

**A. I. Nº** - 108880.0401-10/2  
**AUTUADO** - ESPUMACAR DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTES** - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO  
**ORIGEM** - IFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 24.08.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0225-02/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Comprovada a destinação para uso e consumo. Infração caracterizada; **b)** DESTAQUE A MAIS NO DUCMENTO FISCAL. Caracterizada a aplicação das alíquotas maiores do que as devidas nas aquisições interestaduais. Infração subsistente. 2. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. **a)** PERDA DO DIREITO AO BENEFICIO. RECOLHIMENTO A MENOS. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, resultou na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve. Infração caracterizada. **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado o recolhimento do ICMS a menos em virtude de inclusão de valores não alcançados pelo benefício fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, ora impugnado, lavrado em 27/12/2010, no valor total de R\$472.357,68, para reclamar o descumprimento de obrigação principal do ICMS conforme segue:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Consta que a empresa adquiriu mercadorias para uso e consumo e utilizou indevidamente o crédito destacado nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$4.970,90, multa de 60%;

Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$1.835,46. Multa 60%;

Infração 03 – recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. ICMS no valor de R\$88.868,38, Multa 60%;

Infração 04 – recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Consta que a empresa adquiriu diversos produtos da Espumacar Indústria e Comércio Ltda., sediada em São Paulo e vendeu com as mesmas codificações e descrições, caracterizando aquisição e venda de mercadorias adquiridas de terceiros. ICMS no valor de R\$376.682,94. Multa 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 2147 a 2163 dos autos, afirmando que a exigência não é cabível, visto que, em primeiro lugar, os produtos sofreram beneficiamento, conforme se verá na matéria de mérito e segundo, porque se operou a prescrição e decadência em parte do débito, pois a Fazenda Pública possui prazo de cinco anos para constituir o débito e cobrá-lo, e neste prazo quedou-se inerte.

Aduz que os débitos são relativos ao exercício de janeiro 2006 a dezembro de 2008, ao passo que só foi intimada dos supostos débitos em 03/2011, mais de (05) anos, sem manifestação da Fazenda Pública, sem que fosse tomada qualquer medida, e a prescrição para constituição e cobrança deve ocorrer no prazo máximo de 05 anos, conforme os artigos art. 173, I, II, art. 174 e 156, V, que passou a transcrever.

Entende que parte do débito está prescrita e parte foi pago conforme a lei.

Assegura que faltou fundamentação nas declarações apresentadas pelo fiscal, salientando a sua fragilidade.

Argumenta que deve ser efetuada uma séria e rigorosa investigação, perícia e uma análise atenta e minuciosa dos documentos, que comprovarão que a requerida agiu dentro da legalidade e de boa-fé, não pode de forma alguma ser responsabilizada, devendo o auto de infração ser considerado nulo de pleno direito.

No que se refere à Infração 01, argui que utilizou adequadamente o crédito de ICMS, visto que as compras foram de matérias primas para produção, assim correta utilização do crédito destacado, deve ser julgado nulo, de pleno direito, o presente auto de infração quanto a este item, por medida de direito e justiça.

Alinha que a utilização do crédito fiscal ocorreu da forma correta ao determinado em lei, ou seja, exatamente 17%. Assim, não houve a utilização indevida ou superior do crédito destacado, e mesmo que se admitisse eventual falha na utilização do crédito, o imposto a pagar deveria ocorrer pela diferença, e não pela totalidade do crédito de 17%, o agente fiscalizador foi omissor neste quesito, ao não informar a diferença supostamente aproveitada indevidamente.

Desta forma, entende que, seja pela forma correta da utilização do crédito de ICMS, seja pela forma deficitária da descrição da suposta falta, neste quesito o presente auto de infração deve ser considerado nulo de pleno direito.

Quanto à infração 03 – 03.08.03 e infração 4 – 03.08.04, concernentes ao beneficiamento das espumas adquiridas para posterior venda, fato que entende ter sido desconsiderado pelo agente fiscalizador, afirma que o agente fiscalizador, simplesmente ignorou a linha de beneficiamento de produtos da empresa, sequer considerou o processo artesanal, os acessórios adesivos agregados ao produto adquirido, que depois de sofrer beneficiamento é que foram vendidos, ou seja, o incentivo fiscal quanto ao beneficiamento está correto.

Assegura tratar-se de material adquirido (espumas, que chegam à empresa de forma bruta, e ao serem desembaladas passam por diversos processos de beneficiamento inclusive artesanal, conforme se verifica nas fotos em anexo, e conforme se descreve o processo produtivo: “1 – qualificação; 2 - medição de espessura e tamanho; 3 – limpeza; 4 – corte em diversos moldes diferentes; 5 – colagem de adesivos dupla face para colagem em veículos; 6 – secagem; 7 – controle de qualidade; 8 – embalagem; 9 – codificação; 10 – venda; 11 – transporte – entregas.”

Considera ficar claro que se trata de um típico processo de beneficiamento da matéria prima para venda, e no caso a matéria prima (placa de espumas), desagregada do beneficiamento efetuado pela impugnante, ela, por si só, possui valor comercial irrisório, ao passo que o produto final vendido possui alto valor agregado, pois passa por beneficiamento em diversas fases e com a tecnologia e a garantia da marca da Espumacar da Bahia Ind. e Com. Ltda.

Argumenta que se vende não são apenas espumas adquiridas de terceiros, mas matéria prima (placas de espumas), que sofre o beneficiamento com diversas etapas e tecnologia desenvolvida pela autuada.

Afirma que o fato de os produtos possuírem a mesma codificação e descrições das notas de entradas, em nada invalidam ou diminuem o beneficiamento da matéria prima adquirida, já que este procedimento é apenas para facilitar a identificação pelas coligadas do material para compra, produção, e armazenagem, ou seja, trata-se apenas de mero tramite administrativo, que não permite a leitura e nem mesmo a caracterização de compra e venda de mercadorias adquiridas de terceiros.

Requer que seja deferida a perícia técnica no local da autuação, para averiguação quanto ao processo produtivo, o que vai comprovar que a matéria prima (placa espuma), sofre verdadeiramente processo produtivo, o que por certo fulminará o presente Auto de Infração.

Requer a nulidade do auto de infração por ausência de cumprimento dos requisitos legais, alinhado o entendimento de Hugo de Brito Machado *“denomina-se auto de infração o documento no qual o agente da autoridade da Administração Tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal”*. É o auto de infração peça básica de um contencioso fiscal, dele deverão constar, obrigatoriamente, os requisitos essenciais para a sua validade.

Considera a descrição das infrações apontadas deficitária, não sendo possível auferir veracidade do fato gerador do crédito pretendido pelo Fisco, ainda mais quando se há fatos importantes a se atentar, como no caso do beneficiamento.

Afirma haver nulidade da lavratura do auto de infração, pois a autuação foi lavrada fora do estabelecimento da autuada (quiçá em computador do próprio posto de arrecadação, pois os autos foram impressos por impressora computadorizada), tendo o agente fiscalizador entregue ao representante do requerente, tão-somente para, ali, em sua frente datar a mão, as notificações.

Destaca que o Auto de Infração ampara-se em base de cálculo equivocada, sem considerar que a agente agiu dentro da legalidade e de boa-fé, pois, segundo ele, sentado em seu gabinete o fiscal não teria como auferir quanto ao beneficiamento dos produtos da autuada.

Entende que o Auto de Infração não tem qualquer eficácia administrativo-fiscal, nem validade jurídica como lançamento perfeito e regular, nem como constituição de eventual crédito tributário, com base no art. 10, “caput”, do Decreto Federal nº 70.235 de 06.03.72, que disciplina Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, da União Federal, aplicando-se subsidiariamente a esse procedimento, baixado por competência (Decreto lei no 822/69), é taxativo no sentido de que a notificação deve ser lavrada no local do fato, “in casu”, no estabelecimento do contribuinte, o que não ocorreu. Afirma também que em se tratando de atividade vinculada e regrada, isto é, sempre condicionada à observância rigorosa e estrita da expressa previsão legal, não podia o agente fiscal desenvolvê-la a seu bel entendimento, discricionariamente, como bem entendesse, pois agindo assim, certamente que desobedeceu aos mandamentos dos artigos 141, 142 e 144 do CTN, bem como ao artigo 10, caput, do Decreto no 70.235/72, além e especialmente as normas de conduta funcional a que se refere à Lei Federal no 8112/90, art. 116 incisos I e III e artigo 5º II da CF/88. Além de afirma que a doutrina específica posiciona-se também no sentido de que as notificações fiscais devam ser lavradas sempre no local da verificação da falta, ou seja, no estabelecimento do contribuinte. No presente caso, o agente fiscal procedeu aos exames técnicos contábeis, necessários à apuração da eventual falta fiscal, no estabelecimento fiscalizado. Por tal razão, quando lavrado fora do estabelecimento, o processamento fiscal fica viciado e nulifica o processo administrativo-fiscal, tornando írrito o próprio crédito constituído.

Aduz haver invalidade do lançamento, pois os elementos que deram causa ao presente são frágeis, não sendo legítimos os lançamentos que deram origem ao crédito tributário, elementos essenciais, indispensáveis, que são os contidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como o Fisco para chegar ao valor do lançamento, valeu-se de premissa equivocada, já que sequer desconsiderou o beneficiamento da matéria prima adquirida, chegando a valores irreais, já que não houve a infração indicada. O agente fiscalizador preferiu simplesmente acusar sumariamente a impugnante, utilizando critérios nebulosos, em verdadeiro arrepio da lei.

Mais uma vez considera que o Poder Tributante deve provar técnica ou documentalmente a hipótese de incidência do tributo, não o fazendo, torna-se nulo de pleno direito todo o lançamento, no caso não ocorreu a compra e venda de mercadorias de terceiros, já que a mercadoria adquirida sofreu beneficiamento.

Alinha o art. 142 do Código Tributário Nacional (o ônus da prova) argumentando que compete à autoridade lançadora do tributo, demonstrar que a matéria tributável e a base de cálculo existem. E tais elementos têm que ser tipificados por inteiro. Não podem ser baseados em mero palpite ou presunção de que houve sonegação de tributo, equívocos ou fraude, afirma o autuante, mesmo porque, fraude não se presume, e sim deve ser cabalmente provada e não é o caso do presente auto de infração, conforme amplamente justificado.

Para robustecer suas arguições de ilegalidade do Auto de Infração, transcreve ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins.

Considera necessária a clareza da base de cálculo, bem como entende que a autoridade tributante articulou premissa falsa para chegar a falsas conclusões, presumindo sonegação, onde a lei não admite presunção, mas tão somente a prova material, o que faltou, pois a fundamentação nas declarações apresentadas, salientando, mais uma vez que, são frágeis, já que houve o beneficiamento dos produtos adquiridos.

Complementa que não sendo exigível o tributo, não poderia e não pode submetê-lo à dívida ativa, posto que manifestamente infundada, bem como inexigível a multa cobrada nestes Autos.

Assinala ter havido violação ao princípio da legalidade, pois o fisco exige o pagamento de uma obrigação sem qualquer fundamentação fática dos fatos e valores determinados, ofendendo os princípios tributários aplicáveis a essa espécie, ainda mais, segundo ele, quando há prova inequívoca, de que o tributo é indevido.

Ressalta que o presente Auto de Infração deve ser considerado extinto, e, por conseguinte, serem declarados nulos os débitos injustamente cobrados, por exigir a cobrança de um tributo manifestamente inconstitucional.

Assegura que não efetuou operações que incidissem qualquer tipo de imposto ou multa, fraude ou similar, sendo amplamente demonstrado que todos os impostos foram pagos, que as diferenças apuradas e a multa aplicada são indevidas, já que houve o beneficiamento das mercadorias devidamente, agindo com lisura e boa fé.

Quanto aos juros e da multa moratória, argumenta que, num cenário econômico, onde se vivência índice inflacionário abaixo de 1% ao mês, a aplicação automática de multa moratória e dos juros, no absurdo percentual indicado pelo auto, é propiciar sob o manto da legalidade o enriquecimento ilícito e, por expediente transversal, a repudiável pena de confisco.

Aduz que a Corte Suprema decidiu: “o judiciário pode excluir ou graduar multa imposta pela autoridade administrativa” (RTJ 44/661 e RE. 55.906, 60.976 E 61.160).

Afirma que, no presente caso, não agiu dolosamente, e sim impelida por motivos imperiosos, neste diapasão, não se encontra justificativa para que o gravame seja levado às últimas consequências, até mesmo porque foi a primeira e única autuação.

Consigna que a melhor jurisprudência tem estado atenta a estes abusos do Fisco, determinando a sua redução, sem que tal atuação implique em invasão de competência do Poder Executivo. Supremo Tribunal Federal - 2ª Turma - RE 82.510 - j.11.05.76 ; TASP - AP. 27.387 - j. 23.12.58; TJSP - Ap.88.986- j.19.06.58; Supremo Tribunal Federal - 1ª Turma - RE 59.854 - j.12.09.66.

Conclui que não só pelo conhecimento da preliminar de prescrição argüidas, bem como das frágeis provas que deram origem ao suposto e abusivo crédito, como também ao mérito dessa defesa administrativa, nota, quanto ao direito em si, como também na aplicação de multa, que ambos carecem de fundamentação legal, ao que se impõe a nulidade do auto de infração, bem como da exclusão dos valores referentes às supostas irregularidades apontadas, notadamente os lançamentos considerados a títulos de multa, posto que foram impostas de forma automática, quando a sua imposição reclama a atividade administrativa da dosimetria da falta.

Por outro lado, entende que não restou configurada a efetiva inadimplência quanto ao imposto devido, pois indevida a autuação, visto que a impugnante realizou todas as operações dentro da legalidade, com lisura e boa-fé, cercou-se dos cuidados e da praxe das práticas comerciais, e de fato fez o beneficiamento dos produtos adquiridos.

Requer o cancelamento dos auto de infração acima aludido, ante a patente nulidade deste e a inexigibilidade dos débitos que consigna.

Requer que seja deferida perícia técnica no local para comprovação quanto ao beneficiamento dos produtos adquiridos, e ainda, se for necessário for, protesta pela constatação, e demais provas que se fizerem necessárias.

O autuante, às fls. 2206 a 2213, apresenta a informação fiscal afirmando que com relação à argumentação da prescrição e decadência, informa que não se aplica o disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, e sim o seu art. 173, inciso I, que dispõe:

*“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”*

Aduz que este dispositivo legal foi acolhido pelo Código Tributário da Bahia – aprovado pela Lei Nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, que no § 1º do seu art. 28, fixou o prazo de homologação como sendo de 05 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo Contribuinte.

Consigna que a infração 01 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de material de uso e consumo (luvas, óculos, sirene, placa, colete, respirador, protetor auricular e material elétrico) e que o RICMS/BA no art. 93 – inciso V – alínea “b” dispõe:

*“Art. 93. 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:*

*V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:*

*b) a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação;”*

O art. 33 – inciso I, da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996, dispõe:

*Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:*

*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010).”*

Quanto à infração 02 lembra tratar-se de utilização indevida de crédito fiscal a maior, decorrente de compras através das notas fiscais 413.253 de junho de 2007, e 6.732, 6.733 e 50.529 de julho de 2007, oriundas de São Paulo com as alíquotas de 12% e 18%, tendo sido lançado no livro Registro de Entradas nº 007, às fls.71, 78, 82 e 85, sem levar em consideração o disposto no art. 93, § 5º - inciso I, § 6º - inciso II, e § 7º - inciso IV do RICMS/BA, que passa a transcrever.

*“Art. 93. 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:*

*§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:*

*I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;*

*§ 6º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:*

*II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;*

*§ 7º Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, consideram-se pertencentes à:*

*IV - Região Sudeste - Os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo;*

Aduz que a empresa Espumacar da Bahia Indústria e Comércio Ltda. é beneficiária do programa de incentivo fiscal DESENVOLVE, aprovado pelo Dec. 8.205/2002, através da Resolução nº 28/2003, para produzir peças técnicas em espuma e feltro, sendo-lhe concedidos os seguintes benefícios:

*“I - diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:*

*a) nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação e*

*b) pelo recebimento do exterior, para o momento em que ocorrer a saída do estabelecimento importador de veículos automotores, seus componentes, partes e peças, destinados à montagem ou revenda e nas operações internas com insumos, embalagens, componentes, partes, peças, conjuntos, subconjuntos - acabados ou semi-acabados - pneumáticos e acessórios, nos termos da alínea a, inciso I e alínea a, inciso III do art. 2º do Decreto nº 6.734/97 e alterações, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização.” (grifo nosso)*

*O Dec. 8.205/2002, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, no seu art. 18, dispõe:*

*“Art. 18. 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.” (grifo nosso)”*

No que se refere à infração 03 afirma que é decorrente de atraso no pagamento da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme disposto no art. 18 do Dec. 8205/2002, acima transcrito.

Informa que o valor cobrado foi apurado através da conta corrente fiscal dos débitos passíveis de dilação, ou seja, o imposto devido da parcela beneficiada pelo DESENVOLVE, tendo sido equivocadamente deixado de cobrar o valor correspondente às operações de vendas de produtos adquiridos de terceiros. Foi lavrada uma notificação fiscal de nº 9108880004/11-9, no valor de R\$9.878,69 para cobrança do valor devido.

Alinha que foi anexado ao presente PAF cópia do livro Registro de Apuração do ICMS referente ao mês 11/2008, às fls. 550 e Relação de DAE's referente ao exercício de 2009 e 2010, às fls. 52 a 54, que comprova o recolhimento fora do prazo.

Com relação à infração 04, afirma que a empresa adquiriu diversos produtos da Espumacar Indústria e Comercio Ltda., sediada em São Paulo, e vendeu com as mesmas codificações e descrições das notas de entradas, caracterizando compra e venda de mercadorias adquiridas de terceiros.

Assegura que, nesta infração, com o objetivo de identificar e separar as operações próprias e de terceiros, foi realizado o roteiro de estoque de produtos adquiridos de terceiros da seguinte forma: foram verificadas as notas de entradas de produtos adquiridos da empresa Espumacar Indústria e Comercio Ltda., sediada em São Paulo e contabilizadas nas saídas as mesmas quantidades das entradas, sendo consideradas as saídas restantes como produção própria. Após este levantamento foi refeita a conta corrente, conforme disposto na Instrução Normativa 27/2009, separando-se as operações próprias das operações de vendas de produtos adquiridos de terceiros.

Destaca que os demonstrativos referentes ao levantamento de estoque dos produtos adquiridos de terceiros estão anexos ao presente PAF às fls. 58 a 325, 328 a 350, 353 a 472; e os demonstrativos da Conta Corrente Fiscal referente aos exercícios de 2006, 2007 e 2008 estão anexos às fls. 56, 57, 326, 327, 351 e 352.

Com relação ao local da lavratura do auto de infração, argumenta que o RPAF no art. 39 - § 1º diz: *"O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração."* Portanto, segundo o autuante, o AI foi lavrado na INFAZ Indústria conforme consta no presente PAF às fls. 1, no campo dados da lavratura, bem como o auto de infração foi lavrado em sistema oficial de processamento eletrônico da SEFAZ/BA, conforme disposto no art. 30 do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629, de 09/07/99.

Diante do exposto, mantém a autuação.

O autuado, às fls., 2216 a 2232, volta a se manifestar reproduzindo os mesmos argumentos alinhados na primeira manifestação, às fls. 2147 a 2163 dos autos, já devidamente relatados.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 04 infrações por descumprimento da obrigação principal, concernente ao ICMS, conformem já devidamente relatadas.

Verifico não caber acolhimento as preliminares de nulidade, alinhadas na peça impugnatória, tendo em vista que: a descrição dos fatos foram claramente indicados nas primeiras páginas do Auto de Infração, não suscitando dúvidas quanto aos fatos geradores do ICMS e descumprimento da obrigação principal correspondente, bem como a capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, com a indicação dos dispositivos do RICMS/BA infringidos e a multa aplicada em consonância com o art. 42 da Lei 7014/96; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, não negadas pelo autuado, que

fundamentaram plenamente a exigência fiscal, indicando como foram apurados os valores e a origem dos dados obtidos, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, constato que não houve qualquer violação ao princípio da legalidade ou de qualquer princípio inerente ao processo administrativo fiscal em questão.

Cabe, contudo, esclarecer que as demais arguições de nulidade formuladas pela defesa, como se referem a questões de méritos, serão tratadas como tal.

No que diz respeito ao local da lavratura do Auto de Infração, não cabe a aplicação dos dispositivos concernentes ao processo administrativo Federal, pois o RPAF/BA no art. 39 - § 1º alinha que: *“O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.”* Assim, o AI foi lavrado na INFAZ Indústria em consonância com o aludido ato normativo.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, pois como restará esclarecido na análise do mérito, desnecessário se faz maiores investigações quanto à destinação dos materiais adquiridos pelo autuado, considerados como para uso e consumo, ou qualquer outra questão relacionada à aquisição de mercadorias de terceiros e suas posteriores revendas, bem como em relação ao correto cálculo da exigência relacionada aos créditos indevidos, ou apuração dos valores devidos.

O impugnante, em sua preliminar de mérito, argumenta que a ciência acerca da autuação, foi obtida em março de 2011 (03/2011), assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias nos períodos entre 2006 e 2008, estariam atingidos pela decadência. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O 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, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos entre os exercícios de 2006 e 2008 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e 2013 respectivamente, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores entre os exercícios de 2006 e 2008.

No que tange ao mérito da infração 01, concernente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de material de uso e consumo, não há o que alimentar dúvidas, tendo em vista a atividade da empresa e as especificações dos produtos, quanto à destinação dos mesmos para o uso ou consumo, pois se referem a luvas, óculos, sirene, placa, colete, respirador, protetor auricular e material elétrico, cabendo, em consonância com o autuante, a aplicação do disposto no art. 93, V, “b” do RICMS/BA, que, por sua vez, remete à Lei Complementar 87/96, que em seu art. 33, I, só permite a utilização de tais créditos às mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010).



Assim, considero procedente a infração 01.

Verifico, em relação à infração 02, que se refere à utilização indevida, por parte do sujeito passivo, de crédito fiscal maior do que o devido, caber pertinência a autuação, pois ficou demonstrado pelo autuante que as compras que originaram os aludidos créditos foram através das notas fiscais 413.253 de junho de 2007, e 6.732, 6.733 e 50.529 de julho de 2007, oriundas de São Paulo com as alíquotas de 12% e 18%, tendo sido lançado no livro Registro de Entradas nº 007, às fls. 71, 78, 82 e 85, sem levar em consideração o disposto no art. 93, § 5º - inciso I, § 6º - inciso II, e § 7º - inciso IV do RICMS/BA, com evidente erro na aplicação das alíquotas, visto que o autuado é contribuinte do ICMS, cabendo a alíquota interestadual de 7% nas aquisições do Estado de São Paulo.

Além do mais, em linha oposta à arguição do autuado, consta do demonstrativo elaborado pelo autuante, às fls. 44 dos autos, que o valor reclamado foi efetivamente o crédito utilizado a mais, a diferença creditada a mais e não a integralidade de 17%.

A infração 03 decorrente do atraso no pagamento da parcela não sujeita a dilação de prazo, esse fato resulta na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme disposto no art. 18 do Dec. 8205/2002.

Verifico, conforme afirma o autuante, que o valor exigido no presente lançamento foi levantado através da conta corrente fiscal dos débitos passíveis de dilação, ou seja, o imposto devido da parcela beneficiada pelo DESENVOLVE, tendo sido equivocadamente deixado de cobrar o valor correspondente às operações de vendas de produtos adquiridos de terceiros. A cópia do livro Registro de Apuração do ICMS referente ao mês 11/2008, às fls. 550 e a relação de DAE's referente ao exercício de 2009 e 2010, às fls. 52 a 54, comprovam o recolhimento fora do prazo.

Não coube melhor conclusão para o autuado, quanto à infração 04, pois nesse caso a empresa adquiriu diversos produtos da Espumacar Indústria e Comércio Ltda., sediada em São Paulo, e vendeu com as mesmas codificações e descrições das notas de entradas, caracterizando compra e venda de mercadorias adquiridas de terceiros.

O autuante, mais uma vez foi criterioso, na medida em que identificou e separou as operações próprias e de terceiros, utilizando-se do roteiro de estoque de produtos adquiridos de terceiros que, tendo em vista os resultados obtidos de sua apuração e os demonstrativos concernentes ao levantamento de estoque dos produtos adquiridos de terceiros às fls. 58 a 325, 328 a 350, 353 a 472; e os demonstrativos da Conta Corrente Fiscal referente aos exercícios de 2006, 2007 e 2008 estão anexos às fls. 56, 57, 326, 327, 351 e 352, verifica-se que, efetivamente, cumpriu o roteiro que indicou, ou seja: *“foram verificadas as notas de entradas de produtos adquiridos da empresa Espumacar Indústria e Comercio Ltda., sediada em São Paulo e contabilizadas nas saídas as mesmas quantidades das entradas, sendo consideradas as saídas restantes como produção própria. Após este levantamento foi refeita a conta corrente, conforme disposto na Instrução Normativa 27/2009, separando-se as operações próprias das operações de vendas de produtos adquiridos de terceiros.”*

Os argumentos do sujeito passivo, com a informação de que os produtos passaram por um processo de beneficiamento, não encontra amparo após o levantamento efetuado pelo autuante, identificando as aquisições de produtos de terceiros e suas respectivas saídas contabilizadas, desnecessário se fazer diligências, conforme já alinhado, para apurar tais fatos. Verifico, inclusive, que o próprio sujeito passivo, ao contestar a autuação, afirma que os produtos vendidos possuem a mesma codificação e descrições das notas de entradas, descaracterizando as alterações nos produtos que identificam o processo de industrialização necessário para o acolhimento das arguições do autuado.

Quanto à inscrição dos valores exigidos em dívida ativa, caberá às etapas processuais posteriores tanto no campo administrativo como no judiciário, se houve.

No que diz respeito às multas e juros, estão legalmente prevista na legislação tributária estadual, assim como a exclusão da multa imposta pela Corte Suprema à autoridade, efetivamente não consta tal decisão que vincule este Estado, bem como, quanto às alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Ainda a respeito das multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada, o inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante as multas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, todas, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, conforme em última instância quer alinhar o impugnante, não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

O pedido de redução das multas, sob o argumento de que agiu de boa fé não cabe nessa instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que tal argüição deve ser dirigida à Câmara Superior, vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108880.0401-10/2**, lavrado contra **ESPUMACAR DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$472.357,68**, acrescido da multa de 60%, previstas no art.42, incisos II, “f”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR