

A. I. N.º - 206957.3212/08-0
AUTUADO - LIZMETAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS CRISPIM SILVA NUNES
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 17.03.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0058-04/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS DESTINADAS A USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Restou comprovado que parte dos materiais foram empregados na elaboração de produtos. Infração subsistente em parte. **b)** ENTRADA DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE. Documento juntado ao processo comprova que foi utilizado integralmente parte do crédito fiscal relativo a bens destinados ao ativo imobilizado quando o correto teria sido a apropriação proporcional em 48 parcelas. Infração elidida em parte. **c)** SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATORIO. Documentos juntados com a defesa comprovam a regularidade de parte dos créditos fiscais. Infração elidida em parte. **d)** RELATIVO À MERCADORIA QUE NÃO DEU ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Documentos juntados com a defesa comprovam a regularidade das operações. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não comprovado a ocorrência do fato gerador. Infração improcedente. Rejeitado o pedido de diligência ou revisão fiscal. Não acatadas as nulidades suscitadas e decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/12/08 exige ICMS no valor de R\$133.415,71, acrescido das multas de 60% e 150% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento - R\$9.445,18.
02. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$13,33.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento - R\$3.850,00.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito - R\$81.901,73.
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria ou serviço não ter sido prestado - R\$38.205,47.

O autuado apresenta impugnação (fls. 33/44) inicialmente discorre sobre as infrações e requer a nulidade da autuação sob o argumento de não ter sido fornecido os elementos necessários para exercer o seu direito de defesa, visto que não há menção das notas fiscais ou outros documentos contábeis especificando as mercadorias objeto dos itens das infrações.

Questiona quais notas fiscais e documentos culminaram em infrações, a exemplo do valor de R\$29.770,41 com data de ocorrência de 30.09.04 na infração 5, bem como o DAE relacionado à fl. 24 relativo ao exercício de 2008 que não tem pertinência com os exercícios fiscalizados (2003/2005).

Atenta ainda, que inexiste assinatura do autuante no Auto de Infração, o que contraria o disposto no art. 39 do RPAF-BA.

Ressalta que conforme previsto no art. 333 do CPC o ônus da prova é da fiscalização e requer a nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18, II e IV do citado diploma legal e caso não seja este o entendimento do órgão Julgador, “que a fiscalização seja instada a apresentar o necessário detalhamento das supostas infrações apuradas e que lhe seja dado conhecimento para apresentação de nova defesa”.

No mérito, ainda em sede preliminar, afirma que foi notificado da autuação em 10.02.09 e que de acordo com o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN) o prazo decadencial para o Fisco efetivar o lançamento de ofício é de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador. Entende que todos os créditos constituídos antes de 10.02.04 relativos às infrações 1, 3 e 4 encontram-se alcançados pela decadência.

Argumenta que caso a Junta de Julgamento entenda aplicar o disposto no art. 173, I do CTN que fixa como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ainda assim haveria créditos alcançados pela decadência considerando a constituição do crédito fiscal em 10.02.09.

No tocante à infração 1, esclarece que conforme contrato social atua no ramo de fabricação e comércio de equipamentos industriais, prestando serviços de montagem e manutenção de equipamentos. Informa que na montagem de guias são empregados diversos materiais, a exemplo de ferros, chapa metálica, cabo de aço, parafuso, porca, solda, vedantes, etc, produtos estes que a fiscalização considerou de uso e consumo e consequentemente crédito indevido de ICMS.

Exemplifica as notas fiscais 86088 e 680 do mês de janeiro de 2003, relativas à compra de capas de aço, cabos de aço, oxigênio, dióxido de carbono e cantoneiras, que são utilizados na produção de guias integrando o processo produtivo e que foi glosado o crédito fiscal correspondente por terem sido classificados como bens de uso ou consumo pela fiscalização. Da mesma forma a nota fiscal 172566 relativa à compra de pino galvanizado, porca galvanizada e conjunto de vedação, exceto cadeado e telhas, os demais componentes foram utilizados na produção de guias.

Argumenta que a fiscalização cometeu um equívoco ao classificar os citados bens como de uso e consumo e requer a realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito para aferir a utilização de cada material no seu processo produtivo.

Relativamente às infrações 2, 3 e 4, afirma que diante da deficiência da autuação não conseguiu identificar junto a contabilidade quais notas fiscais foram utilizadas na apuração dos valores autuados o que reforça o pedido de nulidade, decadência ou que a fiscalização seja instada a apresentar de forma detalhada as supostas infrações.

Quanto à infração 5, argumenta que a falta de elementos dificulta o exercício da defesa. Entretanto após a realização de pesquisa junto à contabilidade, foi possível localizar as notas fiscais correspondentes juntadas ao processo intitulado como doc. 6. Diz que para efeito de divulgação, eventualmente envia guias para demonstração e exposição em feiras e eventos de construção civil realizados em outros Estados.

Afirma que em relação à ocorrência de 30.09.04 onde foi glosado o , uma guia enviada para exposição na cidade de Fortaleza-CE e que

construtora Marquise S.A. conforme nota fiscal 043 de 13.09.04 o que pode ser comprovado por meio da nota fiscal 4336 emitida pela SEFAZ do Estado do Ceará na qual está registrado o valor acima indicado relativo à devolução “fictícia” da grua ao Estado da Bahia. Alega que o crédito fiscal glosado pela fiscalização refere-se a uma entrada ficta que de fato se referiu a uma devolução da grua enviada para demonstração que posteriormente foi vendida, tudo conforme registros fiscais e contábeis.

Com relação às demais ocorrências, informa que com exceção da ocorrida em 30.06.05 conseguiu localizar todas as notas fiscais de mercadorias que efetivamente deram entrada no seu estabelecimento, não havendo utilização indevida de crédito fiscal. Requer que se não decretada a nulidade desta infração que a mesma seja julgada improcedente.

Por fim requer a nulidade do Auto de Infração, improcedência ou a decadência dos créditos relativos às infrações 3 e 4. Solicita que a fiscalização seja instada a apresentar detalhamento das supostas infrações apuradas.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 198/200) inicialmente esclarece que deu início aos trabalhos de fiscalização no quarto trimestre de 2008 verificando inicialmente as importações até 2008 e no decorrer da fiscalização a empresa entrou em férias coletivas o que dificultou a continuidade dos trabalhos.

Informa que após contato com o Contador (Nilton) visitou a empresa para conhecer o processo produtivo e identificar a aplicabilidade dos bens adquiridos, o que foi impossibilitado pelo encarregado da segurança devido às férias coletivas da empresa, motivo pelo qual diante da eminência de prescrição do exercício de 2003 concluiu os trabalhos com base nos relatórios de entradas, saídas e apuração do ICMS constante das DMAs apresentadas pela empresa.

Admite que diante da discussão e comprovação documental juntada com a defesa, o processo deve ser ajustado de forma que a impugnante seja “compelida a pagar apenas o que devido for”.

No mérito afirma que após a juntada da defesa compareceu ao estabelecimento autuado para conhecer o processo produtivo e intimou a empresa para apresentar livros e documentos fiscais.

Informa que a empresa refez toda a sua escrita fiscal (fls. 208/297) e retificou todas as DMAs de 2003 a 2005 que foram transmitidas em março/09 (fls. 299/334). Ressalta que os dados constantes dos livros recém escriturados diferem dos dados constantes dos relatórios que foram apresentados quando da fiscalização, mas que os dados atuais são “coerentes e compatíveis com os documentos fiscais e contábeis apresentados”, inclusive não havendo ICMS a pagar no período de 2003 a 2005, embora tenha havido recolhimentos relativos a vários períodos de apuração.

No tocante a infração 1, afirma que com base nos documentos juntados com a defesa resta devido o valor de R\$183,00 relativo à nota fiscal 7282 de agosto/03 e o valor de R\$29,68 relativo ao período de julho/04 referente a nota fiscal 77414 (fls. 337/338).

Com relação à infração 2, concorda que a exigência é indevida, pela inexistência de fato gerador. Relativamente à infração 3, argumenta que a exigência deve ser mantida com valor de R\$378,36 relativo a nota fiscal 2737 de fevereiro/03 (fl. 336).

Quanto à infração 4, relativa à utilização de outros créditos escriturados sem a devida comprovação, diz que deve ser mantido “para os novos valores e períodos de apuração, totalizando R\$3.502,03, conforme demonstrativo que compõe a folha 201”.

No que tange à infração 5, relativa à utilização de créditos de mercadorias sem a devida comprovação através de notas fiscais, afirma que diante dos documentos fiscais apresentados e livros refeitos a exigência fiscal revelou-se indevida face a inexistência de fatos geradores. Esclarece que quanto ao valor de R\$29.770,41 citado no item 6 da defesa, identificado no demonstrativo à fl. 26 como devolução de vendas, foi devidamente comprovado que se trata de operação de remessa para demonstração e posterior faturamento (fl:

Ressalta que o cruzamento de informações contidas em livros fiscais com o sistema SINTEGRA relativo aos exercícios de 2004 e 2005 evidencia omissão de escrituração de notas fiscais o que será objeto de nova ação fiscal.

Conclui dizendo que após os ajustes, resta devido o valor de R\$4.093,07 e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 343/344) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar caso quisesse, o que não ocorreu no prazo legal.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não foram fornecidos elementos necessários ao exercício do direito de defesa ou que a fiscalização fosse instada a detalhar as supostas infrações. Não acato a nulidade pretendida pelos seguintes motivos:

1. Na informação fiscal o autuante acatou parte dos documentos fiscais apresentados com a defesa e detalhou os remanescentes, tendo sido científica a empresa o que possibilitou exercer o seu direito de defesa com a entrega de novos demonstrativos;
2. Apesar da inexistência de demonstrativos relativos a algumas infrações o que conduziria a sua nulidade, havendo possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deve prevalecer a declaração da improcedência o que será apreciado quando do mérito;

Com relação à falta de assinatura do autuante no Auto de Infração, constato que a via juntada à fl. 2 do processo está devidamente assinada em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/BA, a empresa compreendeu a infração e se defendeu.

Quanto ao pedido de realização de diligência para averiguar na sua escrituração se ocorreu ou não operação de comercialização objeto da autuação, observo que com a juntada de documentos com a defesa, o próprio autuante esclareceu que para prestar a informação fiscal fez diligência à empresa e averiguou a escrituração nos livros fiscais, tendo inclusive juntado cópias ao processo. Por isso, considero desnecessária a realização da diligência.

No mérito, ainda em sede preliminar, invocou que os fatos geradores ocorridos até 10/02/04 foram atingidos pela decadência (art. 150, § 4º CTN), tendo em vista que foi notificado da autuação em 10.02.09 e que caso a Junta de Julgamento entendesse aplicar o disposto no art. 173, I do CTN que fixa como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte, ainda assim haveria créditos alcançados pela decadência.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada tendo em vista que lançamento de ofício foi realizado em 29/12/09, com ciência do autuado em 10/02/09.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação, podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que:

tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos fatos geradores ocorridos entre o período de 01/01/03 a 31/12/03 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/09.

Com relação à data da constituição do crédito fiscal em 10.02.09 observo que o lançamento tributário configura ato administrativo vinculado e obrigatório que objetiva verificar os elementos do fato gerador, calcular o valor do crédito tributário e identificar o sujeito passivo, tudo conforme o art. 142 do CTN caracteriza-se como um direito potestativo, do qual o Estado é o titular. O sujeito passivo *sujeita-se* aos seus efeitos independente de sua vontade e, enquanto não tornar-se exigível o crédito tributário, do sujeito passivo não se exige nenhuma prestação.

O lançamento, como direito potestativo que é, sujeita-se à decadência. Depois de lançado, o crédito tributário, se não pago no prazo (o que caracteriza violação ao direito estatal de receber o tributo), demanda uma ação de cobrança. Esta ação, que se relaciona com o direito a uma prestação (de dar, pagar o valor crédito tributário), sofre os efeitos da prescrição.

Decisões do STF corroboram que: "Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174 do CTN, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco." (Acórdão CJF 015-11/03).

Assim sendo, uma vez constituído o lançamento no âmbito da administração tributária, o seu exercício não fica condicionado ou dependente da adesão da vontade do sujeito passivo, circunstância essa que afasta a necessidade de aposição do ciente no auto de infração para que o lançamento seja considerado existente. Quanto ao requisito de validade do ato, a questão só será apreciada na fase de revisão do lançamento, em procedimento administrativo ou judicial, ficando sobrestada a possibilidade de qualquer constrição do patrimônio do contribuinte enquanto não decididas às impugnações e recursos administrativos.

Conforme se pode verificar na peça inaugural do processo, o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/08, portanto, dentro do quinquênio previsto para que a Administração formalizasse a exigência do tributo.

Com relação à infração 1, na defesa apresentada o autuado alegou que os produtos considerados como material de uso ou consumo (ferros, chapa metálica, cabo de aço, parafuso, porca, solda, vedantes) são empregados na produção de bens (gruas) destinadas a comercialização.

Na informação fiscal, o autuante diligenciou a empresa e reconheceu o equívoco de que não se tratava de bens de uso ou consumo e indicou como devido os valores relativos às notas fiscais 7282 e 77414. Constatou que conforme cópia da nota fiscal 4282 juntada à fl. 337 e livro de Registro de Entrada à fl. 203, foi lançado a crédito de agosto/03 o valor integral da compra de bens destinados ao ativo imobilizado de R\$183,00 sendo que a aquisição foi feita em Empresa de Pequeno Porte (SimBahia), sem destaque de ICMS. Também foi escriturado crédito de R\$29,68 referente à nota fiscal 77414 (fl. 338) que o autuante afirmou tratar-se de bens de uso/consumo na informação fiscal e a empresa não contestou após ser cientificada.

Portanto, deve ser mantida a exigência de R\$212,68 conforme demonstrativo apresentado no final do voto. Infração procedente em parte.

Com relação à infração 2, o autuado alegou não ter identificado qual nota fiscal serviu de base de cálculo da autuação o que foi acatado pelo autuante na informação ^{fl. 338¹}

Verifico que a acusação é de falta de antecipação do ICMS relativo à compra interestadual de produto enquadrado no regime de substituição tributária no mês de maio/04. Pela análise dos documentos acostados às fls. 9 a 26 não identifiquei qualquer demonstrativo que indicasse base de cálculo ou documento fiscal pertinente ao valor exigido. Portanto, julgo totalmente improcedente esta infração.

No tocante à infração 3, o autuado alegou também que não identificou quais notas fiscais deram suporte ao lançamento totalizando R\$3.850,00 conforme demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 26. Por sua vez, na informação fiscal o autuante contestou dizendo que devia ser mantido o valor exigido de R\$378,36 relativo à nota fiscal 2737 de fevereiro/03.

Pela análise dos documentos juntados ao processo, verifico que a mencionada nota fiscal cuja cópia foi juntada à fl. 336 refere-se à aquisição de bem destinado ao ativo imobilizado (serra de fita), cujo crédito fiscal poderia ser apropriado em 48 parcelas sucessivas (art. 93, § 17º, do RICMS/BA). Entretanto a cópia da folha do livro Registro de Entrada juntada à fl. 202 demonstra que o crédito fiscal foi apropriado indevidamente de uma só vez integralmente. Dessa forma, deve ser mantida em parte a exigência fiscal totalizando R\$378,36 com fato gerador de 28/02/03. Infração elidida em parte.

Relativamente à infração 4, o autuado na defesa alegou não ter identificado a que documentos fiscais se referiam os valores exigidos. O autuante na informação fiscal disse que após a apresentação dos documentos no momento da informação fiscal resta falta de comprovação totalizando R\$3.502,03 conforme demonstrativo à fl. 201.

Verifico que conforme demonstrativo original elaborado pelo autuante à fl. 26, foram apurados os valores dos créditos fiscais lançados sem a devida comprovação por meio de documento fiscal. Conforme esclarecido na informação fiscal, durante os trabalhos de fiscalização a empresa entrou em férias coletivas o que impossibilitou a verificação dos documentos fiscais por parte do autuante. No momento que foi produzida a informação fiscal, o autuante intimou a empresa para apresentar os documentos comprobatórios em 15/07/09 (fl. 341) e refez o demonstrativo original que resultou em valor devido de R\$3.502,03 (fl. 201). Tendo o autuado sido cientificado da informação fiscal e do demonstrativo (fl. 344) e não tendo contestado o valor remanescente apurado, deve ser mantida em parte a exigência fiscal, conforme sintetizado no demonstrativo de débito apresentado no final do voto. Infração elidida em parte.

Quanto à infração 5, na sua defesa o autuado argumentou também que a falta de elementos dificulta o exercício da defesa e juntou cópias de notas fiscais às fls. 107 a 194 para tentar comprovar a regularidade das operações cujo crédito fiscal foi utilizado.

Por sua vez o autuante na sua informação fiscal reconheceu que os documentos juntados ao processo comprovam a regularidade dos créditos fiscais, inclusive da regularidade do crédito fiscal de R\$29.770,41, identificado no demonstrativo à fl. 26 como devolução de vendas, que se refere à operação de remessa para demonstração e posterior faturamento conforme documentos juntados às fls. 205, 206 e cópia da nota fiscal à fl. 339. Logo, tendo sido comprovado os valores exigidos como de entrada não comprovadas, deve ser afastado na sua totalidade. Infração improcedente.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração totalizando R\$4.093,07 conforme demonstrativo abaixo.

Infração	Data Ocorr	Data Vencto	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Real	Fl.	n. fiscal
1	30/08/03	09/09/03	1.076,47	17,00	60,00	183,00	337	4282
	31/07/04	09/08/04	174,59	17,00	60,00	29,68	338	77414
	Total					212,68		
2								Improcedente
3	Data Ocorr	Data Vencto	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Real	Fl.	
	28/02/03	09/05/03	2.225,65	17,00	60,00			
4	Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Aliq %	Multa	Va		

	31/01/04	09/02/04	7.160,53	17,00	60,00	1.217,29	201	
	28/02/04	09/03/04	2.067,71	17,00	60,00	351,51	201	
	31/03/04	09/04/04	1.943,59	17,00	60,00	330,41	201	
	30/06/04	09/07/04	2.257,41	17,00	60,00	383,76	201	
	31/07/04	09/08/04	2.303,88	17,00	60,00	391,66	201	
	31/08/04	09/09/04	2.403,47	17,00	60,00	408,59	201	
	31/10/04	09/11/04	2.463,59	17,00	60,00	418,81	201	
	Total					3.502,03		
5								Improcedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206957.3212/08-0, lavrado contra **LIZMETAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.093,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a”da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR