

A. I. Nº - 120018.0303/09-9
AUTUADO - ARTESPUMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 16.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0313-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL COM VALOR SUPERIOR AO QUE DEVERIA CONSTAR. Não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação é realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração. Mantida a infração. **b)** UTILIZAÇÃO A MAIOR. MERCADORIA ORIGINÁRIA DO SUL/SUDESTE COM ALIQUOTA INCORRETA DE 12%. Foi aproveitado o crédito destacado na nota em valor superior ao efetivamente devido pelo fornecedor. Infração mantida. **c)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM A ISENÇÃO. Confirmada a isenção dos produtos. Infração mantida; **d)** MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO. Infração comprovada com parecer da ASTEC/CONSEF. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.** Não acolhida a redução da multa. Infração mantida **3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DE IMPOSTO EFETUADO A MENOS.** Não cabe competência a esse órgão fracionário do CONSEF, efetivar a compensação solicitada, quanto aos valores apontados pelo sujeito passivo. Infração mantida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2009, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$11.230,88, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em razão do destaque do imposto a maios. ICMS no valor histórico de R\$640,02; multa de 60%. Consta que foi incluído o IPI na base de cálculo.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em razão do destaque do imposto a maios. ICMS no valor histórico de R\$45,99; multa de 60%. Consta que utilizou crédito de 12%, mercadoria originária do Sul/Sudeste;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. ICMS no valor de R\$129,87. Multa de 60%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$129,87. Multa de 60%;

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$6.079,24.

6. Recolheu a menos ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). ICMS no valor histórico de R\$492,33, multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, às fls. 141 a 146 dos autos, afirmando que inexistir qualquer fundamento fático ou legal que comprove a quebra dos requisitos exigidos para a correta aferição da base de cálculo, considera que a constituição do crédito tributário não possui relação de pertinência lógica entre a realidade e o ato praticado pelo autuante.

Aduz que, em situações específicas, o motivo do ato não poderá ser dispositivo genérico de lei, mas o resultado da subsunção da norma ao fato, à luz do caso concreto. Aduz que o autuante sequer apontou de quais os documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de forma tão sucinta do Lançamento, portanto, o Auto de Infração é carecedor de aspecto fundamental, a informar a origem do suposto débito.

Alega que a ausência do motivo determinador da suposta infração produz efeitos ainda mais perversos sobre o direito de defesa e ao contraditório da Autuada, que diante da indeterminação do que lhe foi imputado se vê prejudicada quanto à busca da verdade dos fatos. Indaga: “Da leitura da descrição da infração, seria possível ao homem médio compreender com segurança o que lhe está sendo imputado? É possível ter esta resposta sem que novos esclarecimentos venham ser agregados ao auto de infração?”.

Afirma que caso concreto, a imprecisão reside justamente no aspecto nuclear da imputação, impedindo o exercício pleno do direito da defesa.

No mérito afirma que a ausência da localização das supostas discrepâncias encontradas, é possível a Impugnante, ao compulsar nas suas operações industriais de vendas identificar a existência de equívocos na apuração e cobrança do ICMS, referente aos exercícios de 2004 a 2007.

Argumenta que, assim, embora não tenha sido indicado em momento algum no corpo do lançamento ou em seus anexos, a fonte de onde os dados que compuseram a infração foram retirados, com a devida clareza e evidência, presume terem sido extraídos dos livros e comprovantes fiscais da Autuada, aos quais teve acesso a ilustre autuante.

Quanto à infração 1, aduz que a utilização do crédito de ICMS agregando-se o IPI na base de cálculo, origina-se pelo motivo da empresa ser indústria, a qual adquire estas matérias primas que são utilizadas no processo de industrialização, o que se ratifica a utilização da Base de Cálculo do IPI, uma vez que nas Saídas debitará este mesmo imposto compondo-se seus produtos elaborados e acabados.

Afirma, quanto à infração 02, a utilização do valor R\$45,99, a título de crédito fiscal a empresa baseou-se na nota fiscal do seu fornecedor.

No que se refere à infração 03, afirma que, apesar de ter recebido as notas fiscais a título de amostra grátis, ratifica que as mesmas foram utilizadas no processo de industrialização e fabricação dos seus produtos, uma vez que estas amostras fizeram parte da composição como matéria prima do produto acabado, o que justifica-se a utilização dos créditos fiscais.

Quanto a infração 04 afirma que, na condição de indústria, adquire diversas matérias primas para a composição dos produtos acabados e finais abaixo relacionados a seguir: 1 - Separador em EVA; 2 - Manta em PEBD (polietileno de baixa densidade); 3 - Calço para Computador; 4 - Placa em Polipropileno Alveolar; 5 - Caixa em Polipropileno Alveolar; 6 - Assento ou Bloco de PU (poliuretano); 7 - Fita em EVA; 8 - Placa em EVA; 9 - Sandálias; 10 - Placa de PI; 11 - Separador em EVA Soft; 12 - Colchonete para Berço de Boneca; 13 - Industrialização p/outra empresa 5.124; 14 - Separador em EVA; 15 - Manta em PEBD (polietileno de baixa densidade); 16 - Calço para Computador; 17 - Placa em Polipropileno Alveolar; 18 - Caixa em Polipropileno Alveolar; 19 -

Assento ou Bloco de PU (poliuretano); 20 - Fita em EVA; 21 - Placa em EVA; 22 – Sandálias; 23 - Placa de PI; 24 - Separador em EVA Soft; 25 - Colchonete para Berço de Boneca.

Consigna que a auditoria na sua relação considerou no período de Junho 2005 a Junho 2007, notas fiscais que foram utilizadas no processo de fabricação dos produtos relacionados do item 01 ao 25, mas reconhece como material de uso e consumo apenas as notas fiscais abaixo relacionadas que deverá ser compelida ao pagamento:

N.F. no.	Data	Crédito Indevido	Produto
753	09/09/05	43,52	Fogão ferro
19587	20/10/05	20,23	Aparelho telefônico
217797	23/11/05	10,29	Material Elétrico
353864	18/02/06	42,34	Suporte p/ banheiro
1565	18/02/06	6,78	Ventilador
2003	11/10/06	205,45	Refeição
231884	26/03/07	10,50	Material de Escritório
292351	16/05/07	62,01	Impressora a Laser
4268	25/05/07	700,23	Computador
237337	26/05/07	16,23	Material de Escritório
238092	04/06/07	27,37	Material de Escritório

Assim, considera o crédito indevido apenas o valor de R\$1.144,95, entendendo que deverão ser excluídas as demais notas fiscais por fazer parte do processo fabril da empresa, compondo-se assim os produtos finais acabados e relacionados neste item.

Argumenta que, diante da fundamentação exarada acima, não resta dúvida que esta Infração é parcialmente insubsistente, por isso requer desde logo ao Órgão de Julgamento Fiscal, seja reconhecida a nulidade parcial, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF, sendo nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Quanto à infração 05 a empresa afirma que, revendo seus arquivos, não encontrou as notas fiscais relacionadas nesta infração, mas solicita deste Egrégio Conselho a redução da Penalidade de 10%, para 1%, uma vez que é primária neste tipo de irregularidade, baseado no art. 915 do RICMS, que em resumo relata que as multas poderão ser reduzidas e/ou canceladas desde que fique provado que não houve dolo, má fé ou simulação que implique na falta de recolhimento do ICMS. Argui que se for observado sua conta corrente fiscal fica já caracterizado tal solicitação/pedido, dado a regularidade mensal dos seus recolhimentos de ICMS, ao tempo que apesar de não ter encontrado as notas fiscais constante neste item a mesma não aproveitou quaisquer créditos de ICMS contido nos documentos fiscais em questão.

Para a infração 06, aduz que na planilha anexada, verifica que nos meses de Jan/05 foi apurado um excedente de recolhimento no valor de R\$236,23 e Fev/05 de R\$10,32, que compensando-se com o total cobrado de R\$492,33, teria apenas a diferença R\$245,78, que tornar-se possível este ajuste neste PAF, evitando-se assim a formalização de processo de restituição junto a SEFAZ.

Pede o recebimento da presente impugnação e, por decorrência, a determinação dos efeitos do art. 151, III, do Código Tributária Nacional, com a conseqüente suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto da notificação ora impugnada, e seus regulares efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do nome impugnante e de seus associados em cadastro de devedores ou similar.

Pede pela sua nulidade parcial face à ausência de pressupostos objetivos essenciais do ato administrativo, tudo conforme o mérito desta peça, bem como requer provar o alegado por todos os meios de prova inscritos ou não defesos em lei.

O autuante, às fls. 150 a 152 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo que, em relação à Infração 01, a regra geral é que o IPI integra a base de cálculo do ICMS, e a exceção é justamente quando se configure fato gerador de ambos os tributos, que é o caso da autuada, que é contribuinte dos dois.

O § 2º do art. 17 da Lei 7.014/96 diz:

§ 2º - Não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Conclui que não procedem as alegações da autuada.

Quanto à Infração 02 afirma que a lei desconhece imposto destacado a maior do que o calculado corretamente de acordo com as alíquotas vigentes. Entende que mesmo que o fornecedor da autuada tenha apresentado a alíquota de 12%, cabe à mesma, creditar-se apenas do valor correto. Esta alegação, também é improcedente, conforme alinha o RICMS em seu art, 93, § 5º, inciso I, e § 6º, incisos I e II:

§ 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:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 12%;

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

Para a infração 03, assegura que em relação à mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto, dispõe o RAIMS em seu artigo 97, I, “a”:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

I - para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço:

a) não forem tributadas ou forem isentas do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida;

No que tange à Infração 04, relativa a utilizou crédito fiscal concernente à aquisição de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, afirma que a autuada reconhece um crédito indevido de R\$1.144,95 e considera o restante como matéria-prima.

Aduz que em sua escrita contábil, tais mercadorias não se encontram na conta fornecedores e sim em outras, o que não configura matéria-prima. Fica, assim, mantido o valor total da autuação relativo a este item.

Já em relação à Infração 05, assegura que o autuado reconhece tacitamente a infração ao solicitar ao este Conselho a redução da multa pela não escrituração de notas fiscais, por não ter havido dolo por parte da autuada.

A 2ª JJF, à fl. 156 dos autos, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal diligente tome as seguintes providências:

“a) descrever a participação das mercadorias não reconhecidas pelo autuado, relativas à infração 04, no processo produtivo do autuado, observando se as mesmas são inutilizadas, gastas ou destruídas a cada processo de preparação do produto final, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo

referido.

b) apresentar novos demonstrativos originalmente constantes, às fls. 11 e 12 dos autos, relacionando e excluindo da exigência tributária as mercadorias que atenderem aos pressupostos, acima alinhados, para análise da pertinência e posterior decisão desse órgão fracionário do CONSEF.”

A ASTEC/CONSEF apresenta, através do diligente, parecer atendendo a solicitação, acima alinhada, listando as mercadorias, alvo da solicitação, informando que se dirigiu ao galpão onde são fabricados diversos materiais plásticos sob encomenda, tanto para empresas do complexo Ford, como para clientes diversos, inclusive fábricas de brinquedos. Afirma que lhe foi entregue um relatório com as características e até com imagens dos materiais que contam das notas fiscais.

Assegura que nenhuma das mercadorias analisadas atende aos pressupostos do pedido, que implicaria na elaboração de novo demonstrativo, *“pois não são inutilizadas, gastas ou destruídas a cada processo de fabricação; em alguns casos, a substituição ocorre de tempos em tempos, como as navalhas que após um tempo médio de 30 dias, segundo informação dos funcionários, são substituídas por navalhas novas, outros são peças de manutenção de uso freqüente como jogo de reparo para bomba P-225, pino do rolo, rebolo cartilhado, corrente elo, etc., mas que não se trocam diariamente, e em outros, são ferramentas do ativo da empresa tais como: furadeira, guilhotina, pistolas, alicate pop e escada. Por fim, há também diversas mercadorias que são materiais de escritório como cola bastão, grampo e fita impressora, embora esta última seja também utilizada para imprimir as etiquetas de identificação dos produtos.”*

O autuado, às fls. 169 e 170 dos autos, foi cientificado da diligência, com abertura do prazo de 10 dias para se manifestar, o que não mais ocorreu.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz 06 infrações por descumprimento de obrigação principal e acessória, já devidamente relatadas.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, não apenas por serem inespecíficas, mas tendo em vista que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, uma vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, devidamente descritos no campo “descrição dos fatos” e quadro que indica a infração imputada, às fls. 01 a 03. A compreensão das infrações é visível, inclusive, quando se observa a desenvoltura do impugnante em sua detalhada defesa, abordando cada infração com os detalhes a elas inerentes. No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, inclusive anexando aos autos planilhas, cópias de livros fiscais e documentos fiscais, às fls. 10 a 136, que fundamentam o lançamento. Não havendo, dessa forma, violação aos princípios da legalidade ou da motivação ou mesmo qualquer outro concernente ao Direito Administrativo ou mesmo do Processo Administrativo Tributário, cabendo, inclusive, o atendimento do previsto no art. 151, III do CTN.

Quanto ao mérito da à Infração 01, engana-se o autuado ao entender que deve utilizar o crédito fiscal resultante do destaque do imposto contendo na base de cálculo o IPI, pois cabe razão ao autuante quando afirma que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação é realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos, na forma do § 2º do art. 17 da Lei 7.014/ 96.

Assim, ficou caracterizada a infração apontada.

Quanto à Infração 02, ainda que o fornecedor da autuada tenha destacado a alíquota de 12%, cabe ao sujeito passivo utilizar o crédito apenas do valor correto, o que efetivamente não ocorreu no

presente caso, não cabendo acolhimento ao único argumento do autuado de que baseou-se no documento fiscal do fornecedor.

Ao aproveitar o crédito destacado na nota em valor superior ao efetivamente devido pelo fornecedor, feriu o sujeito passivo o texto positivado constantes do RICMS em seu art, 93, § 5º, inciso I, e § 6º, incisos I e II.

Fica mantida a infração 02.

Para a infração 03, não cabe acolhimento ao argumento do sujeito passivo de que utilizou os produtos albergados pela isenção como matéria prima, na medida em que o art. 97, inciso IV, alínea “a”, veda a utilização de crédito fiscal, quando a operação de aquisição for beneficiada com a isenção ou não incidência, não havendo determinação em contrario na legislação que ampare o procedimento do sujeito passivo.

Assim, a infração 03 é procedente.

Verifico, após a análise da Infração 04, relativa a utilizou crédito fiscal concernente à aquisição de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, que a autuada reconhece parcialmente a exigência, contudo a parcela que não reconhece esta explicitamente declarada em outras, não constando na conta fornecedores. Contudo, para dirimir tal questão, foi designada diligência para a ASTE/CONSEF, descrever a participação das mercadorias não reconhecidas pelo autuado, relativas à infração 04, no processo produtivo do autuado, observando se as mesmas são inutilizadas, gastas ou destruídas a cada processo de preparação do produto final, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo referido. Conclui o diligente que nenhuma das mercadorias analisadas atende aos pressupostos do pedido, que implicaria na elaboração de novo demonstrativo, *“pois não são inutilizadas, gastas ou destruídas a cada processo de fabricação; em alguns casos, a substituição ocorre de tempos em tempos, como as navalhas que após um tempo médio de 30 dias, segundo informação dos funcionários, são substituídas por navalhas novas, outros são peças de manutenção de uso freqüente como jogo de reparo para bomba P-225, pino do rolo, rebolo cartilhado, corrente elo, etc., mas que não se trocam diariamente, e em outros, são ferramentas do ativo da empresa tais como: furadeira, guilhotina, pistolas, alicate pop e escada. Por fim, há também diversas mercadorias que são materiais de escritório como cola bastão, grampo e fita impressora, embora esta última seja também utilizada para imprimir as etiquetas de identificação dos produtos.”*

O autuado, às fls. 169 e 170 dos autos, foi cientificado da diligência, com abertura do prazo de 10 dias para se manifestar, o que não mais ocorreu.

Assim, verifico caber amparo ao entendimento da ASTEC/CONSEF, de tal forma que os produtos em questão estão caracterizados como de uso ou consumo.

Resta a manutenção da infração 04.

O sujeito passivo, em relação à Infração 05, reconhece tacitamente a infração ao solicitar ao este Conselho a redução da multa pela não escrituração de notas fiscais, por não ter havido dolo por parte da autuada.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso o autuado cometeu diversas irregularidades, já alinhadas nas demais infrações. Assim, diante de tantas infrações claramente cometidas, devidamente apuradas, bem como da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero a falta de registro de notas fiscais de entradas um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Assim, fica mantida a infração 05 em sua integralidade.

Em relação à infração 06 o autuado, afirma que, considerando que nos meses de Jan/05 foi apurado um excedente de recolhimento no valor de R\$236,23 e Fev/05 de R\$10,32, que compensando-se com o total cobrado de R\$492,33, teria apenas a diferença R\$ 245,78, solicitado que seja efetuado tal ajuste neste PAF, evitando-se assim a formalização de processo de restituição junto a SEFAZ.

A aluída infração 6 exige do sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), com exigência do ICMS no valor histórico de R\$ 492,33. Observo que o autuado não contesta a infração, contudo solicita compensação com valores recolhidos a mais. Verifico não caber competência a essa órgão fracionário do CONSEF tal providência, restando ao contribuinte ingressar com a devida solicitação por recolhimento a mais do imposto, que afirma ter ocorrido, observando o disposto no RPAF/BA.

Diante do exposto, não havendo contestação quanto à exigência, cabe a manutenção da infração 06.

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 **120018.0303/09-9**, lavrado contra **ARTESPUMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.151,64**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.659,31, e de 50% sobre R\$492,33, previstas no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no total de **R\$6.079,24**, prevista no art. 42, inciso IX da mesma Lei e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR