

**PROCESSO** - A. I. Nº 298942.0703/07-1  
**RECORRENTE** - EMBALATEC BAHIA EMBALAGENS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0033-02/08  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 05/12/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0397-11/08

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Inaplicabilidade, ao caso concreto, da Resolução DESENVOLVE nº. 140/2003, que concedeu o benefício do diferimento do pagamento do imposto do diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação. Exigência subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Não comprovado o estorno de crédito, por parte do recorrente. Exigência subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª JF - Acórdão JF nº. 0033-02/08, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado para exigir o valor de R\$31.148,23, em razão de cinco ocorrências, sendo objeto do Recurso Voluntário as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 2 - falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$28.783,25, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2005 e 2006.

INFRAÇÃO 3 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$439,43, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de abril e junho de 2005;

A Decisão recorrida julgou tais infrações procedentes, diante das seguintes considerações:

*Em sua peça defensiva o autuado alegou que as mercadorias adquiridas foram destinadas à construção do seu imóvel sede e que as mesmas foram a ele incorporadas, e não fez o recolhimento do imposto porque nos termos do Art. 1º, item I da Resolução 148/2003 que o habilitou aos benefícios do DESENVOLVE recebeu o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorresse a sua desincorporação, e juntou à fl. 240 Alvará de Habite-se nº 0063, expedido pela prefeitura municipal de Nova Viçosa, e encerra dizendo que não houve desincorporação do ativo fixo.*

*Em consulta realizada pelo autuante à Gerente da GECOT, através do plantão fiscal, foi respondido que o diferimento do bem do ativo constante do DESENVOLVE não alcança os bens imóveis por acesso física e, as aquisições de tais produtos (britas, telhas, materiais elétricos etc.), em operações interestaduais deverão seguir o tratamento tributário dispensado às aquisições de materiais de uso e consumo (pagamento de diferencial de alíquota e vedação de utilização de crédito).*

*Analisando os documentos fiscais acostados ao processo, fls. 14 a 144, verifiquei que as mercadorias neles relacionadas, tais como: brita, tijolos, materiais elétricos, telha, tubos e conexões, blocos, etc., possuem, efetivamente, características de materiais para construção.*

*Não foi juntado ao processo cópia de qualquer resolução do DESENVOLVE que o habilite ao benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS.*

*Ademais, Consultando o sistema corporativo da SEFAZ, constatei que a Resolução nº 148/2003 foi deferida a outro beneficiário, diferente da autuada. Não foi carreado aos autos qualquer prova cabal do direito ao benefício alegado, nem mesmo a indicação de dispositivo que conceda guarida ao direito pleiteado.*

*Infração 03 – esta infração decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS quando da aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.*

*Verificando o livro Registro de Entradas (fls. 162 e 164) constatei o creditamento do imposto destacado nas notas fiscais nº 14559 e 15232 (fls. 145 e 146), nos meses de abril e junho de 2005.*

*Em sua defesa o contribuinte admitiu o uso indevido do crédito fiscal e alegou que realizou o seu estorno no livro Registro de Apuração do ICMS no mês de julho de 2007. Não juntou cópia do referido livro aos autos.*

*Analisando os elementos acostados ao processo, verifiquei que os referidos créditos foram utilizados nos meses de abril e junho de 2005, a ação fiscal se iniciou com a ciência do contribuinte do termo de intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais em 22/06/07 e o estorno do crédito indevido, conforme alegou, ocorreu em julho de 2007, após o início da ação fiscal, ficando assim descaracterizado o efeito da espontaneidade, uma vez que o contribuinte encontrava-se sob ação fiscal na data em que realizou o referido estorno.*

*Não consta no processo o documento fiscal emitido para estornar o citado crédito com o cálculo do seu valor, nem cópia do livro Registro de Apuração do ICMS registrando a sua escrituração fiscal, na forma prevista no art. 102, do RICMS/97.*

*Ao simplesmente contestar a acusação, no caso dessas duas infrações sem trazer os meios de prova ao seu alcance, o autuado não atendeu ao disposto no § 5º do art. 123, do RPAF-BA/99, para o qual a impugnação é o meio apropriado para apresentação das razões defensivas, sob pena de, em não assim agindo, serem consideradas verídicas as acusações feitas.*

*Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 263 a 268 dos autos, onde alega, em síntese que:

1. No tocante à segunda infração, aduz ser portador de Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, de nº. 140/2003, no qual em seu art. 1º, inciso I, lhe foi concedido o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação. Aduz que a natureza dos materiais (estrutura pré-moldada) não é de uso e consumo, uma vez que destinados ao emprego na construção de um galpão. Portanto, integrando o ativo fixo do recorrente. Defende que a exigência não pode ser mantida, sob pena de perpetuar uma injustiça.
2. Inerente à terceira infração, ressalta que está sendo exigido imposto já estornado, conforme admite o próprio autuante. Assim, defende que a autoridade fiscal poderia quanto muito lhe aplicar uma penalidade ou multa regulamentar, mas jamais lhe impor nova cobrança do imposto já estornado. Ressalta que, nos termos do inciso II do artigo 1º da Resolução nº

140/2003, estabelece a dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS. Logo, o estorno foi realizado dentro deste período e pelo valor envolvido se percebe tratar-se de um equívoco da escrituração fiscal.

3. Relativamente aos demais itens, por equidade, face à Resolução nº 140/2003 requer que sejam aplicadas tão elevadas multas somente após o prazo estabelecido pela Resolução para o pagamento dos débitos apurados.

Assim, por todas essas razões, requer o cancelamento das exigências dos itens 2 e 3, bem como a redução das penalidades impostas, levando em consideração, para marco inicial da contagem do prazo para recolhimento de débito, o concedido na Resolução nº. 140/2003.

A PGE/PROFIS, às fls. 277 a 279 dos autos, opina pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário, por entender que o recorrente não trouxe provas capazes de elidir a autuação, uma vez que:

1. No tocante à infração 2, da análise dos documentos às fls. 14 a 144 dos autos, depreende-se que se tratam efetivamente de materiais de construção, como também o próprio recorrente afirma que os materiais foram empregados para a construção de um galpão. Assim, registra a PGE/PROFIS que, não obstante da Resolução 140/2003 confira o diferimento relativamente ao diferencial de alíquotas para o momento da desincorporação de bens destinados ao ativo fixo, consta orientação, à fl. 193, da GECOB informando que *o diferimento do bem do ativo constante do DESENVOLVE não alcança os bens imóveis por acessão física*.
2. Quanto à infração 3, observa que não há prova nos autos, nem em sede de recurso, de que efetivamente o contribuinte fizera o estorno do crédito indevidamente lançado.
3. No que tange ao pleito do recorrente para redução das multas aplicadas ao apelo da equidade, observa que poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF, desde que obedecidos os requisitos previstos no artigo 159 do RPAF.
4. Por fim, quanto ao requerimento do recorrente para adoção do prazo de contagem inicial para recolhimento do débito, previsto no art. 1º, II, da Resolução 140/2003, observa a PGE/PROFIS que o prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS restringe-se tão somente *às operações geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado*, logo não pode ser utilizado para pagamento das infrações apuradas no presente lançamento.

Na assentada do julgamento, a Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade declarou-se impedida de discussão e votação do julgamento do processo, nos termos do art. 40, § 1º, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, por ter emitido parecer sobre o mérito da infração 2, quando da resposta à consulta realizada pelo autuante, consoante fl.193 dos autos.

## VOTO

Da análise do Recurso Voluntário apresentado, observo que o recorrente não traz qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa. Diante do exposto, comungo inteiramente com o teor do Parecer da PGE/PROFIS, de fls. 277 a 279, uma vez que:

Quanto à segunda infração, na qual se exige o ICMS decorrente da diferença de alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de: brita, blocos, material elétrico, material hidráulico, tinta, telha, tubo PVC, massa corrida, etc., para serem empregados na edificação de um galpão, à luz da legislação do ICMS, a aquisição dos materiais de construção para produzirem bens imóveis por acessão física, aplicados nas obras de edificações, deverão seguir o tratamento tributário dispensado às aquisições de materiais de uso e consumo (pagamento de diferencial de alíquota e vedação de utilização de crédito), conforme estabelece o art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 e no art. 97, IV, alínea “c”, c/c o § 2º, do RICMS.

Logo, sendo considerados como materiais de consumo, não são alcançados pelo diferimento do bem do ativo constante do DESENVOLVE, mesmo porque tais materiais foram consumidos na edificação de um galpão, cuja execução é alheia à atividade industrial exercida pelo contribuinte.

Válido ressaltar que, conforme consignado na Decisão recorrida, em consulta realizada pelo autuante à Gerente da GECOT, consoante fl.193 dos autos, foi respondido o entendimento de que:

*“...o diferimento do bem do ativo constante do DESENVOLVE não alcança os bens imóveis por acessão física. Já existem respostas no CPT sobre esta matéria. A aquisição de tais produtos (britas, telhas, materiais elétricos, etc), em operação interestadual deverá seguir o tratamento tributário dispensado às aquisições de materiais de uso e consumo (pagamento de diferencial de alíquota e vedação de utilização de crédito).”*

Inerente à terceira infração, o recorrente reconhece a utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (madeira serrada – fls. 145 e 146), tanto que aduz ter realizado o estorno do crédito fiscal, do que entende lhe caber, no máximo, uma penalidade ou multa regulamentar, mas jamais lhe impor nova cobrança do imposto já estornado, cujo prazo de recolhimento, nos termos do inciso II do artigo 1º da Resolução nº. 140/2003, é dilatado em 72 meses.

Conforme bem salientado na Decisão recorrida, *“Não consta no processo o documento fiscal emitido para estornar o citado crédito com o cálculo do seu valor, nem cópia do livro Registro de Apuração do ICMS registrando a sua escrituração fiscal, na forma prevista no art. 102, do RICMS/97.”*. Assim, diante de tal constatação, corroboro com o entendimento da PGE/PROFIS de que não há prova nos autos, nem em sede de recurso, de que efetivamente o contribuinte fizera o estorno do crédito indevidamente lançado.

É válido registrar que com o advento da Lei nº. 10.847, de 27/11/07, a redação atual do inciso VII do caput do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 passou a ter a seguinte redação:

*VII – 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:*

- a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;*
- b) na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;*
- c) na transferência irregular de crédito fiscal a outro estabelecimento;*

Assim, caso o contribuinte tivesse, efetivamente, provado nos autos a sua alegação de que efetivou o estorno dos referidos créditos e que a sua apropriação indevida não importou em descumprimento de obrigação principal, caberia a incidência da regra de retroatividade da norma mais benigna inserta no art. 106, II, “a”, do CTN. Contudo, conforme já dito, não foi tal alegação comprovada, restando-lhe, caso deseje, apresentar a documentação comprobatória através de petição à PGE/PROFIS, quando do exercício do Controle da Legalidade, de sua competência.

Por fim, em relação ao pedido do recorrente de que, quanto aos demais itens da autuação, por equidade, em face da Resolução nº 140/2003, sejam aplicadas tão elevadas multas somente após o prazo estabelecido pela Resolução para o pagamento dos débitos apurados, devo ressaltar que a dilação do prazo do recolhimento do imposto, conforme previsto na Resolução nº 140/2003, só é válida para o imposto apurado de forma espontânea e em relação às operações geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado. No caso presente, a recuperação da receita se deu sob ação fiscal, não lhe cabendo o benefício fiscal pretendido.

Diante do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, por serem as razões recursais apresentadas incapazes de modificar a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.0703/07-1**, lavrado contra **EMBALATEC BAHIA EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.148,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$69,58 e 60% sobre R\$31.078,65, previstas no art. 42, incisos I, alíneas “a”, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2008.

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS