

PROCESSO - A. I. Nº 269182.0006/07-9
RECORRENTES - DOW BRASIL NORDESTE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DOW BRASIL NORDESTE LTDA.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0136-05/09
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 02/03/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 07/12/2007, se refere à exigência de ICMS no valor histórico de 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 determinam os incisos II e III do §17 do artigo 93 do Regulamento do ICMS/97.

Através do Acórdão nº 0136-05/09, a 5ª JJF decidiu pela procedência parcial do lançamento fiscal com fundamento no seguinte 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 II 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 à 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 feito 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 atuado 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, é 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.

De ofício, a 1ª Instância de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

Ao tomar conhecimento da Decisão da 5ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 438/442) objetivando a desconstituição da Decisão recorrida. Após transcrever, sucintamente, os fatos e Decisão tomada pela JJF, sustenta o recorrente que ela deve ser reformada, pois da autuação deveriam ser excluídos para fins de determinação do cálculo do imposto ora em análise, diante da previsão contida no art. 33, da Lei Complementar nº 87/96, os bens cujos CFOP's de entradas foram os seguintes e conforme indicou as suas finalidades 5.552, 5.556, 5.557, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901, 6.949 e 6.556. Afirma que a Decisão de 1º Grau não os excluiu sob a alegação de que a empresa não trouxe aos autos estas comprovações. Em assim sendo, estava apensada ao processo a documentação que comprovava de forma inequívoca, que os referidos CFOP's foram incluídos no levantamento fiscal. Entende que, caso tais documentos não sejam levados em consideração se estaria afrontando o princípio da não-cumulatividade.

A PGE/PROFIS (fls. 502) após identificar a infração imputada ao sujeito passivo tributário e sumarizar as razões recursais apresentadas pelo recorrente, observa que as alegações estão acompanhadas de provas documentais. Neste caso, recomenda a remessa dos autos à ASTEC/CONSEF a fim de que o Parecer Técnico nº 204/2008 seja complementado mediante apreciação dos elementos probatórios carreados ao PAF em sede de Recurso voluntário.

Os autos foram encaminhados à ASTEC/CONSEF objetivando que fosse analisado se no demonstrativo realizado por esse Órgão Técnico constavam as notas fiscais apresentadas pelo recorrente e com CFOP's 5.556, 5.557, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901, 6.949, 6.556. e 5.552.

Fiscal estranho ao feito (Parecer nº 0109/2010 - fls. 507/508), após análise da documentação apresentada, concluiu que qualquer das notas fiscais apensadas pelo recorrente aos autos foram objeto da autuação.

Autuante e recorrente tiveram ciência do Parecer técnico emitido e não se pronunciaram (fls. 510/511).

A PGE/PROFIS (fls.516/518) opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado, trazendo as seguintes razões para embasar seu pronunciamento:

[...]

No intuito de descaracterizar a infração 02 o sujeito passivo alega a ocorrência de afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS e justifica o procedimento adotado na apropriação do crédito de ICMS relativo ao ativo imobilizado, em razão do fato de que todas as mercadorias produzidas e comercializadas pela mesma estão efetivamente sujeitas a incidência do ICMS. Ocorre que, a legislação tributária estadual estabelece regras cogentes para a utilização do crédito fiscal decorrente do ativo imobilizado, ex vi do parágrafo 17 do art. 93, do RICMS/97.

O dispositivo regulamentar, ora citado, determina a necessidade de apuração da proporção das operações de saídas ou prestações tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Assim sendo, não existe dúvida quanto à validade da exigência fiscal, cujo montante do débito tributário fora constatado, pela autoridade administrativa competente, com fundamento nos valores escriturados no Livro de RAICMS, pelo sujeito passivo, tendo sido devidamente computados os valores relativos às operações com débito do imposto e os valores totais das saídas.

O trabalho realizado pelo autuante está lastreado na realização de um levantamento fiscal criterioso fundamentado nos valores escriturados pelo contribuinte em seus livros fiscais. O Parecer da ASTEC ratifica o levantamento fiscal e elucida que nenhum dos documentos fiscais apresentados pelo sujeito passivo foram incluídos no presente lançamento tributário.

Ademais, a legislação tributária estadual não estabelece qualquer exceção em relação às saídas tributadas e, portanto, não caberá outra interpretação senão àquela que entende que são todas as operações de saídas.

VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de desonerá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração e conforme decidido pela 5ª JJF.

O presente Auto de Infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento. O contribuinte apropriou-se 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 parágrafo 17 do art. 93 do RICMS/97.

Já fui relatora de outro processo sobre esta específica matéria, do próprio recorrente, no qual fui voto vencido à época. Hoje, ao analisar com maior acuidade a situação, concordo com o voto vencedor à época, emitido pelo nobre Conselheiro Tolstoi Nolasco (Acórdão CJF nº 0304-12/08) Nas regras contidas no art. 20, § 3º, incisos I e II, e § 5º, inc. II, da Lei Complementar nº 87/96, somente se levam em conta para o cálculo da proporção, as saídas dos produtos resultantes da industrialização ou adquiridos para a comercialização, além das saídas em definitivo, por desincorporação de bens ou alienação de mercadorias.

Isto posto, diante das determinações do § 5º, III do art. 20, da Lei Complementar nº 87/96, a JJF julgou procedente em parte a infração cometida pelo autuado, excluindo da autuação as aquisições com Códigos Fiscais de Operações - 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) e 5.915 (Remessa de mercadorias ou bem para conserto ou reparo), conforme saneamento do PAF por fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC/CONSEF que verificou, *in loco*, os livros e demais documentos do contribuinte, referente ao período autuado e constatou que dos valores considerados na planilha do autuante, item 3 – Saídas Totais (fls. 17/18) estavam inclusos valores referente aos citados CFOP's.

A JJF não aceitou a exclusão referente às operações com CFOP 5.552, conforme embasamento legal que expôs, nem tampouco, aquelas operações com CFOP's 556, 5.557, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901, 6.949, 6.556 já que o autuado não carrou aos autos documentos de suas comprovações.

O contribuinte nas suas razões recursais apresenta cópias de diversas notas fiscais, que disse autuadas, para serem excluídas, pois com CFOP's 5.552, 5.556, 5.557, 5.916, 5.920, 5.921, 5.949, 6.901,

6.949 e 6.556, o que motivou pedido de diligência requerido pela PGE/Profis. Esta CJF, em obediência ao princípio da legalidade e da verdade material buscou, através de diligência, saber se tais CFOP's estavam inclusos no levantamento fiscal, pois na primeira diligência requerida pela JJF, fiscal estranho ao feito somente havia detectado as operações com CFOP's 5.915 e 5.901. O que se constatou foi que os documentos fiscais carreados aos autos pelo recorrente não se referiam ao período autuado. Chamado para tomar conhecimento do Parecer da ASTEC/CONSEF, o recorrente manteve-se silente.

Diante desta situação somente posso concordar com a Decisão de 1º Grau e, mais uma vez, não foram comprovadas as razões apresentadas pela empresa, o que as tornam ineficazes para elidir a acusação, não existindo qualquer afronta ao princípio da não-cumulatividade do imposto, como alegou o recorrente.

Em relação ao CFOP 5.552 (bens do ativo imobilizado transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa) não cabe razão ao recorrente. Estas operações não podem ser excluídas do levantamento fiscal, ou seja, devem ser mantidas no cálculo da apuração das saídas totais, pois, como acima explicitado, neste caso ocorreu mudança de titularidade de um estabelecimento para outro, ambos com inscrição independente. Precisamente, além da saída física, também ocorreu a mudança da propriedade.

Por tudo exposto, as razões recursais não têm o condão de desconstituir o julgamento exarado pela 5ª JJF.

Quanto ao Recurso de Ofício interposto pela JJF entendo não merecer qualquer reforma diante de todas as considerações explicitadas neste voto. As operações, acertadamente excluídas da autuação foram aquelas com CFOP 5.901 (Remessa para industrialização por encomenda) e 5.915 (Remessa de mercadorias ou bem para conserto ou reparo) já que são saídas “a título precário”, não podendo ser consideradas no cálculo da proporcionalidade, prevista no § 5º, III do art. 20, da Lei Complementar nº 87/96.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269182.0006/07-9**, lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.351,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS