

A. I. N° - 271581.0901/09-2
AUTUADO - MPB – MOLDES E PLÁSTICOS DA BAHIA S/A
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 09. 08. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0204-01/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infração acatada. **2.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração não impugnada. **3.** PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. A comprovação de que algumas das exigências se referiam a devoluções de equipamentos recebidos para demonstração, tratando-se, portanto, de saídas não tributáveis, implicou em sua exclusão. Infração parcialmente comprovada. **4.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR. Fato não impugnado. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Vedada a utilização de crédito fiscal de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. A exclusão de mercadorias utilizadas como matéria-prima reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. **5.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. **6.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. A demonstração de que uma parcela das mercadorias era utilizada como matéria-prima reduz o montante do débito, tornando a infração parcialmente caracterizada. Não acatada a arguição de nulidade e indeferidos os pleitos pela realização de diligência e pelo cancelamento da multa relativa à infração 06. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 23/09/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$27.691,53 e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$20.762,30, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes

01 – deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de julho a dezembro de 2004, janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2005, exigindo o imposto no valor de R\$1.075,96, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo “Notas Fiscais de Fornecimento de Refeição a Funcionários” e cópias das notas fiscais;

02 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (declaração e apuração mensal do ICMS), em relação aos meses de janeiro, maio a agosto, novembro e dezembro de 2004, fevereiro a abril e julho de 2005, sendo aplicada a multa de R\$1.540,00;

03 – recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, gerando a perda do direito ao benefício relativo à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de agosto e setembro de 2004, além de julho de 2005, exigindo imposto no valor de R\$15.441,65, acrescido da multa de 60%. Consta que está em conformidade com o Demonstrativo “Apuração do ICMS a Recolher – exercícios de 2004 e 2005” e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS;

04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de setembro e outubro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.794,08, acrescido da multa de 60%. Conforme Demonstrativo “Crédito de ICMS Registrado a Maior” e cópias das notas fiscais e das folhas do livro Registro de Entradas;

05 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março a julho de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$1.233,61, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo “Uso Indevido de Crédito Fiscal” e cópias das folhas do livro Registro de Entradas, que comprovam o uso do crédito;

06 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de outubro a dezembro de 2004, janeiro, abril e maio de 2005, sendo aplicada a multa de 1%, correspondente ao valor de R\$19.222,30, conforme Demonstrativo “Notas Fiscais de Entrada não Registradas na Escrita Fiscal” e cópias das notas fiscais;

07 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de julho e agosto de 2004, e junho a dezembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$8.146,23, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo “Diferença de Alíquota Relativa à Entrada de Material de Consumo de outras UF” e cópias das folhas do livro Registro de Entradas, acostados aos autos.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, impugnou o lançamento de ofício às folhas 116 a 131, salientando que as infrações se referem a fatos objetivos, possibilitando a elisão mediante a apresentação de provas em sentido contrário, as quais comprovarão a correção do seu procedimento, significando inexistir qualquer espécie de sonegação fiscal.

Consigna que de acordo com o seu estatuto social (doc. 03 – fls. 139 a 143), dedica-se à atividade de industrialização, comercialização, importação e exportação de moldes para injeção plástica, bem como de prestação de serviços de reparos e manutenção de moldes. Enfatiza que busca cumprir rigorosamente todas as suas obrigações, especialmente as tributárias, adotando como princípio não sonegar qualquer valor devido ao erário, de qualquer das esferas. Admite que falhas podem ocorrer, não havendo como imputá-las exclusivamente aos agentes fiscais.

Por esta razão, antes de elaborar a impugnação, examinou minuciosamente a autuação, constatando que são procedentes as infrações 01, 02 e 04 e parcialmente procedentes as infrações 03, 05 e 07, razão pela qual já procedeu ao parcelamento do débito reconhecido, conforme 04 – fls. 144 a 151). Deste modo, verifica-se a sua boa-fé, que impugna

cujas acusações estão em desacordo com a realidade fática e a norma tributária sobre a matéria, o que comprovará ao longo da peça defensiva.

Ataca a infração 03, pugnando pela sua nulidade, uma vez que segundo precedentes do CONSEF, a competência exclusiva para decretação da perda do benefício é do Conselho Deliberativo do Desenvolve, não cabendo essa atribuição a auditoria fiscal, conforme inteligência do art. 18 do Decreto nº. 8.205/02.

Frisa que a fiscalização não poderia determinar, por ato próprio, a perda do benefício do Desenvolve, cobrando o ICMS integralmente do impugnante, e sim representar ao Conselho Deliberativo, informando fato supostamente ensejador da perda do benefício. Só após a eventual decretação da perda do benefício pelo Conselho Deliberativo é que o Auditor Fiscal poderia lançar o ICMS devido, cobrando-o pelo regime normal.

Realça ser essa a interpretação adotada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no julgamento do Auto de Infração nº 207090.0005/06-0, conforme ementa que transcreveu, bem como de trecho do voto vencedor. Esclarece que os dispositivos citados pelo Conselheiro ainda hoje se encontram vigentes, ressaltando apenas que o § 2º do art. 18 do Decreto nº. 8.205/02 passou a ter a redação do antigo § 1º.

Deste modo, de acordo com o entendimento manifestado pela 2ª CJF, a perda do benefício é um ato reservado ao Conselho Deliberativo e, sendo assim, ao decretar a “perda do benefício fiscal” a que o recorrente daquele processo fazia jus, a autuante praticou um ato que extrapolava a sua competência, acarretando a nulidade das infrações 1 e 3, nos termos do disposto no art. 18, inc. I do RPAF/99. Assim, como no presente processo o autuante agiu da mesma forma, requer que a infração 03 seja julgada nula.

Salienta que deve ser observado que parte do período abrangido pela infração já se encontra decaído, devendo ser declarada a extinção do crédito tributário, nos termos do transcrito art. 150, § 4º, c/c art. 156, inciso V do Código Tributário Nacional (CTN).

Considerando que foram incluídas saídas de mercadoria cujos fatos geradores ocorreram em 31/08/2004 e 30/09/2004, de acordo com o dispositivo transcrito, o fisco teria o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário por meio de lançamento de ofício, a fim de que não ocorresse a decadência do seu direito. Como esse prazo findou-se em 31/08/2009 e 31/09/2009, respectivamente, enquanto a intimação acerca do Auto de Infração somente se deu em 07/10/2009, conclui que ocorreu a decadência tributária.

Realça que não cabe a alegação de que o Código Tributário do Estado da Bahia dispõe em seu art. 107-A, inciso I, que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, pois o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar os Recursos Extraordinários nºs. 556664, 559882, 559943 e 560626, decidiu que “*apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais, como prescrição e decadência em matéria tributária*”.

Aduz que embora esses processos tratem de contribuição previdenciária, o precedente tem plena aplicabilidade no presente caso, já que o STF entendeu que não cabe à lei ordinária ou lei estadual dispor sobre prazo decadencial ou prescricional, que se encontram enquadrados pelo art. 146, III, b, da Constituição Federal, estando, pois, reservadas à Lei Complementar. E é por esta razão que é o CTN, que tem *status* de Lei Complementar, que rege a matéria, estipulando o prazo decadencial de cinco anos, a contar do fato gerador, no caso de pagamento parcial do tributo. Conclui ter ocorrido a decadência em relação às ocorrências de 31/08/2004 e 30/09/2004.

Apenas por eventualidade, na hipótese de serem ultrapassadas as duas preliminares suscitadas, passa a demonstrar a improcedência dessa infração, que decorreu do entendimento do Auditor Fiscal de que o defendente recolheu a menos o ICMS, em razão da f

regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve.

Enfatiza que, entretanto, as saídas de mercadorias de agosto e setembro de 2004 referem-se a devoluções de equipamentos aos fornecedores, que tinham sido recebidas para simples demonstração ou com algum vício, constituindo-se em saídas não tributáveis, de modo que o lançamento com débito de ICMS no livro Registro de Saída se deu por equívoco de escrituração.

Com relação ao período de 31/08/2004, esclarece que o débito de R\$15.113,84, corresponde à soma do ICMS referente às Notas Fiscais de nº. 030.970 (doc. 05 – fls. 152 a 164) e nº. 020.925 (doc. 06 – fls. 165 a 172).

Através da Nota Fiscal nº. 030.970, a Indústrias Nardini S/A remeteu uma fresadora CNC, modelo Petrus DPT 50100R Diplomat, constando no corpo da nota fiscal, a indicação de que se tratava de “demonstração c/ posterior retorno. Devolver no prazo de 60 dias”. Além disso, o CFOP informado (6.912) evidencia tratar-se de “Remessa de mercadoria ou bem para demonstração”. Após testar o equipamento, o impugnante o devolveu, conforme Nota Fiscal nº. 011, com o CFOP 6.913 (Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração).

Por sua vez, através da Nota Fiscal nº. 020.925, a Durit Brasil Ltda. encaminhou mercadorias que, posteriormente, foram devolvidas por meio da Nota Fiscal nº. 015, com o CFOP 5.202, que se refere à devolução de mercadorias adquiridas para comercialização.

Quanto ao período de 31/09/2004, o montante cobrado, de R\$40,65, corresponde ao ICMS à alíquota de 17% referente a uma mercadoria (uma Fresa, no valor de R\$239,10), adquirida da Durit Brasil Ltda., constante da Nota Fiscal nº. 020.483 (doc. 07 – fls. 173 a 177), que foi devolvida através da Nota Fiscal nº. 017, cujo CFOP foi 5.202, que trata de devolução de mercadorias adquiridas para comercialização.

Assevera ter ocorrido apenas um erro de escrituração ao ter sido registrado um débito de ICMS nas saídas dessas mercadorias, quando se tratavam de saídas não tributáveis, ou em razão da devolução de bens recebidos para demonstração ou por devolução de mercadorias enviadas em desacordo com o pedido. Assim, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas, pleiteia a improcedência dos lançamentos referentes a agosto e setembro de 2004, considerando que o débito relativo a julho de 2005 já foi parcelado, conforme documentos anexos (doc. 04).

Ao tratar sobre a infração 05, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sobre a aquisição de material para uso e consumo, reconhece a sua procedência parcial, impugnando apenas os itens que entende indevidos. Sustenta que algumas mercadorias foram adquiridas para utilização como insumos em sua produção, porém foram equivocadamente consideradas pelo autuante como materiais de uso e consumo do estabelecimento.

Observa que em uma descrição bastante simplória, sua atividade consiste na aquisição de blocos maciços de ferro e aço e, com o uso de ferramentas e equipamentos apropriados, os blocos são esculpidos em formas de moldes, cuja configuração é previamente estabelecida pelos clientes. Esses moldes são utilizados na fabricação de peças plásticas, através da injeção de material em alta temperatura e pressão, fazendo-as tomarem as formas desejadas, como, por exemplo, de painéis ou para-choques de veículos. Para tanto, faz-se necessária a aquisição de certos insumos, sem os quais não poderia fabricar os moldes.

Afirma que analisando as notas fiscais relacionadas pelo Auditor Fiscal no demonstrativo “Uso Indevido de Crédito Fiscal”, constatou que três delas referem-se a insumos utilizados na confecção dos moldes (doc. 09 – fls. 180 a 184):

1) a Nota Fiscal nº. 023.493 refere-se à aquisição de pastilhas para to
aplicadas no torno para usinar o bloco de aço, conforme desenho estip

2) a Nota Fiscal nº. 023.847 refere-se à aquisição de pastilhas para fresa, ferramentas de usinagem aplicadas na fresa para usinar o bloco de aço, conforme desenho estipulado pelos clientes;

3) a Nota Fiscal nº. 020.186 refere-se à aquisição de bloco de ferro e chapas de alumínio, utilizadas como matéria-prima para a fabricação dos moldes.

Afirma que ao contrário do que entendeu a fiscalização, tais mercadorias não são consideradas como bem de uso e consumo do estabelecimento, mas sim, insumos para a fabricação dos moldes, fazendo jus o impugnante ao crédito fiscal do ICMS.

Deste modo, pleiteia pela procedência parcial da infração. E, na hipótese de se entender que não restaram devidamente comprovadas as alegações deduzidas, requer a realização de diligência fiscal, a fim de constatar que tais mercadorias são, de fato, insumos no seu processo produtivo.

Versando sobre a infração 06, que se refere à entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal, esclarece que também presta serviços de reparos e manutenção de moldes, tendo uma atividade empresarial mista, ora enquadrando-se como contribuinte do ICMS, ora como contribuinte do ISS, razão pela qual também possui inscrição no Cadastro Geral de Atividades do Município de Camaçari (doc. 08 – fls. 178 e 179).

No presente caso, todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante (doc. 10 – fls. 185 a 209) se referem a mercadorias encaminhadas por seus clientes para a realização de consertos ou reparos, não se tratando de mercadorias adquiridas para comercialização, para utilização como insumo, ativo imobilizado ou uso e consumo no estabelecimento. Ressalta que o próprio CFOP informado (5.915) evidencia que a remessa teve como finalidade a realização de conserto ou reparo.

Isto significa que nessa situação o defendente atua como prestador de serviços e, portanto, como contribuinte do ISS, não havendo qualquer obrigação de registro da entrada dessas mercadorias no estabelecimento, pois tal operação não exerce qualquer influência sobre a apuração do ICMS.

Contudo, caso se entenda pela obrigatoriedade do registro de entrada dessas mercadorias, argui que não houve qualquer prejuízo aos cofres do Estado da Bahia, pois as mercadorias não seriam destinadas à comercialização ou ao ativo imobilizado, muito menos seriam utilizadas como insumos para a fabricação de produtos ou como materiais de uso e consumo no estabelecimento.

Acrescenta que não agiu com dolo ou com intuito de fraude ou simulação, não ocorrendo qualquer aproveitamento de crédito fiscal de ICMS decorrente da entrada dessas mercadorias. Lembra que nessas situações tem pertinência a utilização do disposto no transcrito art. 42, § 7º da Lei nº. 7.014/96, pleiteando o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória. E na hipótese de se entender que não restaram devidamente comprovadas as suas alegações, solicita a realização de diligência fiscal, a fim de se constatar a veracidade das informações.

Quanto à infração 07, que trata da falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, frisa que como ocorreu na infração 05, algumas mercadorias adquiridas como insumo foram equivocadamente consideradas pelo autuante como materiais de uso e consumo. Assim, impugna os itens que entende indevidos, tendo em vista que em relação a eles não tinha obrigação de recolher ICMS.

Aduz que dentre as notas fiscais relacionadas no demonstrativo “Diferença de Alíquota Relativa a Entrada de Material de Consumo de Outras Unidades da Federação”, constatou que seis delas referem-se a insumos utilizados na confecção dos moldes (doc. 11 – fls. 210 a 217):

1) a Nota Fiscal nº. 07.514 refere-se à aquisição de resina pastosa, utilizada para vedar circuitos de refrigeração dentro dos moldes;

2) a Nota Fiscal nº. 06.554 refere-se à aquisição de aço, que é a matéria-prima dos moldes;

- 3) a Nota Fiscal nº. 020.186 refere-se à aquisição de bloco de ferro e chapas de alumínio, utilizadas como matéria-prima para a fabricação dos moldes;
- 4) a Nota Fiscal nº. 022.116 refere-se à aquisição de cobre eletrolítico, utilizado para fabricação de eletrodos que são usados para erosão do molde;
- 5) a Nota Fiscal nº. 023.552 refere-se à aquisição de blocos de ferro e aço, utilizados como matéria-prima para a fabricação dos moldes;
- 6) a Nota Fiscal nº. 019.675 refere-se à aquisição de rebolo reto, que é uma ferramenta utilizada para usinar o aço na máquina de retífica.

Conclui que tais mercadorias não são consideradas como bem de uso e consumo, mas sim, como insumos para a fabricação dos moldes, não sendo devido, portanto, o ICMS sobre a diferença de alíquota. Deste modo, pleiteia pela procedência parcial da infração e, na hipótese de se entender que não foram devidamente comprovadas as suas alegações, que então seja realizada uma diligência, para se constatar que tais mercadorias são insumos no seu processo produtivo.

Diante do exposto, confia que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 220 e 221, quando se pronunciou sobre as infrações contestadas pela defesa.

No que concerne à infração 03, afirma que realmente, de acordo com o § 1º do art. 19 do Dec. nº. 8.205/02, o cancelamento do benefício do Desenvolve só pode ser determinado pelo Conselho Deliberativo. Entretanto o art. 18 do citado Decreto, aplicado na autuação, não trata de cancelamento de benefício, já que este continua valendo nos meses subsequentes, apenas determinando que *“A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.”*.

Frisa que, assim, não cabe a alegação do autuado, pois nenhum cancelamento foi feito, apenas foi aplicado o que determina o citado dispositivo.

Tendo em vista que o impugnante comprovou que os valores referentes aos períodos de 31/08/2004 e 30/09/2004, ao contrário do registrado erroneamente na contabilidade fiscal, não estão sujeitos a débito de ICMS, concorda com a sua exclusão, restando apenas a parcela de 31/07/2005.

Ao tratar sobre a infração 05, salienta que apesar de o autuado alegar que as Notas Fiscais de nº.s 23.493, 23.847 e 20.186 não se referem a material de uso ou consumo, nos próprios registros constantes em seus livros fiscais, foram declaradas as CFOPs 1556 e 2556, que se referem à aquisição de material de uso ou consumo. Entretanto, a bem da verdade material dos fatos, analisando a natureza dos produtos e do processo produtivo da empresa, considera apenas as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº. 20.186 (bloco de ferro e chapa de alumínio) como sendo efetivamente matéria-prima. As demais sofrem desgaste, porém não são incorporadas ao produto, sendo, portanto, material de consumo, devendo ser mantidas.

Quanto à infração 06, não acata a argumentação do impugnante, sobre não ter obrigação de registrar as notas fiscais, por se referirem a material destinado a conserto ou reparo. Assevera que não existe previsão legal que desobrigue contribuintes do regime normal de apuração do ICMS de registrar toda e qualquer entrada e saída de mercadoria nos livros fiscais próprios. Para tanto, existem os CFOPs adequados para cada tipo de operação, inclusive remessa para conserto ou reparo, com ICMS suspenso, desde que retornem ao remetente. Os controles são necessários e obrigatórios, e sua falta, como obrigação acessória, resulta na aplicação da multa. Mantém integralmente a infração.

Aborda a infração 07, salientando que a despeito de o autuado ter alegado estar sujeito à cobrança de diferença de alíquota, por não se referir ao consumo, e sim a matéria-prima, e apesar de estarem todas registradas

2556, que trata da aquisição de material de uso ou consumo, no intuito de apurar a verdade material dos fatos, analisou a natureza dos produtos em questão, chegando à seguinte conclusão:

a) as mercadorias constantes das Notas Fiscais nº. 20.186 (bloco de ferro e chapa de alumínio), nº. 06.554 (aço) e nº. 23.552 (bloco de ferro e aço) efetivamente podem ser consideradas como matéria-prima, não estando sujeitas à cobrança do imposto;

b) as mercadorias concernentes às Notas Fiscais de nº.s 07.514, 22.116 e 19.675 sofrem desgaste, mas não são incorporadas ao produto, tratando-se, portanto, de material de consumo, devendo ser mantidas.

Juntou às fls. 222 a 224 novos demonstrativos relativos às infrações 03, 05 e 07.

Tendo sido cientificado quanto ao teor da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 228 a 230, quando contestou o posicionamento do autuante a respeito infração 06, lembrando ter esclarecido que as notas fiscais se referiam a mercadorias recebidas para consertos ou reparos, não se tratando de mercadorias para comercialização, para utilização como insumo, ativo imobilizado ou uso e consumo, o que pode ser confirmado pelo CFOP constante nas notas fiscais.

Também aduzira que naquelas situações estava atuando como prestadora de serviços, contribuinte do ISS, não havendo qualquer obrigação de registro da entrada das mercadorias, uma vez que as operações não tinham qualquer influência sobre a apuração do ICMS.

Reprisa, também, que defendera que se acaso o CONSEF concluísse pela obrigatoriedade do registro de entrada das mercadorias, deveria aplicar o disposto no art. 42, § 7º da Lei nº. 7.014/96, por não ter ocorrido prejuízo ao Estado da Bahia e porque não agira com dolo ou com intuito de fraude ou simulação, não ocorrendo aproveitamento de crédito fiscal de ICMS.

Dessa forma, em reforço aos argumentos anteriores, pleiteia pela juntada dos documentos de arrecadação municipal [DUA] pagos ao Município de Camaçari no período de setembro a dezembro de 2004 (doc. 01 – fls. 231 a 236) e junho a dezembro de 2005 (doc. 02 – fls. 237 a 245), comprovando que também é contribuinte do ISS.

Na hipótese de se entender que as suas alegações não restaram devidamente comprovadas, reitera o pedido de realização de diligência, a fim de se apurar a veracidade de suas informações. Caso se entenda pela obrigatoriedade do registro de entrada das referidas mercadorias, requer que a multa relativa à infração 06 seja cancelada.

Mantém todos os argumentos defensivos e requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Consta à fl. 247 manifestação do autuante, informando que tomou ciência do pronunciamento do impugnante, porém tendo em vista que nenhum fato novo foi adicionado, nada tinha a acrescentar à informação fiscal de fls. 220 e 221.

Encontram-se acostados às fls. 248 a 251, extratos do SIGAT/SEFAZ, concernentes ao parcelamento parcial do débito.

VOTO

Observo que o sujeito passivo suscitou a nulidade da autuação concernente à infração 03, alegando que a decretação da perda do benefício relativo ao Programa Desenvolve é de exclusiva competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve, não cabendo tal atribuição ao Auditor Fiscal. Acrescentou que a fiscalização deveria ter representado ao Conselho Deliberativo, informando fato que pudesse ensejar a perda do benefício e somente após a decretação da perda do benefício pelo Conselho é que poderia lançar o ICMS devido, cobrando-o pelo regime normal. Para reforçar seu entendimento, valeu-se de julgado emanado da 2ª Câmara CONSEF.

Ressalto que a nulidade proposta não tem amparo, haja vista que no caso aqui em discussão a fiscalização tendo constatado que o contribuinte houvera recolhido a menos o imposto não sujeito à dilação de prazo, efetuou o lançamento das diferenças atinentes ao ICMS sujeito ao benefício, apenas em relação aos meses nos quais a irregularidade fora verificada. Isto quer dizer que, na verdade, não ocorreu a decretação da perda do benefício, porém tão somente a cobrança relativa aos mencionados períodos de ocorrência, conforme estabelece o art. 18 do Dec. nº 8.205/02. Deste modo, não há relação entre este caso e aquele tratado na decisão trazida aos autos pelo sujeito passivo, descabendo, portanto, a nulidade pretendida.

O autuado alegou que deveria ser declarada a extinção do crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos em 31/08/2004 e 30/09/2004, sob a argumentação de que os mesmos se encontravam alcançados pela decadência.

Observo que essa argumentação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela devida. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN (Código Tributário Nacional), que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (agosto e setembro de 2004) se iniciou em 01/01/2005, com prazo final em 31/12/2009. Como a ação fiscal se iniciou em 13/07/2009, data de emissão do Termo de Intimação e o lançamento ocorreu em 23/09/2009, não há o que se falar em decadência. Acrescento que na presente situação, como o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Ressalto que tem sido este o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Nelson Antonio Daiha Filho:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal, o indefiro com tendo em vista que os elementos constantes do Auto de Infração são :

convencimento e para a decisão da lide.

Verifico que foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de sete infrações. Observo que o contribuinte não impugnou os itens 01, 02 e 04 da autuação, tendo, inclusive, efetuado o parcelamento dos débitos correspondentes, o que caracteriza ter reconhecido expressamente as irregularidades apuradas na ação fiscal. Vejo que os procedimentos fiscais, nesses casos, foram realizados atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Assim, ficam mantidas as infrações 01, 02 e 04.

A infração 03 se refere ao fato de o ICMS ter sido recolhido a menos, por falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, gerando a perda do direito ao benefício relativo à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Observo que, no mérito, o autuado argumentou que as ocorrências relativas aos meses de agosto e setembro de 2004 se referiam a devoluções de equipamentos recebidos para demonstração e de mercadorias recebidas para comercialização, também devolvidas, tratando-se, portanto, de saídas não tributáveis, de forma que o lançamento com débito de ICMS no livro Registro de Saídas se dera por equívoco.

Verifico que o autuante, de forma acertada, tendo constatado que o contribuinte comprovou que os valores referentes aos mencionados períodos tinham sido registrados de forma equivocada na contabilidade fiscal, não estando sujeitos à incidência do ICMS, os excluiu do lançamento, o que significa que a infração 03 fica mantida de forma parcial, no valor de R\$287,16, que se refere à ocorrência de julho de 2005.

O contribuinte atacou parcialmente a infração 05, que se referiu à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, impugnando a exigência concernente a algumas mercadorias, alegando que tinham sido adquiridas para utilização como insumos em sua produção, porém tinham sido consideradas, de forma equivocada pelo autuante, como materiais de uso e consumo do estabelecimento.

Coaduno com o entendimento apresentado pelo autuante, que acatou os argumentos defensivos concernentes à Nota Fiscal nº 020.186, que corresponde à aquisição de bloco de ferro e chapas de alumínio, pois de acordo com a atividade desenvolvida pelo contribuinte, se referem a matéria-prima para a fabricação de seus produtos. Quanto aos demais materiais, tendo em vista que apesar de sofrerem desgaste, não são incorporados ao produto fabricado, efetivamente são considerados como material de consumo.

Deste modo, a infração 05 resta mantida de forma parcial, no valor de R\$1.014,41, conforme demonstrativo de fl. 223, resultado esse que implica na redução do débito relativo ao mês de junho de 2005 de R\$235,62 para R\$16,42, enquanto que nas demais ocorrências não houve nenhuma alteração nos valores originalmente apurados.

No caso da infração 06, que decorreu da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, o impugnante contestou a exigência, alegando que as mercadorias objeto do lançamento se referiam a materiais recebidos de clientes, para fins de realização de serviços, os quais estariam sujeitos à incidência do imposto sobre serviços (ISS), manifestando o entendimento que por essa razão não se encontrava obrigado a escriturar as notas fiscais correspondentes.

Enquanto isso, o autuante ressaltou que não existe previsão legal que desobrigue contribuintes do regime normal de apuração do ICMS de registrar todas as entradas e saídas de mercadoria nos livros fiscais próprios. Também aqui concordo com o Auditor Fiscal, tendo em vista que, efetivamente, os contribuintes do ICMS estão obrigados a lançar em sua escrita fiscal os dados atinentes a todas as operações que realizarem, independente de se encontrarem sujeitas tributo. Essa obrigação acessória tem como finalidade possibilitar à fi

a respeito das entradas e saídas de mercadorias no estabelecimento. Deste modo, a infração 06 fica mantida de forma integral.

Descarto o pleito concernente ao cancelamento da multa, pois foi aplicada em conformidade com a previsão expressa no art. 42, inciso XI da lei nº. 7.014/96. Ademais, estando a irregularidade comprovada e não tendo sido demonstrado que não tenha implicado na falta de recolhimento do ICMS, entendo não ser cabível o atendimento ao disposto no § 7º do artigo e Lei acima citados.

Já a infração 07 se originou da falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias procedentes de outros estados e destinadas a consumo do estabelecimento. O autuado apresentou as mesmas argumentações concernentes à infração 05, frisando que uma parcela das mercadorias arroladas na imputação tinha sido equivocadamente considerada como materiais de uso e consumo, quando se tratavam de materiais a serem utilizados como matéria-prima em seu processo produtivo.

Concordo com o entendimento do autuante, que elaborou novo demonstrativo, no qual excluiu as mercadorias que realmente devem ser consideradas como matéria-prima, e, portanto, não sujeitas à cobrança do ICMS: bloco de ferro, chapa de alumínio e aço, e mantendo as demais mercadorias, tendo em vista que se caracterizam como materiais de uso e consumo.

Isto porque, os materiais que foram mantidos na exigência se referem a resina pastosa, cobre eletrolítico e rebolo reto, que se tratam de ferramentas e outros bens utilizados na atividade fabril do autuado, inclusive se desgastando, porém sem se incorporarem aos produtos fabricados. Assim, restando evidenciado que essas mercadorias se referem a peças de reposição e material para uso e consumo do estabelecimento, deve ser exigido o imposto que não foi recolhido. Em resumo, a infração 07 fica mantida de forma parcial, no valor de R\$1.313,42, de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 224. Ressalvo, apenas, que no Auto de Infração ocorreu um equívoco, que consistiu na indicação do débito relativo ao mês de outubro de 2004 como se fosse de agosto desse exercício, lançamento que deve ser corrigido.

Assim, restam caracterizadas as infrações 01, 02, 04 e 06; já as infrações 03, 05 e 07 ficam mantidas parcialmente, tudo de acordo com o quadro que apresento abaixo.

INFRAÇÃO	RESULTADO	DÉBITO JULGADO (R\$)
01	Procedência	1.075,96
02	Procedência	1.540,00
03	Procedência parcial	287,16
04	Procedência	1.794,08
05	Procedência parcial	1.014,41
06	Procedência	19.222,30
07	Procedência parcial	1.313,42
TOTAL		26.247,33

Face ao exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, valores recolhidos.

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271581.0901/09-2**, lavrado contra **MPB – MOLDES E PLÁSTICOS DA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.485,03**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alínea “f” e VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$20.762,30**, prevista nos incisos XVIII, alínea “c” e XI do artigo e Lei acima referidos, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 23 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR