

A. I. Nº - 206958.0003/10-6
AUTUADO - COBRA TECNOLOGIA S. A.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 10.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0149-04/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. Infração não defendida. Infração mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE BENS DE USO E CONSUMO. Restou comprovado que se trata de remessa de mercadorias de propriedade de terceiros para aplicação na prestação de serviços e não cabível a utilização de crédito fiscal por parte do estabelecimento autuado. Infração subsistente. b) AQUISIÇÃO DE BENS DE USO E CONSUMO. Comprovado que a maior parte das mercadorias refere-se a operação de retorno de peças do estabelecimento autuado não aplicadas na prestação de serviços, vinculada à operação anterior de saída tributada e legítima a utilização do crédito fiscal. Mantida a exigência fiscal relativa ao recebimento de mercadorias de propriedade de terceiros para aplicação em prestação de serviço. Infração parcialmente subsistente. Não acatado o pedido de decadência do crédito tributário e rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 06/12/10, exige ICMS no valor de R\$26.924,76, acrescido das multas de 50% e 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS em prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – R\$952,32.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à transferência interestadual de bem de uso e consumo - R\$13.676,41.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - R\$12.296,00.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 380/401), inicialmente tece comentários sobre as infrações e invoca decadência do lançamento relativo às infrações 2 e 3 com amparo no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN), tendo em vista que a fiscalização foi encerrada em 06/12/10 e envolve fatos geradores relativos ao período de janeiro a junho de 2005.

Transcreve os artigos 150, §4º, 156, 173 e 174 do CTN para tentar demonstrar que ocorreu decadência de parte dos fatos geradores, requer a nulidade ou improcedência destas infrações.

Suscita a nulidade da infração 1, sob o argumento de que foi tipificada multa do art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96 por entender que “na Lei em questão não há a alínea “a”. Diz que tal procedimento constitui defeito insanável que conduz a sua nulidade ao teor do art. 39, V, do RPAF/BA.

Suscitou a nulidade ainda sob o argumento de que na infração 1, foi indicado o art. 124, I do RICMS/BA, tendo constado “sem ao menos esclarecer qual alínea estaria se referindo, criando uma lacuna no enquadramento”. Da mesma forma, na infração 2, foi indicado o art. 624 “que possui algumas alíneas que especificam o modo operacional” sem especificar a alínea correspondente e na infração 3, foi citado o art. 124 do RICMS “sem constar o inciso referente a suposta infração”.

Suscitou a nulidade também com fundamento nos artigos 7º e 142 do CTN por constar no Auto de Infração “flagrante ilegalidade que é o caso do próprio Auditor Fiscal aplicar a gradação das multas segundo a sua avaliação da gravidade da infração, por ato discricionário”, por entender que a gradação da multa é matéria reservada a lei e não pode ser delegada ao agente fiscal.

Suscitou mais uma vez a nulidade por falta de motivação diante dos princípios da legalidade e moralidade administrativa. Discorre sobre o art. 37 da CF, art. 2º e 50 da Lei nº 9.784/99, acerca de princípios, motivação, ampla defesa, contraditório e diz que se tratando de enquadramento genérico, faltam pressupostos de direito da administração pública e constitui vício insanável.

Suscitou novamente a nulidade do lançamento por ter sido indicado valores da exigência de imposto e multa. Entende que “A infração e a multa só se tornam exigíveis após todo o processo administrativo onde é assegurado o contraditório e a ampla defesa, pois, caso contrário, está-se aplicando uma sanção sem o devido processo legal”. Argumenta que impor multa no ato do lançamento constitui vício insanável, infringindo os requisitos necessários ao lançamento.

No mérito, discorre sobre as infrações e afirma que o lançamento não pode prosperar, por não ter incorrido nas infrações apontadas, nem ter ocorrido a utilização indevida de crédito fiscal.

Afirma que no tocante à infração 2, relaciona à fl. 396 notas fiscais escolhidas por amostragem que consignam operação “referente à saída de peças (com destaque de ICMS) e, em seguida, a nf de entrada da respectiva peça (também com destaque do imposto)”, para tentar demonstrar regularidade dos créditos fiscais o que gerou “excesso de recolhimento do imposto, que por sua vez, gerou crédito de ICMS”.

Ressalta que exerce atividade de manutenção de equipamento de processamento de dados, com garantia de substituição de peças defeituosas retiradas do seu estoque “com destaque de ICMS aplicável a região, gerando o crédito do imposto quando da entrada no estabelecimento autuado ... caso não utilize a peça”. Destaca que o destinatário das notas fiscais é o próprio Banco do Brasil, que não é contribuinte de ICMS.

Argumenta que utilizou créditos dos bens que saíram do estabelecimento, essenciais à sua atividade, conforme determinação expressa no art. 96, I do RICMS/BA. Descreve em seguida os procedimentos operacionais praticados:

- a) Celebra contratos de manutenção preventiva e corretiva de máquinas e equipamentos;
- b) Efetua transferências internas e interestaduais de peças entre estabelecimentos;
- c) Na aplicação das peças (chamados técnicos) destaca o ICMS;
- d) No retorno da peça não utilizada lança o crédito do ICMS.
- e) A entrada de peça defeituosa ocorre sem lançamento de crédito do ICMS.
- f) Peças retiradas de cliente dão entrada no estabelecimento sem débito e depois de reparadas retornam ao ciclo operacional.

Esclarece que ao atender ao chamado de manutenção, emite uma nota fiscal fatura com natureza de aplicação de peças (CFOP 5949) com destaque do ICMS, baixa no estoque e se porventura a mesma peça voltar sem fazer troca, emite outra nota fiscal de retorno de aplicação (CFOP 1949) com destaque do ICMS e se credita, anulando o débito anterior.

Se ocorrer substituição por uma peça defeituosa, emite uma nota fiscal fatura sem destaque do ICMS com natureza da operação de “Apropriação”.

Entende que de acordo com o art. 93, VII do RICMS/BA, faz jus ao crédito fiscal para compensar com o tributo devido em suas operações, nos casos de devolução ou retorno para reparos em garantia e não ficou comprovado nos autos o descumprimento destes requisitos.

Destaca que a operação realizada consistia em executar a instalação de antenas junto ao Banco do Brasil, para onde transferia as partes de peças através de nota fiscal fatura com natureza de operação “outras saídas” com destaque de ICMS, e creditando no retorno de peças.

Salienta que o art. 516 do RICMS/BA dispõe sobre os procedimentos quanto à substituição de peças defeituosas e que de acordo com a análise das notas fiscais de entradas emitidas com destaque do ICMS conclui que faz jus à utilização do crédito fiscal destas operações.

Por fim, requer nulidade do Auto de Infração de acordo com os argumentos expostos, decadência de parte do crédito tributário e se não acatado, que seja refeito o lançamento com intuito de demonstrar a correção dos seus procedimentos e a improcedência da autuação.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 452/456) inicialmente discorre sobre as infrações e diz que a primeira tem suporte nos demonstrativos às fls. 15 e 16 de fácil entendimento.

Quanto à alegação de decadência, esclarece que a Inspeção expediu a Ordem de Serviço 514217/10, para averiguar operações de 2005 até as últimas operações diante do pedido de baixa da inscrição cadastral protocolado. Afirma que o teor do § 4º do art. 173 e art. 174 do CTN dão amparo à exigência fiscal.

Quanto à nulidade suscitada em relação à capitulação da multa, reconhece que na data da autuação a alteração produzida pela Lei nº 11.899, de março de 2010 revogando as alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não tinha sido inserida no sistema de emissão de Auto de Infração (SEAI) que vincula automaticamente as multas às infrações. Entende que ficando comprovada a ocorrência da infração de acordo com os valores informados pela empresa nos DMAs transmitidos, teria que capitular a infração no dispositivo seguinte, que apenas infração com 60% de multa, sobre o valor do imposto não recolhido, não havendo inadequação da multa.

No tocante a nulidade quanto à capitulação da legislação aplicada, afirma que o art. 124 é um dispositivo de comando para o ato dos prazos de recolhimento, que indica o ato do dever-ser e se não realizado é infringido. As penalidades estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, após a revogação do art. 915 do RICMS, com indicação da “Data da Ocorrência” em consonância com o dispositivo legal especificado e não há supressão de informação.

Quanto à nulidade em função da gradação da multa aplicada afirma não ter entendido o objetivo das alegações, visto que são previstas na legislação e guardam ligação com as infrações.

Relativamente à nulidade invocada pela falta de motivação, contesta dizendo que cumpriu a execução de uma Ordem de Serviço o que constitui uma motivação justificável para se produzir uma ação fiscal com esmero, compromisso e acerto, atendendo aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, etc., inerente a atividade fiscal e que principia toda a atividade pública.

No tocante à nulidade suscitada por não ter sido obedecido o devido processo legal, rebate dizendo que intimou a empresa para iniciar a ação fiscal, exercendo atividade vinculada, indelegável, com a apuração de fatos geradores do imposto que culminou na lavratura do Auto de Infração, que ora se discute no processo administrativo fiscal, em observância ao processo legal.

No mérito, quanto à segunda infração, informa que está suportada no demonstrativo à fl. 8, relativo a operações de entrada com CFOP 2949, que trata de “outras entradas não especificadas”, no caso, materiais de consumo de propriedade do Banco do Brasil, na qualidade de cliente contratador para os serviços de manutenção de equipamentos e suas partes e peças. Afirma que a entrada das mercadorias não se destina à comercialização ou operações industriais e não poderia sequer conter destaque de ICMS utilizado em conta-corrente.

Quanto à terceira infração, de aquisição de material de uso e consumo esclarece que as planilhas juntadas às fls. 8 a 10 relacionam operações internas de aquisição de peças e equipamentos com CFOP 1949 “Outras Entradas no Estado” que entende não se tratar de “mercadorias” destinadas à revenda, por se tratar de peças e equipamentos de terceiros, em remessa para conserto, que com certeza ou não de retornarem ao remetente, não deveriam ser acompanhadas por notas fiscais com destaque de créditos de ICMS, por estar amparada pela suspensão do imposto.

Ressalta que não houve contestação dos valores, oposição aos demonstrativos de suporte das infrações, somatórios, valores do imposto, impugnação de cópias e/ou vias originais de documentos fiscais, que fundamentam as infrações.

Quanto à operacionalidade da empresa, de querer ser interpretada como uma extensão jurídica do Banco do Brasil ressalta que se trata de uma pessoa jurídica de direito privado distinta daquela instituição, com direitos e obrigações distintos, não podendo prosperar o entendimento de que o “erro” de uma empresa deveria ser compensado com o “acerto” da controladora.

Argumenta que após a exposição de sua operacionalização com objetivo de manter equipamentos de informática operantes no Banco do Brasil e reconhecer que destacou créditos e débitos pelas saídas e retornos de bens de uso/consumo, anulando com prováveis saídas posteriores, alega que é impossível essa avaliação, pois muitos dados dos arquivos magnéticos estão impossibilitados de uso pela utilização errônea da expressão “Genérico” como código de vários produtos diferentes.

Salienta que a empresa “criou” naturezas de operação diferentes para legitimar os procedimentos internos, a exemplo da “aplicação” e da “apropriação”, que não encontram respaldo na significação dos CFOPs informados, definidos no Anexo 2 do RICMS vigente. Da mesma forma, no que se refere a “Outras Saídas”, declara ter manipulado peças de propriedade do Banco do Brasil S.A. com trânsito por diversos estabelecimentos da Cobra Tecnologia e agências do Banco do Brasil, que deveriam ocorrer albergados com a suspensão do imposto, assumindo culpa pelo desconhecimento das previsões regulamentares relativos às suas operações. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado invocou a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2005, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, em relação às infrações 2 e 3, para tentar demonstrar que ocorreu decadência de constituir crédito relativo a parte dos fatos geradores, requer a nulidade ou improcedência destas infrações.

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 § 5º dispõe que “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 do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2005, só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 06/12/10, motivo pelo qual não acolho a decadência pleiteada.

Suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que foi tipificada a multa no art. 42, I, “a”

da Lei nº 7.014/96 que não existe e também por ter o autuante aplicado gradação da multa que é matéria de reserva de lei. Como esclarecido pelo autuante, a redação atual do inciso I do *caput* do art. 42 foi dada pela Lei nº 11.899/10, com efeitos a partir de 31/03/10. Conforme alegado pelo recorrente a multa é matéria de reserva de lei e de acordo com o art. 39, IV, “d” do Dec. 7.629/99 (RPAF) o autuante deverá indicar o percentual da multa cabível previsto na Lei (7.014/96). Portanto, conforme disposto no art. 142 do CTN cabe ao autuante propor a aplicação da penalidade cabível. Na situação presente, o autuante propôs a aplicação da multa prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96 e como na data da lavratura do Auto de Infração inexistia a alínea “a”, fica de ofício corrigido a tipificação da multa para art. 42, I do citado dispositivo e diploma legal. Ressalto que se após a apreciação do mérito, persistir a procedência da infração 1, deve ser mantida a multa prevista na Lei e o fato de ter havido indicação incorreta da alínea, tal fato não conduz à nulidade da infração.

Suscitou também a nulidade das infrações 1 e 2, por entender que a simples indicação dos artigos 124, I e 624, sem indicação dos incisos correspondentes do RICMS/BA, criam uma lacuna no enquadramento. Verifico que a primeira infração descreve falta de recolhimento do imposto no prazo e se faz acompanhar do respectivo demonstrativo (fls. 15/16), bem como a infração 2 acusa utilização indevida de crédito fiscal relativo a transferência de material. Com relação à primeira infração o art. 124, I indica o prazo do recolhimento do ICMS no dia 9 do mês subsequente que é a situação do estabelecimento autuado que apura o ICMS pelo regime normal. Da mesma forma, com relação à segunda infração o art. 624 trata da suspensão da incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, com destino a outro estabelecimento inscrito como contribuinte, para serem utilizados na elaboração de produtos encomendados pelo remetente. A descrição das infrações possibilita compreender as infrações de que estava sendo acusado, o contribuinte entendeu e se defendeu das mesmas, motivo pelo qual não acato o argumento de que criou uma lacuna que impossibilitasse exercer o seu direito de defesa.

Também não acato a nulidade suscitada sob o argumento de falta de motivação do lançamento. O Auto de Infração decorre de apuração de imposto apurado em demonstrativos elaborados com base nos livros e documentos fiscais do próprio estabelecimento autuado, com descrição das infrações, enquadramento e tipificação das multas, inexistindo o vício insanável alegado.

O autuado suscitou mais uma vez a nulidade, por entender que só haveria a imposição de multa após o exercício do contraditório. Observo que no Auto de Infração foram descritas as infrações com os valores históricos e as multas propostas. Caso o autuado decidisse pela sua quitação, o crédito tributário seria extinto, inexistindo processo administrativo. Uma vez apresentada defesa, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário com multas e acréscimos de mora até o julgamento do último recurso. Caso a decisão de julgamento após os recursos regulamentares seja favorável ao contribuinte, o processo é arquivado e não há exigência de qualquer valor de multa ou acréscimo legal, porém se a decisão final for desfavorável ao contribuinte é cabível a exigência do imposto acrescido das multas, juros de mora e acréscimos legais. Por isso, não acato a nulidade requerida.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão de falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar e utilização indevida de crédito fiscal.

Na sua impugnação o autuado não apresentou defesa em relação à infração 1. Portanto, inexistindo controvérsia, fica mantida integralmente esta infração. Infração procedente.

No tocante às infrações 2 e 3, o autuado alegou que exerce atividade de manutenção de equipamento de processamento de dados, com garantia de substituição de peças defeituosas, tendo como cliente o Banco do Brasil.

Com relação à infração 2, verifico que conforme demonstrativo à fl. 8 e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 19/36, referem-se a operações de transferências de peças de filiais localizadas em

diversos Estados (São Paulo, Rio de Janeiro, Alagoas, Pernambuco, Piauí, Ceará, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Goiás e Santa Catarina).

Constatado que na maioria das notas fiscais enviadas pelas filiais com indicação do CFOP 6949 foi indicado no corpo das notas fiscais que se trata de “Materiais de propriedade do Banco do Brasil” (fl. 19) e em outras, apostas etiqueta indicando “Material de propriedade do Banco do Brasil transferido para fins de prestação de serviços técnicos” (fl. 28).

Pelo exposto, restou comprovado que as peças recebidas em remessa não foram adquiridas pelo estabelecimento autuado e não é concebível a utilização de crédito fiscal relativo à operação de remessa de produtos encaminhados por terceiros relativos a serviços prestados pelo estabelecimento autuado. Entendo que seria legítimo o crédito fiscal se ocorresse a aquisição de peças por parte do estabelecimento autuado quando vinculada a operações subsequentes tributadas pelo ICMS. Por isso, é indevida a utilização dos créditos fiscais e procedente a infração 2.

Relativamente à infração 3, com relação a data de ocorrência de 30/04/05 e data de vencimento de 09/05/05, vale a mesma apreciação feita anteriormente referente à infração 2, de acordo com a nota fiscal 88317 (fl. 34) que consigna “Equip. de propriedade do Banco do Brasil S/A, que ora transferimos p/fins de prestação de serviços técnicos”. Dessa forma, fica mantida a exigência a título de crédito indevido do valor de R\$1.530,00 de acordo com o demonstrativo à fl. 8.

Com relação às demais notas fiscais objeto desta infração, verifico que o demonstrativo às fls. 9/14 relaciona notas fiscais de entradas do estabelecimento autuado, cujas segundas vias foram acostadas às fls. 41/259, referente a operações internas de “retorno aplicação”.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que as notas fiscais relacionadas pelo autuante referem-se à operação de retorno de peças que anteriormente tinham dado saída para aplicação em conserto de equipamentos “com destaque de ICMS” e por não terem sido aplicadas, retornaram ao seu estabelecimento mediante emissão de nota fiscal com destaque do imposto.

O autuante contestou dizendo que “se não se destinam à comercialização ou operações industriais, não poderiam sequer conter créditos fiscais em destaque, quanto mais serem utilizados na apuração do ICMS”. Argumentou que se trata de “operações de saídas de bens de uso/consumo” e que teria dificuldade de avaliar as operações em razão dos arquivos magnéticos indicarem a expressão “genérico”, com códigos diferentes.

Observo que, conforme exposto pelo autuado, presta manutenção preventiva e corretiva de máquinas e equipamentos, e no momento da saída de peças para aplicação em consertos emite notas fiscais de saídas com destaque do ICMS e no momento do retorno de peça não utilizada lança o crédito do ICMS.

Verifico que conforme demonstrativo juntado à fl. 396 e cópias de notas fiscais juntadas às fls. 402/417, embora não muito legíveis, o autuado comprovou que no momento da saída de peças destinadas à prestação de serviço de conserto de equipamentos eletrônicos, emite nota fiscal de saída com destaque do imposto e quando não aplicada (peças) emite nota fiscal de retorno com destaque do imposto.

Convém ressaltar que o ICMS é um imposto que incide sobre circulação de mercadorias. Em algumas situações, as entradas ou saídas de peças configuram materiais de uso/consumo. Entretanto, na situação presente, o estabelecimento exerce atividade de manutenção de equipamentos eletrônicos e as operações de aquisições e saídas posteriores de peças do estabelecimento autuado configuram operações de circulação de mercadorias e tributadas pelo imposto. Logo, é correta a utilização dos créditos fiscais referentes a notas fiscais de entrada de peças em operação de retorno ao estabelecimento por não terem sido aplicadas cuja operação anterior de saída ocorreu com destaque do imposto.

Assim sendo, considero legítima a utilização dos créditos fiscais devidamente escriturados nos livros próprios, referente às notas fiscais relacionadas no demonstrativo às fls. 9/18 elaborado pelo autuante (datas de ocorrência de 31/07/06 a 31/01/09), ficando mantida a exigência fiscal com data de ocorrência de 30/04/05 e valor devido de R\$1.530,00. Infração procedente em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **206958.0003/10-6**, lavrado contra **COBRA TECNOLOGIA S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.158,76**, acrescido das multas de 50% sobre R\$952,35 e 60% sobre R\$15.206,41, previstas no art. 42, I, e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR