

PROCESSO	- A. I. N° 120018.0303/09-9
RECORRENTE	- ARTESTPUMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ARTSPUMAS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0313-02/11
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 07.05.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0168-13/13

**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) MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO. Infração comprovada com parecer da ASTEC/CONSEF. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Não acolhida a redução da multa. Infração mantida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Auto de Infração que exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$11.230,88, em razão de seis infrações, sendo objeto do recurso apenas as seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em razão do destaque do imposto a maior. ICMS no valor histórico de R\$640,02; multa de 60%. Consta que foi incluído o IPI na base de cálculo.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$3.843,43. Multa de 60%;
05. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$6.079,24.

Em Primeira Instância, a 2ª JJF rejeitou as preliminares de nulidade arguidas pelo contribuinte:

*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 detalha (sic) 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.*

No mérito, manteve a infração 01:

*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.*

No pertinente à infração 4, o julgamento de primeira instância assevera o seguinte:

[...] 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, gastos 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, gastos 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.

Quanto à infração 5, a Primeira Instância entendeu que o sujeito passivo reconheceu tacitamente a infração ao solicitar apenas a redução da multa pela não escrituração de notas fiscais, por não ter havido dolo por sua parte. Quanto ao pedido de redução de multa, concluíram pelo seguinte:

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.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Reconhece as infrações 2, 3 e 6.

Suscita a nulidade da autuação fiscal, pois entende que ela não permite ao contribuinte precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Assevera que a descrição da infração contida no auto de infração, e os documentos juntados pela fiscalização são insuficientes para estabelecer ao certo se o autuante constatou a venda de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada, presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais. Diz que o fato descrito é omissivo, pois se confunde a falta de registro de notas fiscais com vendas de mercadorias.

Quanto à infração 4, alega que os produtos foram utilizados no processo de industrialização, apesar de o parecer da ASTEC ter concluído em sentido contrário. Alega que o parecer foi baseado em apenas 1 item fabricado. Aduz que a diligência deveria ser feita de forma específica, mas, foi desenvolvida de forma sumária, uma vez que se baseou em navalhas, furadeiras etc., deixando de constar no seu relatório às matérias primas que foram erroneamente consideradas como material de consumo. Entende que são matéria-prima: 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.

Alega 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 (sic) item 01 ao 25, mas a empresa reconhece como material de uso e consumo apenas as notas fiscais abaixo relacionadas que deverá ser compelida ao pagamento, para a infração 4*”.

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.

Assevera que as operações apontadas pelo agente fiscal, por não se caracterizarem como circulação de mercadorias, são, portanto, inábeis à transferência do domínio e estão fora do campo de incidência do ICMS, razão pela qual não pode prosperar por sua totalidade a infração 4.

Requer a redução da multa referente à infração 5 de 10%, para 1%, alegando que: após rever os seus arquivos, não encontrou as notas fiscais relacionadas nesta infração; que é primário neste tipo de irregularidade e que não agiu com dolo. Diz que atende aos requisitos legais, pois, se for observada a sua conta corrente fiscal se percebe a regularidade mensal dos seus recolhimentos de ICMS, e que, apesar de não ter encontrado as notas fiscais constantes neste item, o recorrente não aproveitou quaisquer créditos de ICMS contido nos documentos fiscais em questão.

Em parecer de fls. 211/214, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins Sento-Sé, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Aduz que a preliminar de nulidade da autuação deverá ser rechaçada, pois o autuante descreveu com clareza solar os fatos imponíveis e as respectivas capitulações legais, logo a autuação atende a todos os requisitos do art. 39 do RPAF.

Chama a atenção que o recorrente não contesta a infração 1, razão pela qual de acordo com os termos do art. 140, do RPAF/BA, a infração deverá ser admitida como verdadeira em face do conjunto probatório dos autos.

Aduz que o pedido de diligência deve ser indeferido, pois, a questão em análise já foi objeto de investigação detalhada pela ASTEC/CONSEF, por determinação da JJF. Frisa que o parecer técnico exarado às fls. 159/160, analisa o processo produtivo do sujeito passivo e é conclusivo no sentido de que as mercadorias não são inutilizadas, gastas ou destruídas a cada processo de fabricação. Trata-se de peças de manutenção, ferramentas do ativo da empresa, mercadorias que representam materiais de escritório.

Observa que o sujeito passivo reconhece expressamente não ter localizado as notas fiscais relacionadas à infração 5, ao tempo em que requer a redução da penalidade, cuja

discricionariedade é facultada ao órgão julgador administrativo, desde que atendidos os requisitos legais do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Entende que nos autos não há prova de que a conduta infracional do contribuinte foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, e que não tenha acarretado falta de recolhimento de tributo. Além disso, diz que a falta de registro de notas fiscais de entrada prejudica a fiscalização.

## VOTO

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade apontada pelo recorrente, observo que não há qualquer dúvida quanto às infrações descritas no auto de infração. Note-se que, contraditoriamente, o contribuinte alega não ter entendido quais são as infrações, apesar de ter se defendido expressamente de todas elas na Impugnação apresentada em primeira instância, conforme foi bem observado pela 2ª JJF:

*A compreensão das infrações é visível, inclusive, quando se observa a desenvoltura do impugnante em sua detalhada defesa, abordando cada infração com os detalha (sic) a elas inerentes.*

Ademais, o parecer da PGE/PROFIS também corrobora o entendimento de que as infrações estão descritas de forma clara no auto de infração.

Por fim, não tem qualquer cabimento a alegação recursal de que não se pode estabelecer ao certo se o autuante constatou a venda de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada, presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais. Deve-se frisar que, em momento algum, o auto de infração trata de presunção de vendas ou vendas de mercadorias sem notas fiscais.

As infrações descritas se referem à utilização indevida de crédito fiscal (infrações 1 a 4), multa formal pelo descumprimento da obrigação acessória de registrar as entradas de mercadorias (infração 5), e recolhimento a menor do ICMS devido pelo Regime do SimBahia (infração 6). Todas essas infrações foram perfeitamente compreendidas pelo contribuinte, que apresentou defesa expressa para cada uma delas em primeira instância, e expressamente decidiu não insistir na discussão do mérito referente às infrações 2, 3 e 6, em seu recurso voluntário.

Destarte, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, observo que o contribuinte, além de informar que vai realizar o pagamento das infrações 2, 3 e 6, não traz qualquer argumento referente ao mérito da infração 1, conforme também foi constatado pelo parecer da PGE/PROFIS. Destarte, a infração 1 resta mantida na sua integralidade.

Quanto à infração 04, deve-se frisar que, preocupada com a observância da verdade material, a 2ª JJF decidiu por converter o processo em diligência para verificar a utilização das mercadorias cujo ICMS incidente nas suas aquisições foi utilizado como crédito pelo contribuinte.

A conclusão da diligência fiscal foi de que tais mercadorias “*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.*”.

Sobre o resultado de tal diligência fiscal, o contribuinte não se pronunciou.

A alegação recursal de que a diligência fiscal teria sido realizada de forma equivocada não tem qualquer argumento plausível. O recorrente, de forma confusa, apenas repete os mesmos argumentos lançados na Impugnação, não trazendo qualquer justificativa para que a diligência fiscal realizada seja afastada ou que seja determinada nova diligência fiscal. Ademais, cabe frisar que o contribuinte foi intimado a se manifestar do resultado de dita diligência e se manteve inerte.

Assim, não vejo motivos para que seja afastada a diligência fiscal realizada em primeira instância ou que seja realizada nova diligência, logo, indefiro o pedido recursal.

Resta, por conseguinte, subsistente a infração 4.

Por fim, quanto à infração 5, observo que o pedido recursal se limita à redução da multa com base no §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Os requisitos para aplicação de tal dispositivo são a ausência de dolo, fraude ou simulação e que o descumprimento da obrigação acessória não tenha acarretado falta de recolhimento de tributo. Entendo que o primeiro requisito está preenchido, pois, não vejo má-fé na conduta do contribuinte que indique a existência de dolo, fraude ou simulação. Note-se que tais acusações devem ser sempre provadas, pois, não se presume a má-fé.

Por outro lado, quanto ao segundo requisito, entendo que este não resta preenchido, uma vez que a falta de registro da entrada de mercadorias tributáveis é conduta que dificulta a fiscalização a ponto de impedir até mesmo a constatação da falta de recolhimento de tributo. Não bastasse isso, note-se que a infração 6, a qual o contribuinte nem mesmo se insurgiu em seu recurso, indica o recolhimento a menor do imposto.

Assim, por não estarem completamente preenchidos os dois requisitos do §7º do art. 42, da Lei 7.014/96, indefiro o pedido de redução da multa. Infração 05 subsistente.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 120018.0303/09-9, lavrado contra ARTESPUMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ARTSPUMAS), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$5.151,64, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.659,31 e 50% sobre R\$492,33, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$6.079,24, prevista no art. 42, inciso IX da mesma Lei, com os acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS