

A.I. Nº - 232946.0003/07-9
AUTUADO - KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MANUEL PEREZ MARTINEZ
ORIGEM - SAT/METRO
INTERNET - 05.12.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0309-02/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Imputação não elidida. Lançamento mantido. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Peças de manutenção de equipamentos não são insumos industriais. Tecnicamente, constituem bens de uso ou consumo. Além disso, o crédito glosado diz respeito também a luvas, sapatos, avental, etc., que constituem, sem dúvida, bens de uso e consumo. Vedado o crédito. Lançamento mantido. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Somente não é devido o pagamento da diferença de alíquotas se a não-incidência ou isenção do imposto na saída do estabelecimento de origem tiver amparo constitucional, cumprindo observar que, no caso de isenção, a Constituição prevê que a isenção só pode ser estabelecida através de acordo entre as unidades federadas (convênio). Lançamento mantido. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS.** Alegada a existência de Regime Especial que dispensasse a escrituração das entradas. De acordo com o Regime Especial concedido, a dispensa de emissão e de registro nos livros fiscais diz respeito unicamente às mercadorias que transitarem dentro da área do Complexo Ford. Na situação em exame, trata-se de Notas Fiscais capturadas nos postos fiscais e processadas no sistema do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito). Mantidas as multas. **4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA.** Fato demonstrado nos autos. Penalidade mantida. Não acatadas as preliminares suscitadas. Indeferido requerimento de perícia. Quanto às alegações de que as multas aplicadas têm efeito de confisco e de que os acréscimos moratórios não podem ser calculados com base na Selic, não é razoável discutir a constitucionalidade do direito posto no âmbito administrativo. AutodeInfração**PROCEDENTE.**Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/07, cuida dos seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado por falta de apresentação dos documentos comprobatórios do direito ao crédito, sendo lançado tributo no valor de R\$9.570,99, com multa de 60%;
2. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de materiais de consumo, sendo lançado imposto no valor de R\$65.819,42, com multa de 60%;
3. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo glosado o crédito no valor de R\$875,12, com multa de 60%;
4. entrada, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$1.676,52, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas;
5. entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$21.627,59, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas;
6. escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a operação correspondente – escrituração a título de “outros créditos”, no livro de apuração, do valor referente a duas Notas Fiscais não exibidas à fiscalização, sem constar no Registro de Entradas nem nos arquivos magnéticos, sob alegação de falta de creditamento anterior, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 17.628,09, com multa de 60%;
7. falta de apresentação de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo por isso aplicada multa de R\$264.607,36.

O contribuinte apresentou defesa suscitando várias preliminares de nulidade do procedimento. Na primeira, alega que a intimação fiscal é deficiente, pois foi recebida por pessoa sem poderes para tanto. Diz que, depois de lavrado o Auto, verificou a existência de intimações para apresentação de documentos supostamente recebidas por uma de suas “colaboradoras”, e foi isso o que ensejou a aplicação de multas em razão de suposto descumprimento de tais intimações, pois houve equívoco da “colaboradora”, uma vez que a empresa somente foi efetivamente cientificada já com o decurso do prazo ou sem tempo hábil. Alega que a fiscalização descumpriu o previsto nos arts. 108 e 109 do RPAF, haja vista que a Sra. Quésia Cardoso dos S. Silva é mera assistente e não tem poderes para receber intimações, notificações, citações e outros atos dessa natureza. Além disso, o agente fiscal encaminhou mensagens eletrônicas (“e-mails”) solicitando informações e documentos da empresa, cujos recebimentos foram apurados por seus efetivos representantes legais, após a lavratura do Auto, além de solicitar documentos e informações já solicitados, ensejando aparente dupla apenação. Alega que não poderia atender às intimações por não tê-las recebido. Considera que o agente fiscal não encerrou suas diligências relativas a idênticos fatos e períodos, mesmo após a lavratura do Auto, em face das novas mensagens eletrônicas encaminhadas, conforme “e-mail” anexo. Diz que há confusão, ensejando, por outro ângulo de dedução, duplas penalidades. Requer a declaração de nulidade do procedimento, por falta de intimação prévia válida, além de toda a autuação ser imprecisa e obscura.

Como segunda preliminar, alega que não recebeu os anexos mencionados no Auto, estando assim cerceada e prejudicada sua defesa.

A terceira preliminar é com relação ao local da lavratura do Auto. Alega que a fiscalização deixou de cumprir as disposições do CTN, em seus arts. 108, inciso I, e 196, que, a seu ver, obrigam a lavratura do Auto no local da verificação da infração, isto é, no próprio

estabelecimento fiscalizado, conforme o melhor entendimento doutrinário, de modo que o procedimento é ineficaz e nulo quando o Auto é lavrado na repartição fiscal, como ocorreu no presente caso. Alega que não houve qualquer impedimento ou motivo relevante para que o procedimento normal e usual da fiscalização se processasse na sede da empresa fiscalizada. Aduz que este procedimento pode dar margem à quebra da segurança jurídica e põe em risco a própria seriedade que deve existir nas relações entre o fisco e o contribuinte e nos demais atos administrativos da fiscalização, com visível desprezo ao princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito de se fazer representar e, se necessário, também pelo seu advogado. Diz que o agente fiscal não desconhecia que os procedimentos levados a efeito pela empresa tinham diversas e distintas questões das que entendeu ao autuar, e isso fulmina de nulidade o Auto.

Na quarta preliminar, apela para o princípio da legalidade tributária, alegando que o agente fiscal baseou a autuação em normas regulamentares e não em lei, tornando a autuação nula por vício formal. Toma por fundamento o art. 5º, II, da Constituição e o art. 97, V, do CTN.

Quanto ao mérito, a defesa impugna o lançamento do item 1º negando que tivesse utilizado crédito fiscal, conforme supostamente apurou a fiscalização, pois as DMAs do período fiscalizado demonstram que não houve saldo devedor de imposto, e sim saldo credor. Requer a concessão do prazo de 30 dias para a juntada de outros documentos pertinentes, de modo a demonstrar a inexistência da infração. Argumenta, sem reconhecer o fato, que no máximo se deu lançamento indevido, ou seja, mero erro formal no registro, inexistindo prejuízo à fazenda estadual.

Impugna também o lançamento do item 2º, alegando que não há diferença de alíquotas a ser paga, porque na operação não há incidência de tributo, de acordo com o art. 7º, XV, do Decreto nº 45.490/00 do Estado de São Paulo e do art. 42 do Decreto federal nº 4.544/02. Argumenta que, se a origem não é tributada, inexistente diferença de alíquotas. Chama ainda a atenção para o art. 4º, VII, da Lei federal nº 6.374/89, e pondera que a própria lei do ICMS igualmente trata a questão como caso de não-incidência de tributo, significando que não há diferença de alíquotas. Considera que o fisco baiano pretende cobrar diferença de alíquotas sobre “mercadoria não tributada”. Transcreve dispositivos do regulamento do imposto (arts. 1º, § 2º, IV, e 69, “caput”), para concluir que a legislação que supostamente legitima a autuação é inaplicável ao caso em testilha, pois se trata de mercadorias destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, sem incidência de tributo. Cita doutrina.

Com relação ao item 3º, alega que não foi detalhado ou informado quais seriam as mercadorias que não ensejavam o crédito do imposto, sendo por isso deficiente a autuação, por cercear o direito de defesa. Considera legal o aproveitamento do crédito de mercadorias utilizadas no processo produtivo, tais como peças que são substituídas em equipamentos que produzem os tanques de combustível, equipamentos de segurança no manuseio dos equipamentos, entre outros. Requer que, se não acolhida a preliminar de nulidade, seja o feito remetido em diligência para que o fisco informe cada uma das mercadorias e estabeleça a relação com a respectiva norma, possibilitando à empresa e ao órgão julgador conhecer quais seriam elas. Requer, eventualmente, a realização de perícia, atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. Explica que sua empresa atua tradicionalmente no segmento automotivo, dedicando-se há muitos anos ao desenvolvimento e à fabricação de artigos plásticos através de procedimentos técnicos de sopro e injeção, bem como à elaboração de projetos de máquinas e ferramental, e para esta atividade há a filial localizada em Camaçari, Bahia, que atende ao complexo Ford. Reporta-se ao conceito de tributo dado pelo art. 3º do CTN e ao princípio da legalidade esculpido no art. 5º, II, da Constituição e no art. 97, V, do CTN. Invoca também o princípio da não-cumulatividade, tecendo considerações acerca da licitude do direito ao crédito do valor do imposto incidente nas operações de aquisições ou entradas de mercadorias destinadas

ao ativo imobilizado que participem da industrialização ou comercialização de mercadorias objeto de posteriores saídas tributadas pelo ICMS. Considera que o fiscal se confundiu ao glosar o crédito do imposto de peças de manutenção, de produto destinado ao consumo e processo produtivo. Pondera que a situação fática estabelecida pelo agente fiscal não é a mesma relativa ao ativo imobilizado, pois, ao contrário disso, o tratamento é dado como sendo peças de manutenção utilizadas no processo produtivo, amparado de forma técnica com a demonstração inequívoca da utilização do produto no processo produtivo. Argumenta que, diferentemente do produto componente do ativo imobilizado, as peças de manutenção utilizadas no processo produtivo têm o mesmo tratamento dos produtos adquiridos para uso e consumo no processo de fabricação, e a Lei Complementar nº 87/96 autoriza a compensação já inserida no ordenamento jurídico desde o Código Civil, considerando como instituto pelo qual se liquida uma dívida quando as dívidas recíprocas estão vencidas, sendo vedado ao legislador alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado. Segundo a defesa, a Constituição teria instituído, em substituição ao abatimento, outra sistemática para a apuração do crédito financeiro do ICMS, que seria o mecanismo da compensação, envolvendo todos os bens e mercadorias para uso e consumo, não obstante a intenção de se dar interpretações diferenciadas para uma e outra expressão. Considera que a referida lei complementar, ao reafirmar a cláusula da não-cumulatividade, ou seja, o direito dos contribuintes ao exercício dos créditos financeiros do ICMS, não criou ou reconheceu relações inexistentes antes dela, mas tão-somente declarou o sentido fidei da Constituição, de modo que sua vigência e eficácia não podem ser diversas das previstas na Constituição. Cita doutrina e jurisprudência. Comenta o mecanismo da não-cumulatividade. Conclui sustentando que a única condição para ocorrer a assunção do crédito é o fato de o contribuinte ter participado de operações anteriores com quaisquer mercadorias e venham estas a ser, ou a não ser, agregadas ao processo produtivo. Destaca a conotação plural do substantivo “operação”, significando o conjunto global das operações relativas a todos e quaisquer produtos ou mercadorias em que haja incidência do ICMS e que tenham sido objeto de negociações por parte do contribuinte. Assinala que tanto o débito como o crédito têm raízes na Constituição, sendo que aquele depende de lei tributária ordinária para dimensioná-lo, ao passo que este configura direito constitucional inalterável por leis complementar e ordinária. Pugna pela improcedência do lançamento em questão.

Quanto ao item 4º, o autuado alega que sua empresa, assim como as demais estabelecidas no complexo industrial Ford, possui Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia, o qual dispensa a escrituração de Notas Fiscais e dispõe sobre outras concessões e isenções. Diz ser inconcebível que sua empresa reconhecida internacionalmente, com plantas industriais na Bahia, Paraná e São Paulo, e que atende a empresas do setor automobilístico, entre outras, deixaria de realizar os devidos registros contábeis para não recolher tributos ou aproveitar-se de outros benefícios. Requer, sem reconhecer o fato, a concessão do prazo de 30 dias para demonstrar, por meio de levantamentos, arquivos e documentos, o efetivo registro das notas fiscais mencionadas pela fiscalização, bem como erros de lançamentos e os lançamentos em duplicidade por parte do preposto fiscal.

Relativamente ao item 5º, a exemplo do que alegou na impugnação do item anterior, o autuado diz que, assim como as demais empresas do complexo industrial Ford, possui Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia, o qual dispensa a escrituração de Notas Fiscais e dispõe sobre outras concessões e isenções. Sem reconhecer o fato, requer o prazo de 30 dias para demonstrar, por meio de levantamentos, arquivos e documentos, o efetivo registro das Notas Fiscais mencionadas pela fiscalização, bem como erros de lançamentos e os lançamentos em duplicidade por parte do preposto fiscal.

No tocante ao item 6º, alega que a descrição da infração é imprestável para qualquer conclusão, pois afirma ter havido escrituração do crédito fiscal fora do período em que se verificaram 1) a entrada da mercadoria, 2) a aquisição de sua propriedade, 3) a prestação do serviço por ele tomado, 4) ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito. Reclama que não se sabe, até mesmo por ausência dos anexos, se todas essas situações enumeradas são bases do Auto, ou se o relato, tal como se interpreta, é genérico e não demonstra precisão na descrição fática da suposta infração. Aduz que a descrição faz menção, ainda, a falta de apresentação de Notas Fiscais, embora lançadas no Registro de Apuração do ICMS, sem constar no Registro de Entradas ou nos arquivos magnéticos, face a suposta falta de creditamento anterior. Assegura que a empresa não utilizou crédito fiscal, conforme supostamente apurou a fiscalização, e por isso a autuação é insubsistente, haja vista que as DMAs do período fiscalizado demonstram que não houve saldo devedor de imposto e sim saldo credor. Requer a concessão do prazo de 30 dias para a juntada de documentos pertinentes, de modo a demonstrar a inexistência da infração.

Quanto ao item 7º, a defesa transcreve trechos do art. 708-B (o “caput” e o § 3º) do RICMS e cita rotina da Gerência de Automação Fiscal (GEAFI), cujo item 3º cuida da necessidade da prestação de orientação e da aplicação de multas referentes a infrações relacionadas aos arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95. Com base nesses elementos, argumenta que, de acordo com a determinação da GEAFI e do art. 708-B, § 3º, do RICMS, o fornecimento de relatórios precisos e orientações ao contribuinte se torna de essencial importância, possibilitando possíveis e eventuais ajustes necessários, porém tais procedimentos obrigatórios não foram observados pela fiscalização, e, além disso, as intimações encaminhadas descumpriram tais normas e outras mais, uma vez que não foram recebidas pela empresa, e o agente fiscal aparentemente não encerrou suas diligências, mesmo após a lavratura do Auto de Infração, pois ainda encaminhou novas mensagens eletrônicas relativa ao mesmo período discutido. Alega que a autuação é inconsistente e deficiente, e há confusão, haja vista que, mesmo após a lavratura do Auto, as diligências relativas aos fatos e períodos não se encerraram, ensejando, numa conclusão óbvia, insubsistência e duplicidade de apenação, e desconhece a lavratura de novo Auto de Infração. Considera demonstrada a nulidade da autuação por falta de certeza quanto aos fatos imputados como violadores das normas. Requer a exclusão do item 7º do Auto, ou que seja determinada diligência para possibilitar à impugnante certeza e plena ciência das solicitações do agente fiscal, bem como a este mesmo, ainda que tenha de recomeçar seu trabalho e eventualmente retificar a autuação. Pugna pela nulidade das intimações, alegando que a empresa não havia sido intimada regularmente para corrigir as supostas inconsistências verificadas em arquivo magnético, nem recebeu qualquer listagem-diagnóstico indicando as irregularidades encontradas pelo preposto fiscal, sendo por isso necessária a concessão de novo prazo, de modo a permitir o atendimento das intimações. Ultrapassadas essas questões formais, adentra no mérito, alegando que os protocolos TED, anexos, demonstram o cumprimento da obrigação acessória, e observa que foram enviados os arquivos magnéticos Síntegra do período considerado. Reitera as alegações atinentes às intimações, reclamando que a fiscalização causou prejuízos para o cumprimento da obrigação acessória e para o exercício da ampla defesa e do contraditório, e por isso o lançamento é nulo por violar os arts. 18, 48, 108 e 109 do RPAF. Alega que protocolou os arquivos magnéticos do período sob ação fiscal, descabendo a multa aplicada, já que esta só é devida na hipótese de não fornecimento dos arquivos magnéticos, mediante intimação fiscal.

Questiona as multas aplicadas, por serem exorbitantes e arbitrárias. Cita doutrina e jurisprudência. Apega-se à vedação constitucional da utilização de tributo com efeito de confisco. Argumenta que, caso persista a autuação, as multas devem observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ainda com relação às multas, alega que, no caso do item 7º, há equívoco na base de cálculo adotada, uma vez que o percentual de 1% incidiu sobre o montante das saídas, de modo que essa base de cálculo para a aplicação da multa está errada, pois somente poderia incidir sobre os valores das inconsistências. Observa que o item 7º se refere a inconsistências nos arquivos magnéticos de determinados períodos, e, sendo assim, eventual multa somente poderia ser aplicada sobre aquelas mesmas inconsistência, e nunca sobre todas as saídas.

Questiona por fim a aplicação de juros com base na Selic. Diz que a aplicação da Selic como taxa de juros, tal como aconteceu com a TRD, tem sofrido fortes revezes no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários, culminando com a decisão de sua arguição pela 2ª Turma do STJ, no REsp nº 215.881-PR. Comenta que a Selic compreende, a um tempo, juros moratórios, juros compensatórios ou remuneratórios e indistigável conotação de correção monetária. Nota que os juros são um “plus” ao principal. Aduz que a correção monetária e os juros são entidades absolutamente distintas, haja vista que a correção monetária se imiscui no próprio principal, por ser uma entidade integrante do próprio principal, ao passo que os juros são extrínsecos ou adventícios, são frutos civis do capital ou frutos produzidos pelo capital, e sua apuração leva em conta o capital, mas não como fator intrínseco, de modo que os juros, por constituírem um novo valor, é uma entidade que se aditou ao principal e não uma entidade de readaptação do próprio principal, como se dá com a correção monetária. Reclama que, não bastando a total inconsistência do Auto de Infração e das multas aplicadas, quer ainda o fisco exigir taxa de juros sabidamente ilegal e inconstitucional. Requer que, na eventualidade de se manter a autuação, sejam excluídos os juros aplicados.

Requer a concessão do prazo de 30 dias, eventualmente prorrogável, para a juntada de documentos pertinentes, bem como dos listados em cada um dos tópicos relacionados aos itens em separado combatidos, em face da deficiência da autuação, da extensão do Auto, dos períodos envolvidos e de documentos necessários para corroborar as alegações da defesa.

Considera ser necessária a realização de perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos da empresa a fim de que possa ser provada a inexatidão do procedimento fiscal, alegando ser esta a única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo contribuinte.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou eventualmente, no mérito, improcedente.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas, notadamente documental e pericial, conversão do feito em diligência, inclusive eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Requer que lhe seja garantido o direito de sustentar oralmente as razões da defesa.

Requer, ainda, que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço de seu advogado e representante, no endereço que indica.

Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o contribuinte não anexou quaisquer elementos de prova para corroborar seus argumentos. Com relação à alegação de que a Sra. Quésia Cardoso seria mera assistente, o fiscal contrapõe que se trata da pessoa responsável pelo setor fiscal da empresa no Estado da Bahia, com vínculo empregatício com o sujeito passivo, sendo dessa forma considerada preposta do autuado, em conformidade com o art. 39 do RPAF, estando habilitada para assinar intimações e Auto de Infração.

Quanto à alegação de que não recebeu os anexos, o fiscal diz que essa alegação é inverídica, uma vez que todos os anexos foram regularmente entregues, e, já sendo esperado argumento dessa

espécie, foram fornecidos mediante recibo, assinado pelo preposto do autuado, conforme instrumento anexo.

Reporta-se ao § 1º do art. 39 [do RPAF], segundo o qual o Auto de Infração deve ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Considera que a defesa pretende criar confusão para os julgadores e dar trabalho ao auditor na sua informação fiscal, pois uma leitura mais criteriosa do Auto de Infração indica que as infrações estão fundamentadas na lei e no regulamento.

Adentrando no mérito, no que concerne ao item 1º, o fiscal informa que a Ford recepciona a transferência mensal dos créditos de ICMS acumulados de suas sistemistas, neste caso a autuada, conforme Regime Especial. Discorda da afirmação do autuado de que não houve utilização de créditos por ter saldo era credor, observando que os mesmos estão devidamente comprovados com cópias do Registro de Entradas, significando transferências a mais. Diz que as relações de Notas Fiscais extraídas dos arquivos Sintegra tiveram confirmação de escrituração no Registro de Entradas, com apropriação de crédito do ICMS. Aduz que constam nos autos intimações para apresentação das Notas Fiscais e cópias do Registro de Entradas, demonstrando os créditos de ICMS lançados.

Com relação ao item 2º, o fiscal diz que as provas apresentadas no Auto de Infração derrubam os argumentos utilizados pelo defendente – cópias do Registro de Entradas e de Notas Fiscais –, tendo as Notas Fiscais sido obtidas na própria empresa. Observa que os itens estão descritos nas Notas e os CFOPs utilizados pelo contribuinte são “2556 – Compra de material para uso e consumo próprio” e “2557 – Transferência de material para uso e consumo próprio”, o que demonstra tratar-se de bens de consumo adquiridos em outros Estados, sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas. Comenta que a saída de São Paulo com isenção do ICMS consta apenas no regulamento daquele Estado, não estando amparada por qualquer convênio nacional, e ainda assim foi atribuída a alíquota de 7%, como se tributada fosse a operação, de acordo com previsão na legislação estadual.

Relativamente ao item 3º, o fiscal informa que as Notas Fiscais foram obtidas do autuado e se referem a luvas, sapatos, avental e outros bens, sendo corroborado pelo próprio defendente como sendo bens destinados a uso e consumo próprio. Quanto à argumentação da defesa acerca do direito ao crédito, o fiscal diz que ainda não existe previsão legal, estando apenas no mérito das discussões acadêmicas dos tributaristas. A seu ver a infração está comprovada através de demonstrativos e cópias das Notas Fiscais e do Registro de Entradas.

Quanto aos itens 4º e 5º, o fiscal chama a atenção para a relação e as cópias das Notas Fiscais, dizendo que foram entregues ao contribuinte. Afirma que as Notas não foram escrituradas no Registro de Entradas. Considera que a alegação do contribuinte não está corroborada por quaisquer provas que elidam o fato. Diz que a dispensa da escrituração fiscal decorrente de Regime Especial da Ford, citado pela defesa, conforme instrumento anexo, refere-se aos documentos fiscais em trânsito dentro da área do Complexo Ford, não sendo este o caso, pois as Notas Fiscais foram oriundas de ambientes externos ao Complexo, retidas em trânsito pelos diversos postos fiscais e processadas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT).

No que concerne ao item 6º, o fiscal assinala as intimações dos dias 17.9.07 e 25.10.07, apresentadas ao contribuinte solicitando apresentação das Notas Fiscais, sem que tivessem sido atendidas, e observa que a defesa ainda solicita mais prazo para apresentar o que jamais será feito.

Com relação ao item 7º, o fiscal considera que os argumentos da defesa não prosperam, pois foram seguidas as regras dos arts. 683 a 708-B do RICMS e as orientações da GEAFI. Informa que desde 6.10.06, em auditoria de monitoramento, o contribuinte foi intimado a regularizar os registros 70 e 75 bem como todas as irregularidades apresentadas em listagem-diagnóstico obtida através do programa SVAM da SEFAZ. Diz que, em correspondência datada de 2.1.07, o contribuinte solicitou prorrogar para o dia 31.1.07 a entrega dos arquivos magnéticos, mas somente em 28.3.07 é que efetivamente eles foram entregues, conforme recibos anexos, onde aparece a regularização dos registros 70 e 75, sem, contudo, corrigir as demais irregularidades. Aduz que em 30.10.07 foi emitida uma segunda intimação, concedendo um prazo de 30 dias, com a entrega de nova listagem-diagnóstico de irregularidades, devidamente assinada pelo preposto da empresa, sendo que, após o prazo concedido, foram emitidas novas listagens-diagnóstico, que comprovam não terem sido feitas quaisquer novas regularizações, e, em vista disso, foram elaboradas planilhas demonstrando as divergências entre o Sintegra e os livros Registros de Entradas e Registro de Saídas de valores relevantes, confirmando omissões e divergências de informações de entradas e saídas no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético, contrariando a previsão legal contida no Convênio ICMS 57/95, recepcionado pelo Regulamento do ICMS. Observa que, conforme o § 6º, c/c o § 5º do art. 708-B do RICMS, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no citado convênio configura o não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 915.

Conclui afirmando manter na íntegra os valores dos créditos tributários lançados.

Foi determinada a remessa dos autos em diligência para que fossem entregues ao contribuinte cópias da informação fiscal e da peça a ela anexada pelo fiscal autuante (fls. 552/556 e 557), reabrindo-se o prazo de defesa (30 dias).

O autuado manifestou-se alegando, como preliminar que a fiscalização estaria tentando demonstrar a entrega anterior de demonstrativos, considerando que isso, por si só, clarifica a nulidade da autuação. Fala dos propósitos da impugnação. Reitera o seu protesto quanto à intimação, que reputa como deficiente, por ter sido recebida por pessoa sem poderes para tanto. Afirma que a Sra. Quésia Cardoso dos S. Silva é mera assistente, não tem poderes para receber intimações, notificações, citações, Autos de Infração e outros autos dessa natureza, e não é a pessoa responsável pelo setor fiscal-contábil da impugnante no Estado da Bahia. Assinala que quem tem tais poderes de preposição e representação legal-formal perante o Estado da Bahia é o Sr. Renato Rossi, como somente veio a observar a fiscalização na autuação sob o nº 232946.0002/08-0, e isso significa que os arts. 39, X, 108 e 109 do RPAF foram descumpridos, e por isso são nulas tanto a intimação relativa à lavratura do Auto quanto as anteriores.

Ainda como preliminar, reclama que o agente fiscal encaminhou mensagens eletrônicas solicitando informações e documentos, cujos recebimentos foram apurados pelos efetivos representantes legais da empresa, após a lavratura do presente Auto, além de solicitar documentos e informações que já eram objeto daquele, ensejando aparente dupla apenação, conforme provas já apresentadas. Alega que as intimações anteriores não foram atendidas porque não foram efetivamente recebidas pela empresa. Põe em dúvida se o agente fiscal teria encerrado suas diligências relativas a idênticos fatos e períodos após a lavratura deste Auto, haja vista as novas mensagens eletrônicas encaminhadas por ele, de acordo com as provas já apresentadas. Protesta que há uma grande confusão nisso tudo, ensejando duplas penalidades.

Também reclama não ter recebido os anexos mencionados no Auto. Contesta o recibo apresentado pelo fiscal, alegando que a Sra. Quésia é mera colaboradora da empresa, sem poderes para receber intimações, por não ser preposta nem representante legal ou mesmo

responsável pelo setor fiscal-contábil da empresa. Considera nulo o procedimento, por cerceamento de defesa, já que não foi disponibilizada cópia da réplica do aludido documento.

Prossegue que, além da falta de entrega dos demonstrativos, também não foi entregue pelo fiscal o relatório de inconsistência, ou seja, a listagem-diagnóstico, assinalando que a entrega deveria ser feita ao Sr. Renato Rossi.

Reitera o teor da impugnação anterior no que concerne ao local da lavratura do Auto, acrescentando que, como a lavratura ocorreu fora do estabelecimento da empresa, houve prejuízo para a sua defesa, agravado pelo fato de não ter recebido os anexos ou demonstrativos. Salienta que o agente fiscal não desconhecia que os procedimentos levados a efeito pela empresa tinham diversas e distintas questões das que por ele foram consideradas.

Ainda como preliminar, reitera os termos da defesa originária quanto à legalidade do procedimento fiscal, por ter o agente fiscal baseado a autuação em normas regulamentares e não em lei.

Adentrando no mérito, repete os argumentos expendidos na defesa originária acerca do item 1º do Auto. Acrescenta que, apesar de não reconhecer o fato, no máximo teria havido lançamento indevido, ou seja, mero erro formal no registro, o que não caracteriza crédito fiscal desprovido de documento, inexistindo prejuízo à fazenda estadual. Considera que a fiscalização agiu de forma precipitada, não propiciando à empresa a apresentação de documentos e informações, e além disso aplicou multa abusiva.

Reitera os argumentos expostos na defesa original quanto aos itens 2º, 3º, 4º e 5º. Em caráter eventual, sem reconhecer o cometimento, requer que, caso seja rejeitado o Regime Especial como base para dispensa da escrituração fiscal, seja concedido prazo suficiente para demonstrar, por meio de levantamentos, arquivos e documentos, o efetivo registro das notas fiscais mencionadas pela fiscalização, bem como erros de lançamentos e em duplicidades por parte dos prepostos fiscais.

Também repete os termos da defesa originária com relação aos itens 6º e 7º. Quanto a este, aduz que a fiscalização deveria entregar ao preposto da empresa, Sr. Renato Rossi, o relatório de inconsistência, ou seja, a listagem diagnóstico, frisando que isso não foi feito. Diz que, além de as intimações encaminhadas descumprirem normas, já que não foram recebidas pela empresa, o agente fiscal, que aparentemente não encerrou suas diligências, mesmo após a lavratura do presente Auto, ainda encaminhou novas mensagens eletrônicas relativa ao mesmo período discutido, ficando evidentes a inconsistência e deficiência da autuação. Reclama que há uma confusão neste caso, haja vista que, mesmo após a lavratura do Auto, as diligências relativas aos fatos e períodos não se encerraram, ensejando insubsistência e dupla apenação, que considera incabível. Chama a atenção para o Auto de Infração nº 232946.0002/08-0, cuja cópia anexou, a ser impugnado oportunamente, assinalando que estaria havendo dupla autuação e apenação para a mesma e suposta infração. Observa que os períodos relatados no presente Auto são os mesmos do novo Auto. Conclui acentuando a nulidade das intimações, repetindo que a empresa somente fora efetivamente cientificada já com o decurso do prazo ou sem tempo hábil. Considera inaplicável a multa do item 7º, argumentando que não houve qualquer desatendimento por parte da empresa, pois foram enviados os arquivos magnéticos do Sintegra relativos ao período tido como irregular ou com divergências pela fiscalização. Alega que todas as intimações fiscais e o próprio Auto não tiveram a ciência do representante legal da empresa ou de seu preposto, e isso acarretou prejuízo para o exercício da ampla defesa e do contraditório, descumprindo-se o devido processo legal. Sustenta que a multa prevista no art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS só é devida em caso de não fornecimento dos arquivos magnéticos, mediante intimação fiscal, da mesma que é inaplicável o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei nº 9.159/04.

Protesta que as multas estipuladas são exorbitantes, especialmente no que tange ao item 7º. Questiona a base de cálculo, que considera arbitrária, porque o percentual de 1% incidiu sobre o montante das saídas. Argumenta que, mesmo se fossem admitidas inconsistências nos arquivos magnéticos, a multa somente seria aceitável e legal se incidisse sobre os valores das inconsistências.

Questiona também a aplicação de juros com base na Selic, reiterando as razões expendidas na defesa originária.

Reitera as considerações quanto à necessidade de perícia.

Pede que os lançamentos sejam declarados nulos ou, eventualmente, no mérito, improcedentes. Protesta pela produção de provas, inclusive esclarecimentos quanto a equívocos no encaminhamento das intimações, bem como pelo direito de sustentar oralmente as razões da defesa no momento oportuno. Requer também que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço de seu advogado e represente.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de 7 lançamentos.

O autuado suscitou 4 preliminares.

A primeira preliminar diz respeito à pessoa que recebeu as intimações, a Sra. Quésia Cardoso dos S. Silva. No sistema informatizado desta secretaria de Estado o seu nome figura no rol dos responsáveis pelo estabelecimento situado na Bahia. Foi ela quem assinou o Auto. Foi também ela quem assinou as intimações para apresentação ou exibição de elementos durante a ação fiscal. Superada está esta preliminar.

A segunda preliminar tem correlação com a anterior. O autuado alega que não recebeu os demonstrativos fiscais que detalham cada lançamento. Consta à fl. 557 um termo em que o preposto da empresa declara ter recebido os demonstrativos em discussão. Preliminar superada.

Na terceira preliminar o autuado alega ser nulo o procedimento porque o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento da empresa. O § 1º do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) prevê que o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. O presente Auto foi lavrado na inspetoria fiscal. Está correto o procedimento.

O fundamento invocado na quarta preliminar é o princípio da legalidade. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Porém o fato de no Auto de Infração serem indicados dispositivos de regulamento não significa que esteja sendo exigido algo não previsto em lei. Os preceitos do regulamento repetem preceitos de lei. O que pode ocorrer, e muitas vezes ocorre, é que o regulamento desce a detalhes, ao passo que a lei é mais genérica. Porém os detalhes ou minudências do regulamento não constituem inovações, se se ajustam aos contornos da lei. É evidente que os detalhamentos somente se admitem em se tratando de obrigações tributárias de natureza instrumental (acessória), pois, em se tratando de matérias de reserva legal, nos termos do art. 97 do CTN, tudo o que o regulamento pode é repetir, literalmente, o que consta na lei, não podendo suprimir nem acrescentar nada, a menos que os acréscimos visem apenas a explicar conceitos da lei, e mesmo assim com a devida parcimônia. Caberia à defesa indicar, com precisão, qual foi a obrigação estipulada sem previsão legal. Não o fez. Nos termos do art. 19 do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Dou por superada também esta preliminar.

Mérito.

O item 1º do Auto diz respeito à glosa de créditos fiscais de ICMS porque o contribuinte não apresentou os documentos em que se baseou para escriturá-los. Para tornar insubsistente o lançamento seria bastante que o contribuinte juntasse cópia dos documentos. Não juntou. Apenas requer prazo para apresentá-los. O prazo é o do art. 123 do RPAF. A defesa alega que a empresa teria saldo credor nos períodos considerados. Não provou. Há, de fato, a distinção entre “escrituração” e “utilização” de crédito. Se o crédito é “escriturado indevidamente” porém não chega a ser utilizado, por haver saldo credor, o fato configura apenas descumprimento de obrigação acessória. Porém, conforme salientei, foi apenas alegado que nos períodos em questão haveria saldos credores, mas isto não foi provado. Mantenho o lançamento.

O item 2º cuida de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de materiais de consumo. O autuado alega que não seria devida a diferença de alíquotas porque a saída dos bens do estabelecimento de origem é feita com isenção do imposto. Embora a operação seja uma só, há que se distinguir a existência de dois fatos geradores: um, na saída dos bens do estabelecimento remetente; outro, na entrada dos bens no estabelecimento destinatário, relativamente à diferença de alíquotas. O art. 69 do Regulamento do ICMS prevê que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação na unidade federada de origem, e o imposto a ser pago é o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem. No parágrafo único, I, “a”, é dito que é devido o pagamento de alíquota se no documento fiscal de origem não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais. Sendo assim, somente não é devido o pagamento da diferença de alíquotas se a não-incidência ou isenção do imposto na saída do estabelecimento de origem tiver amparo constitucional, cumprindo observar que, no caso de isenção, a Constituição prevê que a isenção somente pode ser estabelecida através de acordo entre as unidades federadas (convênio). Mantenho o lançamento.

O item 3º refere-se à glosa de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O autuado alegou que no Auto não é dito quais seriam os bens. Esse vício foi sanado, pois na informação fiscal o autuante especificou quais os bens em questão, e foi dada ciência ao contribuinte, com reabertura do prazo de defesa. A defesa alega que se trata de peças de manutenção utilizadas no processo produtivo, sustentando que tais materiais têm o mesmo tratamento dos produtos adquiridos para uso e consumo no processo de fabricação. Peças de manutenção de equipamentos não são insumos industriais. Tecnicamente, constituem bens de uso ou consumo. É vedado o crédito. Este órgão não tem competência legal para apreciar alegação de inconstitucionalidade do direito posto. Além disso, consta nos autos que o crédito glosado diz respeito também a luvas, sapatos, avental, que constituem, sem dúvida, bens de uso e consumo. Mantenho o lançamento.

Os itens 4º e 5º cuidam de multas por falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de bens no estabelecimento. A defesa alega a existência de um Regime Especial que dispensa a escrituração das entradas. De acordo com o aludido Regime Especial, a dispensa de emissão e de registro nos livros fiscais diz respeito unicamente às mercadorias que transitarem dentro da área do Complexo Ford (fl. 540). No caso dos itens em discussão, trata-se de Notas Fiscais capturadas nos postos

fiscais e processadas no sistema do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito). Mantenho o lançamento.

O item 6º assemelha-se ao item 1º: foi escriturado crédito fiscal a título de “outros créditos”, no livro de apuração, relativamente a duas Notas Fiscais, e estas não foram apresentadas à fiscalização. Repito o que disse em relação ao item 1º. Para tornar insubsistente o lançamento seria bastante que o contribuinte juntasse cópia dos documentos, porém a defesa se limita a requer prazo para apresentá-los. O prazo é o do art. 123 do RPAF. A defesa alega que a empresa teria saldo credor nos períodos considerados. Realmente há a distinção entre “escrituração” e “utilização” de crédito. Se o crédito é “escriturado indevidamente” porém não chega a ser utilizado, por haver saldo credor, o fato configura apenas descumprimento de obrigação acessória. Porém foi apenas alegado que nos períodos em questão haveria saldos credores, mas isto não foi provado. Mantenho o lançamento.

O item 7º diz respeito a uma multa por falta de apresentação de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. O art. 708-B do RICMS cuida da obrigação do contribuinte de entregar à fiscalização os arquivos magnéticos de suas operações, quando intimado nesse sentido, no prazo de 5 dias úteis, contado da data do recebimento da intimação. Consta à fl. 21 dos autos intimação para esse fim. Por outro lado, prevê o § 5º ao art. 708-B do RICMS o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. No caso em exame, consta à fl. 25 essa intimação, e nela é feita referência a um “demonstrativo anexo” (que é a chamada listagem-diagnóstico). O contribuinte apresentou os arquivos, porém não corrigiu as inconsistências apresentadas. Está configurada a infração.

O autuado alega que a base de cálculo está errada, porque o percentual de 1% incidiu sobre o montante das saídas, e não sobre os valores das inconsistências.

A apreciação dessa questão torna-se complicada porque o fiscal se equivocou ao indicar o dispositivo legal aplicável, dando como dispositivo infringido o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, quando o correto seria a alínea “i”.

O fiscal não atentou para o fato de que a multa da alínea “g”, na redação vigente à época da ocorrência (1.2.07) é de R\$ 46,00. O erro, portanto, é clamoroso.

O Auto de Infração foi lavrado em 17.12.07. O contribuinte foi intimado para corrigir inconsistências dos arquivos, e para isso teve 30 dias de prazo, como manda o § 5º do art. 708-B do RICMS. O fiscal prorrogou o prazo. Vencida a prorrogação, configurou-se a infração: falta de entrega, à fiscalização, de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação. O fiscal estipulou a data do cometimento: 1.2.07. Teria, por conseguinte, de aplicar a multa de acordo com a redação vigente na data do cometimento. Por engano, embora tenha calculado a multa corretamente, o fiscal se equivocou na indicação do dispositivo legal, trocando a alínea “i” pela alínea “g”.

Em suma, o fiscal não se deu conta de que a Lei nº 7.014/96 havia sido alterada recentemente, em 27.11.07, dando nova redação e novo conteúdo aos dispositivos aplicáveis a este caso. A multa aplicada, de 1% do valor das saídas de mercadorias no período considerado, era prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da supracitada lei. Em 27.11.07, mediante a Lei nº 10.847/07 (D.O. de 28.11.07), o inciso XIII-A foi modificado, passando a alínea “g” a cominar com multa de R\$ 46,00 a “empresa credenciada” que extraviar etiqueta ou lacre fornecido pelo fisco para instalação em ECF ou que emitir atestado de intervenção técnica em ECF com informação inexata, sendo que a multa antes prevista na alínea “g” passou a ser prevista na alínea “i”.

Erros dessa ordem devem ser evitados, porém não invalidam o procedimento fiscal, pois o fato foi descrito de forma clara, não havendo cerceamento de defesa. Os fatos são passíveis de discussão. A aplicação do direito compete ao órgão julgador.

O autuado alegou que a base de cálculo estaria errada, pois, em vez do montante das saídas, deveria ser os valores das inconsistências. Não tem razão. Nos termos da alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, a multa é de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso. Mantenho a multa do item 7º.

Quanto à alegação de que estaria havendo dupla apenação, em virtude de outro Auto de Infração lavrado depois deste – Auto de Infração nº 232946.0002/08-0 –, pelo fato de os períodos serem os mesmos, é evidente que, se duplicidade houver, esta será objeto do julgamento do segundo Auto, não deste.

Indefiro o pedido de perícia porque não foi demonstrada de forma objetiva tal necessidade, pois não foram apontados erros materiais dos lançamentos que justifiquem tal medida.

Quanto às alegações de que as multas aplicadas têm efeito de confisco e de que os acréscimos moratórios não podem ser calculados com base na Selic, cumpro-me ponderar que não é razoável discutir a constitucionalidade do direito posto no âmbito administrativo.

Com relação ao requerimento para que as intimações sejam encaminhadas para o endereço indicado à fl. 601, não custa nada que tal pleito seja atendido, porém não haverá vício algum de ordem procedimental se as intimações forem encaminhada diretamente ao próprio contribuinte, desde que observadas as regras do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232946.0003/07-9**, lavrado contra **KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 93.893,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$287.911,47**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XIII-A, “i”, da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR