

A. I. N° - 269193.0128/08-0
AUTUADO - TECNOLITE PRODUTOS TÉCNICOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 12/08/08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114-05/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO NO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Os materiais arrolados no levantamento fiscal não participam diretamente no processo produtivo do autuado constituindo-se em materiais de consumo, cujos créditos fiscais, nesse tipo de operação, somente poderão ser utilizados após 01/01/2011, conforme determinação expressa na Lei Complementar n° 122/06 que alterou o art. 33 da Lei Complementar n° 87/96. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2008, exige ICMS no valor de R\$55.747,80, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material de uso e consumo, no período de setembro de 2005 a dezembro de 2006.

O autuado, através de seu representante legal, ingressa com defesa, tempestivamente, fl. 40 a 52, na qual impugna o Auto de Infração aduzindo as seguintes argumentações:

1. a fundamentação apresentada não poderia servir para a autuação por ofender diretamente à regra da não-cumulatividade, inerente ao ICMS;
2. houve cerceamento de defesa, tendo em vista que não se comprovou se os bens adquiridos seriam efetivamente para uso e consumo;
3. inexistente nos autos prova cabal para embasar a aplicação da multa, pois, se a multa é agravada o ônus da prova do agravamento é da impugnada e não do impugnante, o que enseja a nulidade do lançamento fiscal;
4. observa que o devido processo legal consignado na Constituição Federal/88 art. 5º, inciso LIV significa a garantia de um processo estruturado de sorte a assegurar a prevalência da verdade real, o que é impossível ante a presunção presente na autuação;
5. afirma que ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, CF/88, art. 5º, inciso LV, quer dizer que a lei há de garantir aos litigantes todos os meios para provarem suas alegações, e isto faz inadmissível o presente Auto de Infração, a pretexto de inverter o ônus da prova, tornando esta impossível;
6. ressalta a impossibilidade da prova negativa, ante a presunção geral e indeterminada, asseverando que a prova negativa somente se torna possível a partir do momento que sai do mundo fenomênico e passa para o mundo dos fatos através de descrição clara dos elementos constitutivos da infração. Nesta linha, transcreve fragmento da obra do prof. Moacir Amaral dos

Santos para corroborar seu entendimento de que o fato indeterminado ou indefinido é insuscetível de prova;

7. considera absurda a exigência de ICMS em relação a aquisição de bens para uso e consumo do estabelecimento, insistindo no cancelamento da imposição fiscal aduzindo que hipótese de incidência não tributada não pode ser base cálculo para multa e, muito menos, fato impositivo para penalidade;

8. discorre com minudência acerca da competência dos detentores da capacidade tributária ativa, natureza tributária, campo de incidência e não-cumulatividade do ICMS, para asseverar que o conceito de operação enunciado no inciso I do § 2º art. 155 da CF/88, além de dizer respeito a realização de um negócio, relaciona-se com as etapas de circulação em determinado ciclo econômico, de modo que, uma vez ocorrida, enseja a apuração de uma parcela do imposto devido. Frisa que sendo a mercadoria adquirida com a incidência do imposto, o contribuinte tem o direito de lançar o ICMS destacado como crédito, possibilitando assim a desoneração da cadeia produtiva. Por isto, diz entender que, uma vez que os produtos ao entrarem em seu estabelecimento tiveram o destaque do ICMS, conforme indica o próprio laudo fiscal, não há que se falar em multa, posto que nada mais fez do que utilizar da não-cumulatividade do imposto, lançando o crédito dos valores destacados em nota fiscal. Arremata reafirmando que é descabida a aplicação de penalidade, pois, a própria constituição federal garante o crédito do ICMS tal como lançado, em obediência ao princípio da não-cumulatividade;

9. afirma que se afigura inadmissível a cumulatividade de multa com juros moratórios, pois, os dois institutos, visam uma só coisa, o apensamento da mora. Para embasar sua tese transcreve trecho de acórdãos de Tribunais de Alçada Civil, fls. 45 e 46, nos quais também abordam a não aplicação da correção monetária à multa como advinda do inadimplemento da obrigação fiscal principal, pois, a atualização importa no seu agravamento, o que não se admite pelo princípio da imutabilidade da pena;

10. diz ser evidente a natureza confiscatória da multa aplicada de 60% do valor devido à título do ICMS, assevera que a CF/88, art. 150, inciso IV, veda expressamente como uma das limitações do poder de tributar, o que enfatiza ainda com a transcrição trecho da obra “Comentários à constituição do Brasil” de autoria de Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins, fls. 46 e 47;

11. depois de discorrer sobre a natureza da taxa SELIC, aponta como irregularidade a aplicação desta taxa como correção do crédito tributário, por se constituir um claro desrespeito ao princípio da estrita legalidade, pois não há lei que autorize a aplicação da taxa SELIC para fins tributários. Afirma que deve ser excluído do presente Auto de Infração a taxa SELIC, nos termos da ementa exarada pelo STF, transcrita às fls. 50 e 51, que refuta a aplicação da SELIC, arguindo que tanto a correção monetária como os juros, matéria tributária, devem ser estipulados em lei.

Conclui o autuado requerendo que seja declarado nulo o lançamento realizado e cancelado o Auto de Infração. O autuante presta a informação fiscal de fl. 56, expondo as seguintes ponderações:

1. observa que, apesar da afirmação da defesa da falta de comprovação de que as mercadorias, cujas notas fiscais foram arroladas nos demonstrativos - Anexos I do PAF - sejam utilizadas para uso e consumo, constam dos autos no anexo II, cópias de algumas notas fiscais, fornecidas pelo próprio autuado, exatamente para fazer prova de que se tratam, de material de uso e consumo. No anexo III constam as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, para demonstrar a utilização pelo autuado do crédito de material de uso e consumo. Por isto, assevera que são insubsistentes os argumentos apresentados pela defesa;

2. diz que o autuado ao estribar-se na CF/88 para defender o direito de utilizar os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de produtos de uso e consumo, faz uma admissão velada de ter utilizado tais créditos. Arremata observando que, como na esfera administrativa não é foro apropriado para discussão de matéria supostamente inconstitucional, restou provada a justeza da imputação;

3. informa que no âmbito administrativo não se tem competência para discussão da suposta cumulatividade da multa e juros moratórios, bem como da aplicação da taxa SELIC como forma de correção do crédito tributário.

Conclui o autuante pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

De plano, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob a alegação de ofensa aos princípios da garantia do devido processo legal e da ampla defesa. Verifico que nos presentes autos foram atendidos todos os requisitos legais atinentes à garantia do devido processo legal, bem como ao exercício da ampla defesa pelo autuado. Consta na descrição da infração 1 dos presentes autos, devidamente assinado pelo preposto da empresa, fl. 03, que os demonstrativos que comprovam a irregularidade encontram-se nos anexos I, II e III, fls. 08 a 37. Nos referidos anexos, não protestados ou refutados pelo autuado em ponto algum de sua defesa, estão relacionadas todas as notas fiscais que fundamentaram o levantamento fiscal, com as respectivas cópias das notas fiscais nas quais se encontram discriminados os materiais de uso e consumo, e com as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS. Ressalto que todos os elementos suporte da acusação fiscal foram extraídos da própria escrita fiscal do autuado, e o autuado em sua peça defensiva revela claramente ter conhecimento do levantamento fiscal ao assinalar "...uma vez que os produtos que entraram em seu estabelecimento tiveram o destaque do ICMS, conforme comprova o próprio laudo fiscal,...", fl. 44. Ademais, não há que se falar em cerceamento de defesa, haja vista que o autuado, devidamente cientificado do Auto de Infração, apresentou defesa dentro do prazo legal, ocasião em que pode exercer plenamente seu direito de defesa, instalado que fora o contraditório. Por não identificar nos autos a presença de qualquer dos requisitos preconizados no art. 18 do RPAF-BA/99, que ensejasse a sua nulidade, entendo ultrapassados os óbices preliminarmente suscitados pela defesa, passo a analisar o mérito da questão, ora em lide.

No mérito o presente Auto de Infração versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

O autuado impugna a acusação fiscal concentrando sua argumentação sob o aspecto de que o ICMS, por não ser cumulativo, como previsto no art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88, lhe está assegurada a utilização dos créditos fiscais dos produtos que entraram em seu estabelecimento com destaque do ICMS nas notas fiscais, conforme comprova o próprio laudo fiscal. Ou seja, a defesa não contesta a utilização dos créditos fiscais, objeto do presente Auto de Infração, tão-somente, argüi a ofensa perpetrada ao princípio da não-cumulatividade.

Consta no INC - Informações do Contribuinte que a atividade principal do autuado é a fabricação de produtos de metal. Ao compulsar os autos, verifico, com base nas cópias das notas fiscais colacionadas às fls. 19 a 32, que as mercadorias apontadas no levantamento fiscal, fls. 9 a 16, e que serviram de base para apuração do crédito indevido – material de uso e consumo – se constituem dos seguintes itens: broca, disco de desbaste, disco lixa, disco diamantado, disco corte, fita crepe, fita isolante, vassoura, desempenadeira, massa plástica, cadeado, lápis de carpinteiro, fita isolante, espátula, pincel, estopa, copo descartável, cola super bond, saco alvejado, estilete, lixa d'água.

Como se depreende nitidamente da natureza dos materiais supra enunciados, verifico que a utilização deles na atividade do estabelecimento industrial do autuado não se reveste das características de insumo que entra na composição do produto final e, nem mesmo de produto intermediário, somente considerado como tal pela legislação, os materiais que são consumidos no processo industrial ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição. Todas as mercadorias adquiridas pelo autuado e constantes das notas fiscais que embasaram o levantamento fiscal apresentam características de material de consumo, por evidenciarem não participar diretamente do processo industrial do estabelecimento.

Estabelece o parágrafo primeiro do art. 93 do RICMS-BA/97 que a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem, condiciona-se a que, as mercadorias adquiridas:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso.

É patente que a legislação do ICMS adota, desde a Constituição Federal até a lei ordinária, o princípio do crédito físico, salvo as exceções expressas, que vinculam entradas tributadas a saídas tributadas. Esta é a substância do princípio da não-cumulatividade do ICMS, positivada no art. 155, § 2º, inc. I da Carta Magna, que admite a compensação do imposto em relação às operações de entradas tributadas vinculadas à saídas também tributadas, salvo hipótese de manutenção de crédito.

A compensação do ICMS se estabelece com referência às operações de aquisição de mercadorias e produtos que estejam vinculados diretamente ao processo de transformação dos insumos de que decorra, na etapa seguinte, saídas tributadas pelo imposto. As etapas ligadas a outros processos, indiretamente vinculados à produção, a exemplo da manutenção de equipamentos, tratamento de resíduos industriais e conservação de maquinário, que se realizam a margem do processo produtivo, ensejam consumo de produtos que a legislação fiscal dá ao tratamento de materiais de consumo e que, portanto, não asseguram direito de apropriação de crédito fiscal.

Na realidade, o sistema de crédito prevalente na operatividade do ICMS é restrito, não comportando ampliações para abranger os materiais empregados na conservação, limpeza ou reposição de peças de equipamentos e ferramentas. Esse tem sido o entendimento que decorre da interpretação das normas que compõem o ordenamento, referente a crédito fiscal do imposto de circulação de mercadorias, contido na Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O reflexo desse sentimento tem sido espelhado em decisões reiteradas do CONSEF, a exemplo das consignadas nos Acórdãos nºs A-0154-12/08 e A-140-11/08, que vem se posicionando no sentido de que produtos não diretamente afetados ao processo de produção ou extração não geram direito de crédito fiscal.

Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, além de não serem indispensáveis, não são objeto de consumo direto no processo produtivo, ou seja, na elaboração dos produtos finais, apenas participam do processo na qualidade de agentes complementares. Portanto, se enquadram na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2011, por força de disposição da Lei Complementar nº 122/06, e pela Alteração nº 83, Decreto nº 10.195, de 27/12/06, DOE de 28/12/06.

Por tudo isso, entendo que os materiais, ora em questão, não se adequam às condições estabelecidas no artigo 93 do RICMS-BA/97, não integrando o produto final, mas atuando como material de uso ou consumo, já que seu uso restringe-se às atividades complementares, prescindíveis, portanto não faz jus ao crédito fiscal. Considero subsistente a infração única do Auto de Infração. Ao apreciar a alegação de que a multa aplicada de 60% é confiscatória, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal é prevista no artigo 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas em face do disposto no artigo 167, inciso I do RPAF-BA/99, que não atribui ao órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

No que concerne a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação Custódia - SELIC, em que pese o enorme empenho expendido pelo autuado ao considerá-la ofensiva ao

princípio da estrita legalidade, por inexistir lei que autorize a sua utilização, considero equivocada a ponderação defensiva, vez que, sua aplicação está expressamente preconizada no art. 102, § 2º, inciso 2º da Lei nº 3.965/81 - COTEB. Portanto, a exigência contestada encontra-se devidamente amparada em norma posta e vigente, não cabendo a esse órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade a teor dos artigos 167 e 168 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto, concluo que restou comprovado nos autos o cometimento da infração imputada ao autuado, bem como verifico que a tipificação da multa aplicada está em perfeita consonância com o art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269193.0128/08-0**, lavrado contra **TECNOLITE PRODUTOS TÉCNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.747,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR