

PROCESSO - A. I. N° 207090.0003/09-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PLASTCROMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0304-04/08
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 21/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0363-12/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA RECEBIDA A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO. É assegurado o direito de utilização do crédito fiscal relativo as mercadorias recebidas e utilizadas como matéria-prima em processo de industrialização cuja saída é tributada. Infração não caracterizada. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. A infração restou caracterizada, porém, foi retificado o percentual da multa indicada no Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF N° 0304-04/09, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS em razão de cinco irregularidades, sendo objetos do Recurso as seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a recebimento de mercadorias a título de empréstimo, conforme photocópias de notas fiscais de entradas e do livro Registro de Entradas. Foi lançado imposto no valor de R\$ 344.884,10, acrescido de multa no percentual de 60%.
5. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do imposto – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Foi lançado imposto no valor de R\$ 190.348,55, acrescido de multa no percentual de 100%.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à Infração 01, afirmou que não poderia a fiscalização lhe cobrar o imposto que já tinha sido pago pelo remetente da mercadoria. Ponderou que no mês de outubro de 2004 não realizou operação comercial e, portanto, caso se anulasse o crédito fiscal de R\$ 253.183,81, restaria “zerada” a apuração naquele mês. Disse que, no mês de novembro de 2004, sucede a mesma situação, mesmo havendo operação comercial, anulando o crédito de R\$ 253.183,81, restaria um saldo credor de R\$ 91.700,29. Quanto à Infração 5, impugnou a exigência fiscal, pois entende que não houve qualquer irregularidade na sua conduta. Alegou que as multas aplicadas eram abusivas e tinham o efeito de confisco.

Na informação fiscal, a autuante salientou que, conforme documentos acostados às fls. 261 e 262, o autuado e a empresa mutuante funcionavam no mesmo endereço. Disse que o autuado sabia que as mercadorias, cujo crédito tinha sido glosado, não lhe pertenciam, uma vez que foram lançadas no livro Razão como “Estoque de terceiros em nosso poder” (fls. 245/258). Sustentou que a lei vedava a utilização do crédito fiscal em operação de empréstimo. Explicou que a empresa mutuante poderá pedir restituição do indébito. Com relação à Infração 05, manteve a

exigência fiscal em sua totalidade. Disse que as multas indicadas na autuação eram as previstas na lei e, portanto, nada tinha a acrescentar.

Às fls. 1468/1470 dos autos, foram acostados extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes ao pagamento de parte do Auto de Infração.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator votou pela improcedência da Infração 1, tendo fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

“[...]

Verifico que conforme demonstrativo elaborado pela autuante e cópias das notas fiscais juntadas ao processo (fls. 49 a 69), o autuado recebeu por meio de notas fiscais emitidas pela empresa EMBAHIA (IE 53.878.261) localizada no Centro Industrial de Aratu, diversas remessas de matéria-prima (polietileno) com indicação de “material enviado a título de empréstimo, devendo retornar”.

Observo que no demonstrativo elaborado pela autuante, foram confrontados os créditos e débitos relativos a recebimentos e retornos, tendo sido exigido imposto a título de utilização indevida de crédito fiscal apenas das operações que não tiveram retorno correspondente.

O Regulamento do ICMS/BA não trata de operações de empréstimo de mercadorias. Entretanto, pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, é assegurado a título de crédito fiscal o direito de compensar nas operações subsequentes tributadas, o valor do imposto pago em operações anteriores.

Analizando os dispositivos indicados como infringidos, verifico que o art. 93 do RICMS/BA trata da constituição de “crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário”, sendo que o inciso I, alínea “b” abaixo transcrito estabelece:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

...

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

Por outro lado, sabe-se que o ICMS incide sobre a circulação de mercadorias e em algumas situações, mesmo não havendo circulação econômica, ocorre o fato gerador do imposto, como nos casos de doações, bonificações e transferências de mercadorias entre o mesmo titular. Nestas situações, mesmo não ocorrendo pagamento pelas mercadorias recebidas, constitui fato gerador do imposto, face à circulação da mercadoria e é assegurado o direito ao crédito fiscal do imposto pago na operação anterior (doação, bônus, transferência) se as operações subsequentes forem tributadas.

Numa interpretação contextualizada da legislação e do fato, se trata de recebimento de matérias-primas empregadas em processo de industrialização, cujo imposto foi destacado nas notas fiscais de envio a título de “empréstimo”. Logo, tendo o imposto sido pago na operação anterior e a mercadoria empregada na industrialização cuja saída foi tributada (fato não trazido ao processo) é assegurado o direito ao crédito fiscal. Entendo que o estabelecimento autuado só não teria direito à utilização do crédito fiscal, caso não houvesse recebimento das mercadorias e emprego na industrialização, o que não foi questionado.

Já o art. 97, IV, “a” do RICMS/BA, trata da vedação do crédito quando a operação de aquisição ou a prestação estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação. Verifico que esta regra não se aplica a operação, visto que a operação de aquisição não é beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, tendo em vista que a saída da mercadoria a qualquer título, inclusive “empréstimo” configura fato gerador do ICMS.

Quanto à alegação da autuante de que foi escruturado como estoque de terceiros, não desqualifica a sua utilização no processo produtivo e o direito ao crédito.

Por tudo que foi exposto, considero que não ficou caracterizada a infração, motivo pelo qual deixo de apreciar o argumento defensivo de não geração de saldo devedor com a exclusão dos créditos fiscais da operação. Infração não caracterizada.”

A Infração 5 foi julgada procedente, porém foi retificada a multa indicada no Auto de Infração, a qual passou de 100% para 60% do valor do imposto lançado. Ao fundamentar a sua Decisão, o ilustre relator assim se pronunciou:

“Com relação ao percentual das multas aplicadas 60% e 100% do valor do imposto cobrado, que o autuado alega que é abusiva, que tem efeito de confisco, verifico que com relação à multa de 60% aplicada nas infrações 2 e 3, as mesmas são previstas no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96 estando sujeitas a reduções de

até 80% conforme disposto no art. 45-A do mencionado diploma legal, de acordo com o Anexo do Demonstrativo de Débito acostado à fl. 7

No que se refere à multa de 100% da infração 4, tipificada no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96, verifico que a natureza das infrações previstas no inciso IV, que foi tipificada na autuação, reporta-se a operação ou prestação sem documentação fiscal; mercadoria encontrada sem documentação fiscal; mercadoria entregue à destinatário diverso do indicado no documento fiscal; quando documento fiscal acobertar, mais de uma vez a operação, emissão de documento fiscal com numeração em duplidade; adulteração de documentos; não emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo; arbitramento, ou quando constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Na situação presente, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados, que culminou com a utilização indevida do benefício fiscal de dilação do imposto a ser pago. Conforme demonstrativo elaborado pela fiscalização, todas as operações de comercialização objeto da autuação foram devidamente registradas nos livros próprios. Dessa forma, a multa deve ser corrigida para 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, "em razão de registro de operação ou prestação tributada ..., na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente" prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96."

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, "a", "1", do RPAF/99, a Primeira Instância recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto do presente Recurso de Ofício a Decisão de primeira instância que julgou improcedente a Infração 1 e que retificou a multa indicada na Infração 5.

Quanto à Infração 1 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente recebimento de mercadorias a título de empréstimo – a primeira instância decidiu que a apropriação dos créditos fiscais estava correta, pois estava baseada no princípio da não-cumulatividade e não havia dispositivo regulamentar que a vedasse.

A Decisão recorrida quanto à Infração 1, a qual foi parcialmente transcrita no Relatório deste Acórdão, está devidamente fundamentada em uma interpretação sistêmica da legislação tributária aplicável ao caso concreto. Conforme foi bem salientado pelo ilustre relator, em conformidade com o princípio da não-cumulatividade, o disposto no artigo 93, I, "b", do RICMS-BA, prevê que constitui crédito de cada estabelecimento, salvo disposição em contrário, o valor do imposto anteriormente cobrado nas aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de matéria-prima destinada à utilização no processo de industrialização de produtos com saída subsequente tributável, sendo que em relação a essas referidas entradas a legislação tributária estadual não traz qualquer vedação à apropriação dos correspondentes créditos fiscais. Em seu bem fundamentado voto, o relator de primeira instância cuidou de demonstrar que os dispositivos regulamentares dados como infringidos pela autuante (artigos 93 e 97, IV, "a", do RICMS-BA) não vedam a utilização do crédito fiscal referente às entradas decorrentes de empréstimos de matéria-prima destinada à industrialização de produtos tributáveis. Dessa forma, não vislumbro qualquer reparo a fazer na Decisão recorrida quanto à Infração 01.

Quanto à retificação da multa indicada na Infração 5, a qual passou de 100% para 60%, também não há reparo a fazer na Decisão recorrida, pois a pena prevista na alínea "a" do inciso VII do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, se adéqua melhor à infração imputada ao recorrido, uma vez que as operações estavam amparadas por notas fiscais idôneas e estavam lançadas nos livros fiscais próprios.

Apesar de a retificação efetuada pela primeira instância estar correta, observo que há um erro material no voto proferido pelo ilustre relator de primeira instância. No antepenúltimo parágrafo da fl. 1479 e ao proferir o seu voto (fl. 1480), o relator faz referência à Infração 4, quando o contexto de seu voto deixa claro que ele estava se reportando à Infração 5. Dessa forma, fica corrigido esse erro material.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0003/09-1, lavrado contra **PLASTCROMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$193.718,08**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a repartição fazendária competente homologar os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS