

A. I. N º - 207155.0008/06-3
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - INOCÊNCIA OLIVEIRA ALCÂNTARA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04.07.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0176-04/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração subsistente. b) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não impugnada. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não impugnada. 3. TRANSFERÊNCIAS INTERNAS DE MATERIAIS DE USO OU CONSUMO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte não comprovou sua alegação de se tratarem de operações internas de transferências. Infração mantida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração comprovada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Corrigidos os equívocos através de diligência fiscal com base nas documentações fiscais apresentadas pelo autuado. Infração parcialmente elidida. Preliminares de nulidades não acatadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2006, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 - utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 916,52, acrescido da multa de 60%.

02 - falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 360.651,68, acrescido da multa de 50%.

03 - falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 76.026,82, acrescido da multa de 60%.

04 - utilização indevida crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 4.460,54, acrescido da multa de 60%.

05 - falta de recolhimento do 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 no exercício de 2004. Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 3.263,36, acrescido da multa de 60%.

06 - falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2004. Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 34.573,19, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou, tempestivamente, impugnação, fls. 356 a 373, inicialmente requerendo a nulidade do Auto de Infração sob as alegações a seguir sintetizadas.

Aduz que o levantamento quantitativo que serve de suporte ao lançamento não guarda conformidade com os elementos de sua escrita fiscal e resulta, para efeito de exigibilidade do imposto amparada em presunção legal.

Diz que para validade do lançamento do crédito tributário é indispensável que sejam atendidos os requisitos formais, pertinentes à identificação dos elementos inerentes à configuração da obrigação tributária, tais quais: fato gerador, matéria tributável, quantificação do imposto tido por devido, conforme estabelecido no artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Afirma que não há como se falar em lançamento do ICMS, quando a situação fática consiste em alegada omissão de saída e entrada de mercadoria, sem qualquer identificação das operações promovidas, da base de cálculo, da alíquota aplicável e do período fiscal em que teria ocorrido tal omissão.

Ressalta que a alegada omissão de entrada e saída não se configura em hipóteses de incidência do ICMS, cuja previsão normativa contempla as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, cuja apuração, para efeito de cumprimento da obrigação tributária, comprehende período mensal.

Dessa maneira, nulo é o lançamento que contempla situação que não reflete matéria tributável, por isso, requer a nulidade, por vício de natureza material.

Quanto ao mérito insurge-se o autuado contra os lançamentos correspondentes às infrações 01, 03, 05 e 06, eis que, não se manifesta acerca das infrações 02 e 04.

Em relação às infrações 01 e 05 assevera que a autuante glosa crédito fiscal legitimamente apropriado sob a alegação de que se trata de crédito indevido referente à aquisição de mercadorias para uso e consumo.

Afirma ser totalmente improcedente a acusação, vez que, os créditos apropriados se referem às aquisições de mercadorias para uso e consumo, cujo aproveitamento está previsto na Constituição Federal e são, portanto, legítimos.

Observa que nos termos da Constituição Federal de 1998, o princípio da não cumulatividade se configura em direito público subjetivo dos contribuintes em abater da operação que promove o imposto incidente na operação ou prestação anterior, acrescenta ainda que, em consequência disso, e independentemente do exercício da competência tributária que lhe cabe, a entidade tributante, nessa relação jurídica, tem o dever de suportar o crédito do imposto apropriado pelo contribuinte e não de restringi-lo, negá-lo ou condicioná-lo por ato infraconstitucional.

Quanto à infração 03 que versa sobre a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, assegura que é totalmente improcedente a acusação, vez que, as operações a que se refere a autuante, efetivamente, não são passíveis de incidência do imposto.

Esclarece que possui na cidade de Salvador/BA além do estabelecimento autuado que exerce atividade de comércio atacadista, outra filial, cadastrada no CNPJ sob o nº 27.184.951/0012-77, que

por sua vez, tem por atividade prestação de serviço de concretagem, na qual utiliza materiais adquiridos de fornecedores e também transferidos do estabelecimento autuado.

Prosegue aduzindo que, de acordo com o que determina o item 2 da alínea “a” do inciso I do artigo 27 do RICMS-BA/97, são isentas do ICMS as remessas internas - entre estabelecimentos de uma mesma empresa - de mercadorias de uso ou consumo, e que, essa é exatamente a hipótese das operações por ele realizadas, não havendo porque se falar em realização de “operações tributáveis como não tributáveis”, consoante equivocadamente afirma a autuante.

No que concerne à Infração 06 que trata da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais -, o autuado apresenta as seguinte ponderações em relação a equívocos apontados como sendo cometido pela fiscalização.

No Levantamento de notas fiscais com cimento em sacos de 25 kg o levantamento fiscal deixou de considerar diversas notas fiscais de saídas, que somam a quantidade de 815 sacos de cimento, conforme notas fiscais adiante relacionadas, fls. 360 a 361, docs. 03 a 13, por isso entende resta demonstrada a total improcedência da alegada omissão de saídas no tocante às operações com sacos de cimento de 25 kg, no ano de 2004.

Quanto ao levantamento de notas fiscais com cimento em sacos de 50 kg a fiscalização deixou de considerar diversas notas fiscais de entrada que serviram para acobertar, durante todo o ano de 2004, a quantidade de 144.877 sacos de cimento de 50 kg, fls. 392 a 397 - doc. 14. Acrescenta que a autuante também considerou as notas fiscais nºs 79515, 83575 e 84916 de 08/04/2004, 14/05/2004 e 26/05/2004, que não constam em seus registros, notas fiscais essas que serviram - supostamente - para acobertar a entrada de 300, 16 e 540 sacos, respectivamente, o que totaliza a quantidade de 1.756 sacos.

Diz que em relação às operações de saídas, o levantamento fiscal deixou de considerar diversas notas fiscais que serviram para acobertar a saída de 159.101 sacos de cimento - 50 kg, fls. 648 a 650, - doc. 15.

Informa que diversas notas fiscais canceladas como se fossem de saídas, que somam a quantidade de 335 sacos de cimento, conforme notas fiscais adiante enumeradas, - Docs. 16 a 24. Do mesmo modo, observa que as notas fiscais nºs 48722 e 54385, emitidas em 27/04/2004 e 20/07/2004, de devolução, respectivamente, de 25 e 4 sacos, foram computadas como se saídas fossem.

Esclarece que equivocadamente o levantamento fiscal atribuiu quantidade às notas fiscais adiante enumeradas, quando, na realidade, trata-se de notas fiscais complementares - sem quantidade - conforme se pode verificar das cópias aqui acostadas fl. 362 - Docs. 27 a 42, equívoco esse que resulta numa diferença a maior de 16 sacos.

Assevera que os equívocos por ele apontados indicam, efetivamente, a improcedência da ação fiscal e requer que seja determinada a realização de diligência para a cabal confirmação dos fatos.

Sob o aspecto da legalidade a defesa aponta as considerações de forma genérica, a seguir resumidas.

Observa que conforme mandamento do art. 1º, da Lei nº 7.014/96, é de se conceber que a incidência do imposto só ocorre quando, comprovadamente, forem realizadas operações que envolvam mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. diz que a norma só incide quando o fato nela previsto ocorrer efetivamente. Acrescenta afirmando que isso conduz, evidentemente, ao entendimento de que o imposto não pode ser exigido por presunção, arbitramento, ou qualquer outro critério que não reflita a ocorrência de tais eventos.

Afirma que, ao prosperar a exigibilidade de imposto por arbitramento, estar-se-á atribuindo à autoridade administrativa a condição de legislador, de modo a inovar a ordem jurídica, mediante

a imposição de tributo sobre fato presumido, não ocorrido, O que, diante da estrita legalidade, não é possível.

Quanto ao direito ao crédito na aquisição de mercadorias para uso e consumo, aduz o autuado que de acordo com o artigo 12, inciso VII, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 - que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - combinado com o artigo 1º, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o fato gerador do imposto configura-se pela saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, inclusive, das prestações onerosas de serviços de comunicação e aquisições de energia elétrica.

Acrescenta que, com base no princípio da não cumulatividade e respaldada no artigo 155, parágrafo 2º, inciso I da Constituição Federal; no artigo 3º, § 1º do Decreto-lei nº 406/68; artigo 156, inciso II do Código Tributário Nacional e no artigo 93 e seguintes, do RICM-BA/97 (Decreto nº 6.284/97), apropriou-se do crédito a que fazia jus, relativamente às aquisições de mercadorias para o seu uso e consumo - indiscutivelmente gravadas pelo ICMS - e efetivamente empregadas na sua atividade comercial.

Observa que se o crédito que alcança as aquisições de mercadorias para emprego na atividade do estabelecimento encontra amparo constitucional e tem respaldo em documentos idôneos, e devidamente registrados na escrita fiscal, não cabe falar em utilização indevida de crédito de ICMS, residindo aí o equívoco que afeta o lançamento.

Ressalta que a não-cumulatividade do ICMS apresenta-se com as seguintes características: i) de um lado, assegura aos contribuintes o direito de abater o imposto da operação anterior daquele incidente na operação que promove; ii) de outro, garante aos consumidores, dada a repercussão do encargo financeiro (art. 166 do CTN e art. 15, § 1º, 1, da Lei nº 5.530/89), que a carga tributária não pode ser superior àquela que resulta da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo praticada na última operação.

Diz entender que a competência deve ser exercida em seus limites - definidos pela Constituição Federal, e que, fora disso, não há competência, mas cobrança de imposto desprovida de causa jurídica - que prima por enriquecimento ilícito.

Reafirma o autuado que são isentas as transferências entre estabelecimentos de mesmo titular, portanto, é totalmente improcedente a alegação de que teria praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Assegura que as operações a que se refere a autuação, decorrem de transferências de mercadorias realizadas com sua filial que atua na prestação de serviço de concretagem, também situada em Salvador/BA, de mercadorias destinadas ao uso e consumo.

Ressalta que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia é bem claro ao estabelecer a isenção do ICMS nas remessas internas de materiais de uso ou consumo, entre estabelecimentos da mesma empresa, para isso transcreve o art. 27 do RICMS-BA/97.

Enfatiza que, com base no dispositivo regulamentar supra enunciado, as operações por ele realizadas se enquadram na hipótese prevista, portanto, acrescenta que não há que se falar em realização de “operações tributáveis como não tributáveis”, consoante equivocadamente afirma a autuante.

Insurge-se também o autuado quanto à aplicação das multas de 50, 60 e 70%, por entender inconstitucional e de caráter confiscatório, por afetar irremediavelmente em sua propriedade, posto que a multa, excedendo, em muito, de qualquer ganho obtido com a operação, alcança, inexoravelmente, o patrimônio, causando verdadeira redução da capacidade de continuidade do empreendimento.

Apresenta diversos posicionamentos de juristas renomados para corroborar com sua tese, além de ementas de julgados de tribunais superiores.

Conclui solicitando que seja realizada diligência para cabal confirmação dos fatos trazidos na presente impugnação, requer, ainda, em preliminar, seja declarada a nulidade da ação fiscal, em face da ausência de identificação dos elementos inerentes à validade do lançamento, por fim, requer seja julgado improcedente o Auto de Infração.

A autuante ao proceder sua informação fiscal, fls. 850 a 855, apresenta as seguintes ponderações. Em relação à infração 01 observa que não assiste razão autuado, tendo em vista que a alínea “b” do inciso V do art. 93 do RICMS-BA/97 estabelece que o direito ao crédito de material de uso e consumo somente poderá ser utilizado a partir de 01/01/07.

Ressalta que a defesa não impugnou a infração 02 e a infração 04.

Quanto à infração 03 que trata da falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributadas, ou seja, não destacou o ICMS nas notas fiscais de vendas com CFOP 5102 — venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ressalta que o autuado se defende citando o art. 27, inciso I alínea a item 2 do RICMS-BA/97, “são isentas do ICMS as remessas internas - entre estabelecimentos de uma mesma empresa de mercadorias de uso e consumo”, entretanto, os talonários foram encadernados sem estas notas, apesar de ter sido lançadas nos livros fiscais, a empresa foi intimada a apresentá-las e como não as apresentou em tempo hábil, e considerando também o CFOP de vendas, foi autuado, portanto, a defendant deverá apresentar as ditas notas fiscais provando que se trata de material de uso e consumo.

No que diz respeito à infração 05, que versa sobre a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento informa que procedera a exclusão das remessas da matriz conforme estatui o art. 27, inciso I, alínea “a”, Item 2 do RICMS-BA/97, ficando reduzido o valor de R\$ 3.263,36, para R\$ 2.455,46.

Quanto à Infração 6 – que versa sobre o levantamento quantitativo de estoque apresenta as seguintes ponderações.

Afirma que, conforme cópia do livro de inventário, onde constam apenas sacos de cimento de 25 kg e de 50 kg ao questionar o autuado porque não tinha o estoque do cimento a granel, fora informado de que a empresa compra cimento a granel e o transforma em sacos de 25 e 50 kg e dá entrada na escrita fiscal conforme inventário.

Diz que foi constatado também, conforme intimação de meios magnéticos fl. 11, que não fora lançado no arquivo o registro 74 que se trata do inventário, obrigatório desde 2003, bem como, diversas notas constantes nos livros fiscais que são escriturados manualmente e baseados neste arquivo que, segundo informação do autuado, já teria regularizado. Acrescenta que o levantamento quantitativo de estoque fora efetuado através do SAFA, onde todos os lançamentos foram feitos pelo próprio autuado e, se estas notas fiscais de saídas de 25 kg não estão no levantamento é porque não foram lançadas no arquivo, conforme pesquisa fls. 503 e 504.

Afirma que, em relação às notas de entradas e saídas não lançadas conforme doc. 14, fls. 383 a 647 e doc. 15, fls. 648 a 826, foram todas lançadas no arquivo tendo como unidade tonelada, podendo ser confirmadas através das próprias notas ou da cópia do arquivo as fls. 505 a 506. Acrescenta que, por este motivo, elas não estão no levantamento, bem como o somatório das quantidades de sacos constantes nestes demonstrativos, inclusive checados com as notas fiscais constantes do doc. 14, está errado, o valor conforme soma, é de 145.884 sacos e, a do doc. 15, é de 44.394 sacos.

Observa que, efetuada a conversão de tonelada para kg, conforme o demonstrativo, refez o lançamento. Acrescenta que, em relação às notas fiscais nºs 79515 e 83575 procederá à exclusão, entretanto, a nota fiscal nº 84916, afirma que já fora considerada no levantamento fiscal, fl. 328. Acrescenta que as notas fiscais canceladas e as de complemento de preço não foram lançadas, pois constam no arquivo, e pego pelo sistema, foram excluídas. Diz que não pode fazer novo levantamento no SAFA, para isso o contribuinte teria que refazer todo o seu arquivo.

Resume o autuante que somando o estoque inicial de 30358 sacos de 50 kg mais as entradas de 2.049.028 sacos do quantitativo da inicial, mais as entrada de 145.884 sacos, doc. 14, menos os 316 sacos que a autuada diz não constar de seu arquivo, chega à quantidade de 2.194.596 sacos, menos o estoque final de 17.107 sacos, resulta nas saídas reais de 2.207.847 sacos.

Esclarece que, as saídas com notas fiscais do demonstrativo anterior somando saídas, doc. 15, na quantidade de 44.948 sacos, menos 335 sacos, referente às notas fiscais canceladas e menos as notas fiscais de complementação de preço, 16 sacos, totalizam a quantidade de saídas com notas 2.093.903 sacos, que deduzindo das saídas reais resulta em uma omissão de saídas de 113.944 sacos de 50 kg que, ao preço médio de R\$ 15,17, gera uma base de cálculo R\$ 1.728.530,48. Assim, acrescenta o autuado, aplicando-se a alíquota de 17% resulta no ICMS de R\$ 293.850,18, isto porque, a autuada apresentou 145.884 sacos, doc. 14, de entrada e 44.948 sacos de saídas doc. 15 e não apresentou estoque final, conclui-se que tudo foi vendido.

Observa que os ajustes feitos estão comprovados com a documentação anexada pela autuada o que prova que o levantamento não foi feito aleatoriamente e que os equívocos cometidos decorreram da apresentação do arquivo magnético com incorreções.

Conclui requerendo que seja julgado procedente o auto de infração com as devidas retificações.

Intimado para tomar ciência da informação fiscal, o autuado manifesta-se, fls. 870 a 871, alegando que ele próprio cometera alguns equívocos nos documentos 14 e 15 de sua defesa, bem como, observa que no relatório de entradas elaborado pela autuante a nota fiscal nº 101797, com 300 sacos, fora lançada em duplicidade e que a nota fiscal nº 48786, com 900 sacos, fora considerada pela autuante como sendo 300 sacos. Por isso requer que seja realizada uma diligência fiscal para corrigir tais equívocos.

A autuante ao ser cientificada da manifestação da defesa, corrige os pontos indicados pelo autuado, e em sua nova informação fiscal, fl. 876, apresenta um novo demonstrativo de cálculos das omissões alterando as omissões de saídas de cimento 50 kg de 113.944 sacos, fl. 855, para 82.963 sacos, fl. 876, e mantém inalterada a inexistência de omissões em relação ao produto cimento 25 kg.

O autuado apresenta suas ponderações acerca da informação fiscal prestada pela autuante, fls. 877 a 900, em relação ao cimento acondicionado em sacos de 50 kg, indicando mês a mês as diferenças, tanto de entradas, como de saídas constantes dos registros de seus livros fiscais de entradas e de saídas, com relação às quantidades apuradas pelo autuante e às registradas em sua escrituração fiscal, para demonstrar os equívocos cometidos pela fiscalização, colacionando aos autos, fls. 906 a 1776, cópias da documentação fiscal para comprovar suas alegações.

Conclui o autuado, mesmo sem elaborar um demonstrativo analítico do resultado da sua intervenção, solicitando a improcedência da infração.

A 4ª JJF em pauta suplementar deliberou baixar os autos em diligência para que a ASTEC verificasse em relação à infração 03 se as mercadorias autuadas referem-se a transferências internas de materiais de uso e consumo e, em relação à infração 06, para fosse elaborado um novo demonstrativo de débito com base na documentação apresentada pelo autuado.

Atendida a diligência, a ASTEC através do Parecer nº 057/2007, fls. 1773 a 1774, informa que o autuado fora intimado, fls. 1776 e 1777, para apresentar a documentação fiscal para comprovação de suas alegações acerca da infração 03 e, no entanto, não se manifestara. Já em relação à infração 06 a diligente apresenta novo demonstrativo de débito em relação ao cimento sacos de 50 kg, tendo em vista os diversos erros detectados no processamento dos dados pelo Sistema SINTEGRA, e comprovados pelo autuado através das cópias da documentação colacionada aos autos, fls. 906 a 1776.

Com as correções, informa a diligente que o valor do débito da infração 06 passou para R\$ 1.207,40, ou seja, R\$ 1.104,24 e R\$ 103,16, tendo em vista que as omissões de saídas do produto cimento - 50 kg foram reduzidas de 82.963 sacos, para 40 sacos, mantidas as omissões do cimento

– 25 kg, e, o débito da infração 03 ficou inalterado, tendo em vista que as omissões de saídas em relação ao item cimento – 25 kg já havia sido corrigidas pelo próprio autuante, concluiu pela inexistência de omissões em relação a esse item.

O autuado fora intimado para tomar ciência do resultado Diligência Fiscal, fl. 1779, e não se manifestou.

A autuante ao se manifestar acerca do parecer ASTEC, fl. 1781, informa que, tendo o autuado comprovado através das notas fiscais que não foram processadas pelo SINTEGRA, nada tem a contestar.

VOTO

Inicialmente deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista em vista que todas as infrações, objeto do presente Auto de Infração, estão de acordo com a legislação tributária do Estado da Bahia e que os fatos geradores descritos na acusação fiscal encontram amparo na Lei 7.014/96. Ademais, em relação à alegação de que o levantamento quantitativo que serve de suporte ao lançamento não guarda conformidade com os elementos de sua escrita fiscal, para efeito de exigibilidade do imposto amparada em presunção legal, constato que esse aspecto foi inteiramente superado, haja vista, as correções realizadas por auditor estranho ao feito da ASTEC, atendida que fora a diligência fiscal pleiteada pela defesa.

Adentrando ao mérito constato que a defesa não se manifestou acerca das infrações 02 e 04, portanto, inexistindo lide em torno dessa matéria, e por verificar que as exigências fiscais, nelas materializadas, estão de acordo com o RICMS-BA/97, mantendo essas duas infrações.

Quanto às demais infrações passo a analisar individualizadamente.

Infração 01 trata da utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e exige o imposto no valor de R\$ 916,52, acrescido da multa de 60%.

A defesa admite tratar-se de aquisição mercadorias para uso e consumo, pois, alega ser totalmente improcedente, sendo, portanto, legítimo o aproveitamento de crédito tendo em vista que o aproveitamento está previsto na Constituição Federal em face do princípio da não cumulatividade.

Em que pese a alegação defensiva, da análise dos elementos que compõem essa infração verifico que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que está claramente estatuído na alínea “b” do inciso V do art. 93 do RICMS-BA/97, com seu teor vigente na ocasião da ocorrência do fato gerador, que o direito ao uso do crédito fiscal decorrente das aquisições de material de uso e consumo a partir de 01/01/2007, portanto, não tem como prosperar a argumentação da defesa. Ressalto ainda que através da Alteração nº 83, Decreto nº 10.195/06 essa data foi ampliada até 01/01/2011.

Quanto à questão concernente à ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, ressalto que não é competência do CONSEF a apreciação de matéria atinente a constitucionalidade de Lei.

Por tudo isso é que mantendo a infração 01.

Infração 03 que versa sobre falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado impugna essa infração aduzindo que de acordo com o item 2 da alínea “a” do inciso I do art. 27 do RICMS-BA/97, são isentas as remessas de material de consumo entre estabelecimentos da mesma empresa e que essa é exatamente a hipótese das operações realizada e objeto dessa infração.

Já a autuante afirma em sua informação fiscal que não acatou as alegações defensivas tendo em vista que intimou o contribuinte para apresentação das notas fiscais atinentes a essas operações e

não foi atendida, pois não destacou o ICMS, já que foram escrituradas com o CFOP 5102 de vendas e não de material de consumo como alega a defesa.

Verifico nos autos que o autuado foi novamente intimado para apresentar as referidas notas fiscais, por ocasião da diligência realizada pela ASTEC, fl. 1776, e não se manifestou.

Constato que, efetivamente, o autuado emitiu notas fiscais com CFOP 5102 sem o destaque do imposto e alega que é indevida a cobrança por se tratar de transferência para sua filial neste Estado, entretanto, instado a comprovar através das notas fiscais que acobertaram essas operações, para dirimir a dúvida, não carreou aos autos e nem apresentou justificativa alguma para a lacuna.

Entendo que, tendo o autuado tido duas oportunidades distintas, no transcurso do PAF, para comprovar suas alegações, e não o fez, já que escriturou nos livros fiscais as operações objeto dessa infração, com o CFOP incorreto, considero subsistente a infração 03.

A infração 05 cobra a falta de recolhimento do 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.

A defesa alega que foram consideradas na exigência fiscal as operações de remessas de sua matriz.

A autuante informa que acolhe a alegação defensiva com base no item 2 da alínea “a” do inciso I do art. 27 do RICMS-BA/97 e procede as exclusões da referidas remessas refazendo o demonstrativo de débito, fl. 852, que reduz o débito de R\$ 3.263,36, para R\$ 2.455,46.

Depois de examinar as peças dos autos acerca dessa infração verifico que está equivocado o entendimento da autuante ao invocar o supra aludido dispositivo regulamentar para fundamentar as exclusões relativas às operações de remessas da matriz do autuado situado em outra unidade da federação, fl. 103, haja vista que o inciso I do art. 27 do RICMS-BA/97, somente isenta as movimentações no território deste Estado, não alcançando, portanto, operações interestaduais. Localizando-se a matriz do autuado no Estado de Sergipe, descabe a exclusão das operações procedidas pela autuante.

Constato também que as alíneas “a”, “b”, “c” e “d” no item II do art. 27 do RICMS-BA/97 que tratam, especificamente, da isenção do pagamento da diferença de alíquota, não incluem as transferências entre matriz e filiais localizadas em unidades federadas distintas.

“Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

I - nas seguintes movimentações, no território deste Estado, de bens do ativo permanente, material de consumo e outros bens (Convs. ICMS 70/90, 80/91 e 151/94):

[...]

II - nas entradas de bens e de materiais de consumo procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

a) a partir de 26/07/94, aquisição de produtos destinados à implantação de indústria produtora de celulose solúvel (Conv. ICMS 61/94);

b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Convs. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);

c) revogada

d) de 23/07/02 até 31/07/08, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, suas partes e peças e materiais discriminados no inciso XXXI do art. 32, quando destinados à construção do Sistema de Trens Metropolitanos de Salvador – Bahia (Metrô), objeto do contrato de empréstimo 4494-BR celebrado com o Banco Interamericano de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (Conv. ICMS

74/02); ”

Por isso, entendo que a infração 05 subsiste integralmente.

A infração 06 decorre da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004. Constam dos autos que fora apurada omissão de saídas, fl. 108, sendo 815 sacos do item cimento – 25 kg e 12.978 sacos do item cimento - 50 kg.

Observo que na apuração da irregularidade constatada no exercício de 2004, a autuante embasou a ação fiscal no Sistema SAFA e que os dados coligidos foram transformados em planilhas e demonstrativos - Demonstrativos de Estoque, nas Relações das Notas Fiscais de Entrada e de Saída, no Cálculo do Preço Médio e no livro Registro de Inventário, todos acostados ao PAF, tendo sido entregues cópias ao autuado, o que afasta os argumentos do sujeito passivo, que pleiteou a improcedência do Auto de Infração.

O autuado se defende apontando diversos equívocos, incorreções e inconsistências cometidas pela fiscalização, alguns deles em decorrência de falha nos arquivos do Sistema SAFA que resultou em inconsistências nas quantidades apuradas no levantamento fiscal.

A própria autuante, ao proceder à informação fiscal, corrige parte dos equívocos apontados na defesa e com base na documentação fiscal apresentada pelo autuado refaz seu demonstrativo de apuração das omissões de saídas, fls. 850 a 855 e 876, resultando na inexistência de omissão de saídas em relação ao item cimento – 25 kg e aumentando a omissão de saídas para 82.963 sacos do item cimento – 50 kg, fl. 876.

Irresignado mais uma vez o autuado apresenta inconsistências no levantamento da autuante colacionando novos documentos fiscais, fls. 906 a 1776, para comprovar suas alegações.

Dessa feita, é solicitada a participação da ASTEC para dirimir as inconsistências remanescentes através de auditor estranho ao feito. Como resultado da diligência foi carreado aos autos através do Parecer ASTEC nº 0057/2007 que apresenta novo demonstrativo de cálculo das omissões e de débito, com base na documentação apresentada pelo autuado que reduz a omissão de saídas do item, cimento - 50 kg, para 40 unidades, fl. 1775. Com essa alteração o débito da infração ficou reduzida ao valor de R\$ 103,16, haja vista que o item cimento - 25 kg a própria autuante em sua revisão, fls. 855 e 876 já eliminara a omissão de saída desse item, e a diligente se equivoca ao afirmar em seu parecer, fl. 1775, que esse item ficou inalterado em relação ao lançamento original, fl. 108.

Depois de examinar os demonstrativos elaborados pela diligente da ASTEC que explicita mês a mês as correções, tanto das entradas, como das saídas do item cimento – 50 kg, fl. 1774, no levantamento efetuado pela autuante, com base documentação fiscal apresentada pelo autuado, constato que estão condizentes com a movimentação do autuado e devidamente lastreada nas comprovações carreadas aos autos, tendo em vista a ocorrência de falha nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte.

Por tudo isso, acato o resultado da diligência fiscal e conluso pela procedência parcial desta infração, tendo em vista que remanescem os valores apurados pela diligente, no que diz respeito ao item cimento – 50 kg no total de R\$ 103,16 conforme demonstrativo à fl. 1775.

COMPARATIVO DO DEBITO

INFRAÇÃO	A.I.	JULGAMENTO
01	813,76	916,52
02	360.651,68	360.651,68
03	76.026,82	76.026,82
04	4.460,54	4.460,54
05	3.263,36	3.263,36
06	34.576,19	103,16
TOTAL	479.792,35	445.422,08

No tocante às multas aplicadas, - em que pese o enorme empenho expendido pelo autuado no sentido de caracterizá-las como excessivas e ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas - verifico que foram corretamente aplicadas, na forma preconizada pela Lei nº 7.014/97, aos fatos concretamente materializados nos presentes autos.

Quanto ao efeito confiscatório propriamente dito das multas aplicadas, reclamado pelo autuante, fico tolhido de me manifestar a respeito, ante a limitação legal imposta às Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, concernente à apreciação de matéria que envolva cunho constitucional.

Diante do exposto, voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **277155.0008/06-3**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ **445.422,08**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 84.667,24, de 50% sobre R\$ 360.651,68 e de 70% sobre R\$ 103,16, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “a”, e “f” VII, “a”, I, “a” e III, todos da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA