmos o valor da pauta estabelecido para a operação – R\$600,00 (seiscentos reais) por cabeça – Instrução Normativa nº 14/04 – estaríamos majorando a autuação, o que nos é vedado.

Quanto ao Recurso Voluntário – apresentado quanto às infrações descritas nos itens 1 e 8 - concordamos com o opinativo da PGE/PROFIS, no sentido de que as razões recursais não devem merecer guarida, devendo ser confirmada a Decisão ora guerreada.

E de fato, quanto à infração do item 1 - que imputa ao recorrente a utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de bens do ativo - a multa aplicada na autuação, constante do inciso VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 é a correta. Não se poderia aplicar à presente imputação, como quer o recorrente, a multa do inciso VI do referido dispositivo legal, porquanto esta é aplicável quando o contribuinte lança a crédito no livro próprio o ICMS destacado antes da mercadoria adentrar no estabelecimento ou do serviço tomado ser prestado. Na imputação em epígrafe, o crédito foi utilizado sem atendimento às regras da legislação, que prevê para as aquisições de bens do ativo que o seu creditamento seja feito em parcelas – 1/48 avós vinculados à proporção entre as saídas tributadas e não tributadas, nos termos do art. 93, §17 do RICMS/BA, podendo, inclusive, não haver direito a crédito em determinados períodos ou até mesmo seja devido o seu estorno quando ocorra desincorporação do bem.

No que pertine ao item 8, a diligência solicitada pela Relatora anterior apenas robusteceu a certeza do cometimento da infração imputada ao recorrente. As notas fiscais acostadas aos autos pelo diligente comprovam que os produtos nelas constantes tratam de ferramentais e peças de reposição, tais como válvulas, vedador, juntas, anel de camisa, pinos, arruelas, filtro lubrificante, bucha de biela, lâmpada, isolador, capa para banco de automóveis, borrachas, correia, retentor, interruptor, e demais materiais que não são produtos intermediários e nem insumos, e sim

materiais de uso e consumo, não passíveis de utilização de crédito fiscal, como este Conselho de Fazenda já vem reiteradamente decidido em autuações semelhantes.

A descrição do processo produtivo da empresa – que exerce a atividade de cultivo de soja - feita pelo próprio recorrente, corrobora a natureza de materiais de uso e consumos dos produtos adquiridos. Frise-se, ainda, que o autuante ainda se reportou a verificação de algumas notas fiscais que se reportam a serviço tomado de recauchutagem e aquisição de livros, que não são geradores de crédito fiscal.

Por outro lado, quanto às notas fiscais não anexadas aos autos, por não terem sido disponibilizadas pelo recorrente, de logo rechaço qualquer pretensão de mácula à exigência, posto que sendo documentos fiscais de posse do contribuinte, devidamente lançados em sua escrita fiscal, sua não apresentação, embora intimado para tal pelo diligente, milita a seu desfavor, pois se tais documentos de fato comprovariam a tese de que arrolam produtos intermediários, o que de resto não se comprovou para a maioria esmagadora das notas arroladas no demonstrativo de fls.14 a 22 – o próprio contribuinte teria interesse em apresentá-las. Aplica-se ao fato o disposto no art. 142 do RPAF/BA, “*in verbis*”:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Assim, diante das razões aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo-se a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269515.0060/05-5, lavrado contra **CIA. MELHORAMENTOS DO OESTE DA BAHIA (CEMOB)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$110.772,19**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.335,18 e 60% sobre R\$102.437,01, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomendado a renovação do procedimento fiscal em relação ao item 6 do Auto de Infração, observando o constante no voto proferido pela Sra. relatora.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS