

A. I. N° - 269182.0006/07-9
AUTUADO - DOW BRASIL NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MARCELO A. DO NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP-DAT/NORTE
INTERNET .. 29.06.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0136-05/09

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. A legislação prevê que em cada período de apuração de imposto, será admitido o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Ficou provado que o autuado se creditou do imposto não considerando a mencionada proporção. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/12/2007, refere-se a exigência de ICMS no valor histórico R\$62.269,64 de imposto, mais multa de 60%, em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta da acusação que o contribuinte se apropriou mensalmente da totalidade dos 1/48 avos do crédito fiscal do ICMS referente às aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, deixando de aplicar sobre esse total o coeficiente obtido da relação entre as saídas tributadas e as saídas totais, conforme determina os incisos II e III do §17 do artigo 93 do Regulamento do ICMS/97.

O autuado, às fls. 158 a 160, impugnou o lançamento tributário, inicialmente frisando que a autuação foi baseada no levantamento fiscal denominado AUDIF 204 – Auditoria do Crédito Fiscal do ICMS e AUDIF 243 – Auditoria das Aquisições de Bens do Ativo Permanente, tendo o autuante efetuado os cálculo do coeficiente que afirma deveria ter sido aplicado pela impugnante, conforme segue:

1- lança na linha ocorrência 2 - Saídas tributadas do demonstrativo, o total dos códigos Fiscais de Operações 5.IX, 6.1X e 6.1X de Vendas ou Revenda de produção própria ou de terceiros para o Estado, para outros estados e para o exterior, respectivamente.

2- lança na linha ocorrência 3 - Saídas Totais do demonstrativo, o total de todos os códigos Fiscais de Operação 5.XX, 6.XX e 6.XX, relativos Vendas ou Revenda de produção própria ou de terceiros para o Estado, para outros estados e para o exterior, respectivamente, além de outras saídas que não configuram as saídas operacionais de produtos do estabelecimento, tais como: 5.915 – Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo – Remessa para conserto, 5.901 – Remessa para industrialização por encomenda, 5.552 – Transferência de bem do ativo imobilizado.

Destaca que, ao considerar as saídas no CFOP's supramencionados estará causando distorções no crédito e afrontando o princípio da não cumulatividade, não sendo o objetivo da norma tributária criar índice cujo critério não tenha nexo. Tanto é que a intenção do legislador é a de atingir a apropriação dos créditos referente às mercadorias empregadas nos produtos isentos ou não tributados e não a de atingir a quaisquer mercadorias.

Frisa que aplica sobre 1/48 avos, 100% como coeficiente, pois todas as mercadorias produzidas e comercializadas estão sujeitas à incidência do ICMS.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 331 a 334, salienta que para a apropriação dos créditos decorrentes de aquisições de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento foi estabelecida uma regra de apropriação, mediante Lei Complementar nº 102/00, § 5º do artigo 20, o qual transcreveu.

Observa que a equiparação às saídas tributárias das exportações é anterior à mesma equiparação concedida às saídas de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos. A expressão total das operações de saídas ou prestações efetuadas, ficando as exceções ao cálculo da proporcionalidade expressamente citadas. Se fosse interesse do legislador a exclusão de determinadas operações ou prestações, como quer a defesa, elas teriam sido incluída no texto legal, a exemplo das saídas de papel destinado à impressão de livros e periódicos, feita somente em 2005, através da Lei Complementar nº 120.

Ressalta que o inciso II do § 5º do artigo 20 da LC 87/96, bem assim o inciso II do § 6º do artigo 29 da Lei Estadual nº 7.014/96 e o inciso II do § 17 do artigo 93 do RICMS/97, c/c o inciso III dos dispositivos citados, dizem expressamente que não será admitido o creditamento dos 1/48 avos do montante do crédito de ICMS decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo permanente em relação à proporção das operações de saídas isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse realizada revisão por estranho ao feito, no sentido de:

1- Verificar se no levantamento realizado pelo autuante, folhas 17 e 18 dos autos, no item “3 - Saídas Totais”, foram incluídos valores referente às saídas relativas à remessa para conserto ou reparo e remessa para industrialização.

2- Em caso positivo, os valores correspondentes fossem abatidos da planilha, folha 17 e 18, devendo ser elaborado novo levantamento fiscal, utilizando a mesma metodologia adotada pelo autuante.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 204/2008 às fls. 338 a 340 dos autos, após descrever o que foi pedido pela Junta, o procedimento do autuado e do autuante, informa que verificou “in loco”, os livros e demais documentos do contribuinte, referente ao período autuado, constatando-se que dos valores considerados na planilha do autuante, item 3 – Saídas Totais, fls. 17/18, estão inclusos valores referente CFOP 5.915 – Remessa de mercadorias ou bem para conserto ou reparo e CFOP – 5.901 – Remessa para industrialização por encomenda, exceto no exercício de 2002 e alguns meses dos exercícios seguintes conforme se verifica na planilha analítica, fls. 343/348 e cópias de nota fiscais que anexou por amostragem, fls. 352/399, tendo elaborado novo demonstrativo, fl. 349, tomando por base a planilha do autuante, reduzindo o débito para R\$ 36.351,93.

O autuado em nova manifestação defensiva, fls. 411/415, após receber cópia do resultado da diligência, salienta que a conclusão a que chegou aquele órgão, data vênica, encontra-se equivocada, e em resposta aquela assessoria o autuado informou à folha 342 que:

‘Aproveitando o ensejo, elaborei planilha que denominei “PLANILHA DEMONSTRATIVA MENSAL DOS CFOP’S - 5.552, 5.556, 5.557, 5.901, 5.915, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901, 6.949, 6.556 - DADOS DO LIVRO DE APURÇÃO DO ICMS” e a planilha denominada “DESCRIÇÃO DAS CLASSIFICAÇÕES FISCAIS RELATIVA AS OPERAÇÕES DE REMESSAS E DEVOLUÇÃO DE REMESAS E COM BENS DO ATIVO IMOBILIZADO / USO E CONSUMO”, as quais contém todos os valores e os CFOP’s, respectivamente, que a Requerente exclui para fins da apuração da base de cálculo do crédito sobre o ativo imobilizado, haja vista que tratam-se de remessa/retorno/devolução de mercadorias destinadas a uso e consumo, ativo imobilizado que não são mercadorias empregadas nos produtos isentos os não tributados.’

Frisa que as operações supracitadas apesar de representarem saídas física, não representam transmissão de propriedade / titularidade, por exemplo, os bens do ativo imobilizado transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa previsto no CFOP 5.552, bem como as remessas / devoluções de vasilhame ou sacaria. Dessa forma, além de excluir os CFOP's 5.915 e 5.901 a ASTEC deveria excluir as demais operações informadas pela Requerente, haja vista a impropriedade daqueles operações fazerem parte da apuração do índice de crédito dos bens do ativo imobilizado.

Ressalta que tal entendimento não é só do autuado, também em outras decisões o E. CONSEF, transcrevendo trechos do *ACÓRDÃO CJF Nº 0304-12/08*.

Conclui que ante as razões acima delineadas faz-se necessário a determinação do E. CONSEF para que seja efetuada a exclusão dos CFOP's 5.552, 5.556, 5.557, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901, 6.949 e 6.556 para fins de determinação do cálculo do índice de crédito de ativo imobilizado, *como medida da melhor interpretação a respeito do artigo 33 da Lei Complementar 87/96 e do artigo 93 do RICMS-BA/97*.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta da acusação que o contribuinte se apropriou mensalmente da totalidade dos 1/48 avos do crédito fiscal do ICMS referente às aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, deixando de aplicar sobre esse total o coeficiente obtido da relação entre as saídas tributadas e as saídas totais, conforme determina os incisos I e II do § 17 do artigo 93 do Regulamento do ICMS/97.

De acordo com o art. 93, § 17 do RICMS/Ba, com a redação dada pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00. DOE de 30 e 31/12/00), efeitos a partir de 01/01/01, constitui 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, entre outras hipóteses, o uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições:

“I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;”

Em sua defesa o sujeito passivo requereu que fossem excluídos, das planilhas que apurou os coeficientes obtidos das relações entre as saídas tributadas e as saídas totais, os CFOP's 5.915 – Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo – Remessa para conserto, 5.901 – Remessa para industrialização por encomenda, 5.552 – Transferência de bem do ativo imobilizado, argumentando que as operações supracitadas apesar de representarem saída física, não representam transmissão de propriedade dos bens.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal, entendeu que deveria ser convertido o PAF em diligência para que verificasse se no levantamento realizado pelo autuante, folhas 17 e 18 dos autos, no item “3- Saídas Totais”, foram incluídos valores referente às saídas relativas à remessa para conserto ou reparo e remessa para industrialização e, em caso positivo, os valores correspondentes deveriam ser abatidos da planilha, folha 17 e 18, devendo se elaborado novo levantamento utilizando a mesma metodologia adotada pelo autuante.

A diligência realizada pela ASTEC comprovou que o autuante incluiu na planilha de folhas 17 e 18 dos autos, no item “3- Saídas Totais”, valores referente às saídas relativas às operações acima citadas, tendo refeito o levantamento com as exclusões dos respectivos valores.

Em nova manifestação defensiva o sujeito passivo requereu que fossem excluídos as operações com os CFOP's CFOP 5.552, 5.556, 5.557, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901, 6.949 e 6.556

Os CFOP's solicitados para serem excluídos são relativos às operações abaixo indicadas:

5.552- bens do ativo imobilizado transferido para outro estabelecimento da mesma empresa;

5.556 – devolução de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, cuja entrada tenha sido classificada no código “1.556 – Compra de material para uso ou consumo”;

5.557 – materiais de uso e consumo transferido para outro estabelecimento da mesma empresa;

5.916 – remessas em devolução de mercadorias ou bens recebidos para conserto ou reparo;

5.920 – remessas de vasilhame ou sacaria;

5.921- saídas por devolução de vasilhame ou sacaria;

5.949 – saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores;

6.901- remessas de insumos remetidos para industrialização por encomenda, a ser realizada em outra empresa ou em outro estabelecimento;

6.949 - saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores;

6.556 - devolução de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, cuja entrada tenha sido classificada no código “2.556 – Compra de material para uso ou consumo”;

Observe que o único CFOP que o autuado tinha requerido sua exclusão na impugnação inicial foi o 5.552- bens do ativo imobilizado transferido para outro estabelecimento da mesma empresa, sendo que os demais somente foram questionados após o sujeito passivo receber cópia do resultado da diligência realizada pela ASTEC.

Em relação ao CFOP 5.552 (bens do ativo imobilizado transferido para outro estabelecimento da mesma empresa) entendo que deve ser mantido no cálculo da apuração das saídas totais, uma vez que essas saídas ocorrem com mudança de titularidade de um estabelecimento para outro, ambos com inscrição independente, e foram realizadas sem previsão de retorno ao estabelecimento remete, ou seja, ocorreu a saída física, houve a mudança da propriedade e foi em caráter definitivo, pois não há intenção de retorno dos bens em questão. Ressalta que tal entendimento já foi manifestado em outra decisão pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante ACÓRDÃO CJF Nº 0304-12/08, conforme abaixo:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0304-12/08

...

VOTO VENCEDOR

...

Nas regras pertinentes à vedação dos créditos, contida no art. 20, § 3º, incisos I e II, e 5º, inc. II, da LC nº 87/96, há que se levar em conta, tão somente, no cálculo da proporção, as saídas dos produtos resultantes da industrialização ou adquiridos para comercialização, além das saídas em definitivo, por desincorporação de bens

*ou alienação de mercadorias. Ressaltamos **que o sistema prima sempre pela idéia da saída em definitivo, a qualquer título, venda, doação, etc.** As saídas a ‘título precário’, a exemplo de remessa para conserto e para industrialização, remessas para depósito fechado; destinadas a venda através de veículos etc, não podem ser consideradas no cálculo da proporção. Pelos simples fato que essas ‘operações’ são meras saídas físicas, **continuando os bens ou mercadorias vinculados ao acervo do estabelecimento remetente.**”(Grifo nosso)*

Em relação aos demais códigos, o autuado apenas alegou que foram incluídos no levantamento, após receber o resultado da diligência realizada pela ASTEC, como já dito acima, porém não apresentou nenhum documento, nem mesmo á título de amostragem, para comprova sua alegação de que teria sido incluído no levantamento. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, acolho integralmente o resultado da diligência realizada pela ASTEC consignado no PARECER TÉCNICO Nº 204/2008 às fls. 338 a 340 dos autos e novo demonstrativo, fl. 349, tomando por base a planilha do autuante, reduzindo o valor para R\$ 36.351,93.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$36.351,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269182.0006/07-9**, lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 36.351,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ– JULGADORA