

PROCESSO - A. I. Nº 269362.1101/08-6
RECORRENTE - QUALIMAR COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0160-01/09
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 09/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0158-12/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. Apesar de o contribuinte fazer jus ao crédito fiscal à razão de 1/48 mensalmente, a glosa dos créditos foi efetuada em sua totalidade, desconsiderando, assim, as parcelas às quais o contribuinte já tinha direito. A infração é nula, por falta de segurança na determinação do montante devido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando os materiais são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Excluídas da autuação as aquisições que não se enquadravam como bens de consumo. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$ 39.460,49, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de outubro de 2006, sendo exigido o valor de R\$ 11.847,86, acrescido da multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que *“No mês de outubro de 2006 o contribuinte utilizou créditos de meses anteriores (R\$ 11.847,86) referente a mercadorias destinadas ao ativo imobilizado sem considerar os requisitos impostos pelo parágrafo 17 do Artigo 93 do RICMS-BA/97 (apropriação do crédito em 48 parcelas mensais)”*.
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março a dezembro de 2006 e de abril a outubro e dezembro de 2007, sendo exigido o valor de R\$ 27.612,63, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à Infração 1, afirmou que não houve utilização indevida de crédito fiscal, pois possuía saldo credor e já tinha efetuada a retificação de seus registros fiscais. Quanto à Infração 2, alegou que não adquiriu os bens em questão como consumidor final, daí não ser cabível a cobrança do diferencial de a

Na informação fiscal, o autuante, em relação à Infração 1, disse c
em seu pleito, pois, mesmo com o estorno do valor do crédito inde
credor em todo o período. Afirmou que essa infração deveria ser cc

como ressaltou que o livro Registro de Apuração do ICMS deveria ser corrigido. Quanto à Infração 2, sustentou que, para todos os efeitos legais, era o próprio autuado que consumia as mercadorias objeto dessa infração e, assim, era o responsável pelo pagamento da diferença de alíquota cobrada.

Na Decisão recorrida, a Infração 1 foi julgada procedente sob o argumento de que a acusação estava comprovada e que a simples compensação com o saldo credor não equacionava o problema, já que o autuado não tinha carregado aos autos comprovação da efetiva correção de sua escrita fiscal. A Infração 2 também foi julgada procedente, uma vez que os produtos arrolados na autuação eram empregados na atividade desenvolvida pelo autuado, porém não integram o produto final, como exigia a legislação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJE, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, referindo-se à Infração 1, afirma que não causou prejuízo ao erário estadual, pois o crédito fiscal nunca fora utilizado, haja vista que possuía saldo credor de ICMS desde o período fiscalizado até a presente data. Frisa que esse também foi o entendimento do autuante na informação fiscal. Às fls. 65 a 68, o recorrente acostou fotocópia de seu livro Registro de Apuração de ICMS com o objetivo de comprovar que efetuou o ajuste referente ao crédito fiscal utilizado indevidamente.

Quanto à Infração 2, o recorrente inicialmente explica que a exigência do diferencial de alíquota está respaldada no artigo 155, § 2º, incisos VII, alínea “a”, e VII, da Constituição Federal, o qual prescreve que apenas há obrigatoriedade do recolhimento quando, concomitantemente, ocorrerem esses três requisitos: a aquisição do bem decorrer de uma operação interestadual; o adquirente for contribuinte do imposto; e, o contribuinte tiver adquirido o bem na condição de consumidor final.

Define a expressão “Consumidor Final” à luz do entendimento da equipe técnica da Price Waterhouse e de juristas, para corroborar sua tese de que os bens questionados não foram adquiridos para consumo não produtivo, mas para utilização direta no seu processo de produção, já que remetidos para manutenção e armação de seus barcos de pesca, os quais, por definição legal – art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 221/67 – são considerados bens de produção. Ressalta que esses bens são contabilizados como “custo de produção”, integrando, consequentemente, o custo final dos seus produtos, objeto de sua atividade econômica que consiste na captura, beneficiamento, industrialização e venda de lagostas, camarões e peixes. Diz que não adquire os referidos bens como consumidor final e, portanto, não é cabível a cobrança em tela.

Aduz que o previsto na cláusula primeira do Convênio ICM 33/77, cujo teor transcreveu, isenta de ICMS as embarcações, suas peças, partes e componentes de reposição. Diz que, dessa forma, as remessas de peças, partes e componentes adquiridos na manutenção e armação dos barcos da empresa estão contempladas com a referida isenção. Nessa linha, transcreve o art. 7º do RICMS-BA/97, que dentre outras hipóteses, prevê a isenção decorrente de convênio, para arrematar sua argumentação de que não tem o dever de recolher qualquer tipo de diferencial de alíquota. Ressalta que, segundo seu entendimento, só se tributa a aquisição de bens de consumo não produtivo, ou seja, os bens consumidos em atividades alheias ao processo produtivo do estabelecimento.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que o Auto de Infração venha a ser julgado improcedente.

Ao exarar o Parecer de fl. 75, a ilustre representante da PGE/PROFIS, referindo-se à Infração 1, sugere a conversão do processo em diligência à ASTEC, tendo em vista a documentação apresentada pelo recorrente. Quanto à Infração 2, a Parecerista explica que o Convênio ICM 33/77 não se aplica ao caso em tela, já que a isenção ali prevista se destina a estimular a indústria naval, situação diversa da do recorrente. Diz

destinados à manutenção das embarcações do autuado e, por essa razão, são enquadradas como bens de uso e consumo, sendo vedada a utilização do crédito fiscal respectivo.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF que a diligência sugerida se mostrava desnecessária, tendo em vista que os elementos já existentes nos autos eram suficientes para a formação do convencimento sobre a matéria em análise, uma vez que o recorrente tinha apresentado a documentação que tinha sido citada pela primeira instância.

Ao exarar o Parecer de fl. 78V, a ilustre representante da PGE/PROFIS, doutora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo provimento do Recurso Voluntário, para que seja reconhecida a existência do crédito fiscal relativamente à Infração 1, ficando reiterados os argumentos pelo improvimento do Recurso Voluntário quanto à Infração 2.

A doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, Procuradora do Estado, em despacho à fl. 78v, ratifica o Parecer da lavra da doutora Maria Dulce B. Costa “que propõe o Improvimento do Recurso Voluntário e ratifica o Parecer de fls. 74”.

VOTO

Trata a Infração 1 da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

O autuado, ora recorrente, alega que não utilizou o crédito fiscal em questão, pois possuía saldo credor em todo o período abrangido pela ação fiscal. Na informação fiscal, o autuante acatou o argumento do contribuinte, porém salientou que deveria ser efetuado o correspondente ajuste no livro fiscal do contribuinte. A Primeira Instância decidiu pela procedência desse item do lançamento, sob o argumento de que não tinha sido trazido ao processo prova do ajuste da escrita fiscal. Em fase recursal, o contribuinte acostou ao processo fotocópia do livro Registro de Apuração de ICMS, mês de dezembro de 2007, onde consta o ajuste do valor que foi lançado indevidamente. A representante da PGE/PROFIS opina pelo provimento do Recurso, para que seja reconhecida a existência do crédito fiscal relativo à infração em tela.

Do confronto do demonstrativo de fl. 7 com a fotocópia do livro Registro de Apuração de ICMS de fl. 8, depreende-se que nos meses de março e maio de 2005 o recorrente efetuou aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, tendo se apropriado da totalidade do crédito fiscal correspondente a essas aquisições em outubro de 2006, sem observar a razão mensal de 1/48, prevista no § 17º do art. 93 do RICMS-BA.

De acordo com o disposto no § 17 do artigo 93 do RICMS-BA, a apropriação do crédito fiscal referente a aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado será feita à razão mensal de um quarenta e oito avos. Ao lançar o crédito fiscal no mês de outubro de 2006 sem observar a razão 1/48, ficou caracterizada a utilização indevida de crédito fiscal que foi imputada ao recorrente. No entanto, a forma utilizada pelo autuante para apurar a infração e o valor devido não obedeceu ao devido processo legal, haja vista que não foi considerado que o recorrente, ao registrar o crédito fiscal pela sua totalidade, já fazia jus a uma parcela do referido crédito, observando a proporcionalidade das suas operações de saídas tributáveis realizadas no período.

Desse modo, a forma como foi conduzida a ação fiscal não obedeceu o devido processo legal, acarretando incerteza na determinação do débito tributário. Assim, esse item do lançamento é nulo, ao teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Deverá a repartição fazendária competente providenciar que seja refeita a ação fiscal quanto a esse item do lançamento, a salvo de falhas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

Quanto à Infração 2 – falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias do próprio estabelecimento –, observo que os argumentos trazidos pelos mesmos apresentados na defesa inicial, os quais já foram apreciados e fundamentados pela primeira instância.

O recorrente não nega que tenha deixado de recolher o diferencial de alíquota em questão, porém sustenta que a cobrança indevida, pois ele não era o consumidor final das mercadorias.

Conforme foi ressaltado na informação fiscal, as mercadorias discriminadas no demonstrativo de fls. 9 a 12 (redes, fions de nylon, peças para motor, cordas, varas de bambu, resinas, sacos de ráfia, sacos plásticos, bóias, iscas, embalagens térmicas) não foram objetos de operações de saídas realizadas pelo recorrente e, portanto, foram consumidas ou usadas no próprio estabelecimento. Também não há como se classificar essas mercadorias em questão como produtos empregados no processo produtivo do recorrente, uma vez que o seu ramo de atividade é o comércio atacadista de pescados e frutos do mar e, dessa forma, essas mercadorias não integram os produtos comercializados na condição de elementos indispensáveis à sua produção.

No que tange ao Convênio ICMS 33/77, não há como prosperar a alegação recursal, uma vez que a isenção ali tratada é destinada à indústria naval, situação na qual o recorrente não se enquadra.

Todavia, ao confrontar o demonstrativo de fls. 7 com o de fls. 9/12, observo que os bens considerados na Infração 1 como sendo destinados ao ativo imobilizado (redes de nylon, corda de nylon e fios de nylon) foram classificados, na Infração 02, como sendo de uso e consumo. Há, portanto, uma incongruência entre as acusações. Tendo em vista o ramo de atividade do recorrente e classificação dada a esses citados bens na Infração 01, depreendo que esses bens se classificam como pertencentes ao ativo imobilizado e, para manter coerência com a acusação feita no Auto de Infração, excludo desse item do lançamento as operações referentes a aquisições de rede, corda e fios de nylon, devendo a INFAZ Eunápolis providenciar nova ação fiscal para cobrar o diferencial de alíquota sob a acusação de serem os referidos bens destinados ao ativo imobilizado.

Após as devidas exclusões, o valor devido na Infração 2 passa de R\$ 27.612,63 para R\$ 8.497,07, conforme demonstrado a seguir.

Exercício de 2006: Os débitos referentes aos meses de março, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro passam para, respectivamente, R\$ 1.694,61, R\$ 1.321,72, R\$ 1.487,73 R\$ 814,27, R\$ 400,48, R\$ 0,00 e R\$ 22,67, mantendo-se inalterados os valores devidos nos meses demais meses. A seguir, demonstrativo dos meses em que houve modificação do débito:

N. FISCAL	DATA	PRODUTOS	DIF. ALÍQ.
323.461	14/03/06	REDES	R\$ 0,00
323.465	14/03/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
1.685	23/03/06	PEÇAS P/ MOTOR	R\$ 152,93
324.383	23/03/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
673	27/03/06	CORDA	R\$ 0,00
197	27/03/06	VARA BAMBU	R\$ 24,41
39.618	27/03/06	RESINAS	R\$ 83,07
26.002	29/03/06	SACOS RAFIA	R\$ 6,20
235	29/03/06	CHUMBO PESCA	R\$ 1.428,00
TOTAL DO MÊS DE MARÇO DE 2006			R\$ 1.694,61

172.604	12/04/06	CORDA	R\$ 0,00
2.307	17/04/06	BOIAS	R\$ 733,72
1.997	20/04/06	ISCAS	R\$ 588,00
TOTAL DO MÊS DE ABRIL DE 2006			R\$ 1.321,72

2.333	02/05/06	BOIAS	R\$ 170,00
20.153	04/05/06	EMB. TÉRMICA	R\$ 393,00
28.029	04/05/06	SACOS PLÁSTICOS	R\$ 71,75
173.216	05/05/06	CORDA	R\$ 0,00
1.962	18/05/06	PEÇAS P/ MOTOR	R\$ 145,24
2.377	23/05/06	BOIAS	R\$ 111,38
1.998	25/05/06	PEÇAS P/ MOTOR	R\$ 194,36
173.839	25/05/06	CORDA	R\$ 0,00
20.267	30/05/06	BEM. TÉRMICA	R\$ 348,00
29.271	29/05/06	SACOS PLÁSTICOS	R\$ 54,00
TOTAL DO MÊS DE MAIO DE 2006			R\$ 1.487,73

N. FISCAL	DATA	PRODUTOS	DIF. ALÍQ.
332.358	29/06/06	BOIAS	R\$ 42,20
2.105	30/06/06	PEÇAS MOTOR	R\$ 33,39
20.401	03/07/06	EMB. TÉRMICAS	R\$ 393,00
30.815	03/07/06	SACO PLÁSTICO	R\$ 30,38
332.708	03/07/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
30.957	05/07/06	BOIAS	R\$ 63,70
332.800	04/07/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
332.905	05/07/06	REDES	R\$ 0,00
332.984	06/07/06	REDES	R\$ 0,00
333.487	12/07/06	REDES	R\$ 0,00
333.546	13/07/06	REDES	R\$ 0,00
2.477	19/07/06	BOIAS	R\$ 224,40
31.939	25/07/06	SACO PLÁSTICO	R\$ 27,20
TOTAL DO MÊS DE JULHO DE 2006			R\$ 814,27

335.717	15/08/06	REDES	R\$ 0,00
335.691	15/08/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
20.618	18/08/06	BEM. TÉRMICA	R\$ 365,40
33.201	19/08/06	SACO PLÁSTICO	R\$ 35,08
336.148	22/08/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
336.467	24/08/06	REDES	R\$ 0,00
TOTAL DO MÊS DE AGOSTO DE 2006			R\$ 400,48

338.931	29/09/06	FIOS DE NYLON	R\$ 0,00
338.938	29/09/06	REDES	R\$ 0,00
TOTAL DO MÊS DE OUTUBRO DE 2006			R\$ 0,00

342.230	09/11/0		
39.011	29/11/0		
TOTAL DO MÊS DE N			

Exercício de 2007: Os débitos referentes aos meses de abril, junho e dezembro não subsistem, mantendo-se inalterados os valores referentes aos demais meses. A seguir, demonstrativos dos meses em que houve mudança do débito:

N. FISCAL	DATA	PRODUTOS	DIF. ALÍQ.
352.602	28/03/07	REDES	R\$ 0,00
TOTAL DO MÊS DE ABRIL DE 2007			R\$ 0,00

N. FISCAL	DATA	PRODUTOS	DIF. ALÍQ.
184.699	06/06/07	CORDAS	R\$ 0,00
TOTAL DO MÊS DE JUNHO DE 2007			R\$ 0,00

N. FISCAL	DATA	PRODUTOS	DIF. ALÍQ.
370.424	31/11/07	FIO DE NYLON	R\$ 0,00
TOTAL MÊS DE DEZEMBRO DE 2007			R\$ 0,00

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULA a Infração 1 e PROCEDENTE EM PARTE a Infração 2.

Após efetuadas as devidas correções, o débito remanesce, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Vlr. Histórico	Multa (%)	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado-CJF
1	1	31/10/2006	09/11/2006	17	11.847,86	60	11.847,86	0,00
2	2	31/03/2006	09/04/2006	17	8.241,93	60	8.241,93	1.694,61
3	2	30/04/2006	09/05/2006	17	2.596,79	60	2.596,79	1.321,72
4	2	31/05/2006	09/06/2006	17	2.282,00	60	2.282,00	1.487,73
5	2	30/06/2006	09/07/2006	17	670,39	60	670,39	670,39
6	2	31/07/2006	09/08/2006	17	4.142,56	60	4.142,56	814,27
7	2	31/08/2006	09/09/2006	17	3.111,17	60	3.111,17	400,48
8	2	30/09/2006	09/10/2006	17	404,48	60	404,48	404,48
9	2	31/10/2006	09/11/2006	17	1.341,12	60	1.341,12	0,00
10	2	30/11/2006	09/12/2006	17	1.327,77	60	1.327,77	22,67
11	2	31/12/2006	09/01/2007	17	274,05	60	274,05	274,05
12	2	30/04/2007	09/05/2007	17	303,56	60	303,56	0,00
13	2	31/05/2007	09/06/2007	17	177,28	60	177,28	177,28
14	2	30/06/2007	09/07/2007	17	1.463,44	60	1.463,44	0,00
15	2	31/07/2007	09/08/2007	17	604,77	60	604,77	604,77
16	2	31/08/2007	09/09/2007	17	127,50	60	127,50	127,50
17	2	30/09/2007	09/10/2007	17	184,54	60	184,54	184,54
18	2	31/10/2007	09/11/2007	17	312,58	60	312,58	312,58
19	2	31/12/2007	09/01/2008	17	46,70	60	46,70	0,00
TOTAL					39.460,49		39.460,49	8.497,07

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269362.1101/08-6, lavrado contra **QUALIMAR COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.497,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS