

A. I. Nº - 281076.0022/12-6
AUTUADO - COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE
AUTUANTE - SERGIO CABRAL LIBERATO DE MATTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 23.09.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-02/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS INCORRIDAS ATÉ O DESEMBARAÇO E UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. Item reconhecido. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Sujeito passivo apresenta razões de defesa que elide a acusação fiscal. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2012, exige ICMS no valor de R\$13.741,78, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Recolheu a menor o ICMS no valor de R\$2.265,82 devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme os demonstrativos Anexos A-1 e A-2 (fls. 06-07).

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 11.475,96, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Constatam dos autos demonstrativos Anexo B-1 e B-2 (fls. 08-10), onde estão relacionadas as Notas Fiscais em que o autuante diz referir-se a aquisição de material classificados como ativo fixo que não estão vinculados ao processo produtivo, o que, portanto não dão direito ao crédito do ICMS.

O autuado apresenta a peça defensiva de fls. 76 a 83, com documentos anexos, em que, inicialmente, reconhece a Infração 01 e pede a redução de 70% da multa aplicada, conforme dispõe o art. 45, I, do RPAF (Decreto 7.629/99), que o cita, por ter pago o débito lançado dentro do período de 30 dias contados da data da ciência do Auto de Infração em tela.

Sobre a Infração 02 em que é imputada a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de material destinado ao ativo fixo, não gerando direito a crédito (art. 93, V, "b" e 124 do RICMS/BA), diz que equivocou-se a fiscalização ao analisar os documentos contábeis, deixando de verificar propriamente o seu livro de registros, visto que assim tivesse procedido, teria constatado que em momento algum houve utilização do crédito por sua parte, pois esta não escriturou tais créditos nos livros fiscais e, portanto, nem se apropriou do mesmo.

Observa que, prova do quanto alegado são as cópias do livro de Registro de Entradas nos anos de 2008 (fls. 93-121) e 2009 (fls. 122-135), cuja análise conjunta/comparativa com o Levantamento Fiscal deste Auto de Infração, leva à confirmação do equívoco incorrido pelo autuante ao descrever os fatos da infração 02 e indicar o enquadramento legal não condizente com a realidade fática do caso em tela (Doc. 03 e 04).

A título de amostragem, destaca as notas fiscais 21.335 de 11/02/2008 (fl. 96) e 1.558 de 06/01/2009 (fl. 124). Em seguida diz que, assim como as demais, elas foram corretamente escrituradas no Livro de Registro de Entrada, todavia, no campo “imposto creditado”, em que não foi registrado nenhum valor, justamente pelo fato da operação se referir à aquisição de ativo fixo não gerando direito a crédito de ICMS, observação esta que inclusive consta no livro fiscal no campo “observações”.

Observa, então, se sequer escriturou o crédito no livro fiscal, como poderia minimamente ter se apropriado do mesmo? Assevera que, não há que se falar em “utilização indevida de crédito fiscal”, pois conforme consta das cópias dos livros em anexo, não houve uso de crédito algum sobre as aquisições de bens do ativo fixo, estando completamente equivocada a descrição fática da infração 02.

Arguindo as disposições do art. 28, § 3º, VI do RPAF/BA, bem assim o art. 39, V do mesmo diploma legal, diz que não há alternativa a este Conselho, à vista da comprovação da ausência de registro do crédito, senão reconhecer a total improcedência da infração 02, por ausência de ilegalidade de qualquer dos seus procedimentos no período da ação fiscal.

Destaca também, como a descrição fática da infração 02 (“utilização indevida de crédito”) não reproduz de maneira fiel os fatos, tendo em vista que não houve escrituração de crédito sobre as aquisições de bens do ativo fixo no livro fiscal e não apropriação do mesmo, além de errada a descrição fática da referida infração, errado também o enquadramento legal indicado no Auto de Infração, restando comprometida a garantia da ampla defesa da empresa, sendo caso improcedência da infração, senão, de nulidade do lançamento, nos termos do art. 18, IV, “a” c/c 20 do RPAF/BA, que o cita.

Considerando que através da presente defesa e dos documentos anexos, diz que se desincumbiu do ônus da prova que lhe cabia, demonstrando a não caracterização da infração 02 descrita no Auto de Infração, visto que não realizou a escrituração ou apropriação de créditos fixo, necessário que este Conselho reconheça a improcedência da Infração, e ainda a violação dos arts. 28, § 3º, VI e 39, V do RPAF/BA, declarando a nulidade do auto, por não conter os elementos suficientes à determinação da autuação, nos termos do art. 18, IV, “a”, RPAF/BA.

Ante ao exposto, é a presente para informar o pagamento da Infração 01 (art. 123, § 2º, do RPAF/BA) e, quanto à infração 02, requerer seja julgada totalmente improcedente, tendo em vista a exatidão dos procedimentos da defendente, que atendendo à legislação aplicável não escriturou ou mesmo se apropriou de créditos de ICMS sobre aquisições de bens para o ativo fixo.

O autuante, em sua Informação Fiscal às fls. 137-138, esclarece que a autuada reconhece a procedência total da autuação fiscal da infração nº 01 e procede ao recolhimento total da mesma, anexando DAE às folhas 91 do PAF. Sobre a infração 02, destaca a alegação da autuada de que a fiscalização equivocou-se ao analisar o livro de registros da mesma, e diz que em momento algum houve utilização do crédito pela autuada, pois esta não escriturou tal crédito nos livros fiscais e, portanto, nem se apropriou dos mesmos. Diz ainda que prova do alegado são as cópias do Livro de Registro de Entradas nos anos de 2008 e 2009 que a mesma anexa (fls. 93-135).

Após apresentar tais observações, destaca que, em relação à infração no 02, a autuação refere-se a bens classificados como ativo fixo que não estão vinculados ao processo produtivo e a alguns materiais de uso e consumo classificados indevidamente como ativo fixo, como pode ser visto de forma clara nos Anexos B-1 e B-2 às fls. 08 a 10 do PAF.

Logo, diz o autuante, como se tratam de itens classificados indevidamente pela autuada como ativo fixo (CFOP's 1551, 2551 e 2552), a mesma obviamente não poderia ter lançado os créditos dos mesmos se apropriando de forma direta no livro de Registro de Entradas, porém ao classificar indevidamente como ativo fixo a autuada coloca estes itens na sua planilha do CIAP e se apropria do crédito dos mesmos na forma de 1/48 todos os meses subsequentes diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS.

Ainda em relação à infração nº 02, informa que, para que os bens do ativo imobilizado tenham direito ao crédito, é necessário que eles estejam relacionados à atividade do estabelecimento. Salienta também que a autuada foi intimada a se pronunciar sobre o levantamento dos itens classificados indevidamente como ativo fixo, através do e-mail de 04/12/2012 (ver fls. 18 do PAF), para que a mesma colocasse a área e uma breve descrição do projeto que os mesmos fazem parte, mas a autuada não se pronunciou em relação a estes questionamentos.

Porém diz o autuante, como pode ser visto nos demonstrativos dos Anexos B-1 e B-2 (fls. 08 a 10 do PAF), temos que estes itens não estão vinculados à atividade do estabelecimento, independentemente de estarem ou não associados à área industrial, como pode ser visto pela própria descrição dos mesmos. Destaca que, a própria autuada reconhece no seu Livro de Registro de Entradas que alguns destes itens são materiais de uso e consumo, como pode ser visto na coluna “observações” das cópias deste livro anexadas pela sua defesa ao PAF, embora tenha classificado os mesmos como ativo fixo (CFOP's 1551, 2551 e 2552). São eles referentes às seguintes notas fiscais: 28515 a 28518 (ver fls. 107 do PAF); 28521, 28522 e 28542 (ver fls. 108 do PAF); 23656 (ver fls. 120 do PAF); e 103365 (ver fls. 121 do PAF).

Em face do acima exposto, pede que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Em sessão de pauta suplementar do dia 21/05/2013, a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência (fls. 144-145) ao Fiscal Autuante nos seguintes termos:

“[...]”

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 76 a 82 dos autos, na qual, informa que reconhece a Infração 01 e impugna a Infração 02.

Em relação a infração 02 diz que equivocou-se a fiscalização ao analisar os documentos contábeis, deixando de verificar propriamente o seu livro fiscal de entrada, visto que se assim tivesse procedido, teria constatado que em momento algum houve utilização do crédito reclamado na autuação

Para provar tal alegação, acosta aos autos cópias do Livro de Registro de Entradas nos anos de 2008 (fls. 43/121) e 2009 (fls. 122/135), onde diz que a análise conjunta/comparativa do levantamento fiscal, com os respectivos registros dos lançamentos nos Livro Registro de Entrada confirma o equívoco incorrido na autuação.

A título de amostragem, destaca as Notas Fiscais nº 21.335 de 11/02/2008 e 1.558 de 06/01/2009, onde alega que, assim como as demais, elas foram corretamente escrituradas no Livro de Registro de Entrada, todavia, no campo “imposto creditado”, não foi registrado nenhum valor, justamente pelo fato da operação se referir à aquisição de ativo fixo não gerando direito a crédito de ICMS, observação esta que inclusive consta no livro fiscal no campo “observações”.

O que de fato, constato sua veracidade, analisando a cópia do LRE acostado aos autos às fls. 96 (NF 21.335) e 124 (NF 1.558). Ademais observo tantas outras sinalizações no referido livro acostado, demonstrando que efetivamente o autuado não tomou o crédito das mercadorias relacionadas no demonstrativo que dá sustentação a infração 02.

Não obstante essas considerações, observo em sua Informação Fiscal (fls. 137/138) o destaque de que o Contribuinte Autuado teria lançado tais créditos nos LREs citados, porém afirma que, ao classificar indevidamente como ativo fixo a autuada coloca estes itens na sua planilha do CIAP e se apropria do crédito dos mesmos na forma de 1/48 no Livro de Apuração do ICMS. Entretanto, salvo melhor juízo, não observo nos autos nenhuma prova material nos autos de que tal atitude do autuado tenha ocorrido efetivamente.

Isto posto, em sessão suplementar do dia 21/05/2013, a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante para que seja adotadas as seguintes providências:

- *Apresentar cópia do Livro CIAP do Contribuinte Autuado, onde demonstre que efetivamente o autuado aproveitou os créditos listados no demonstrativo de folhas 8 e 9 na forma de 1/48 no Livro de Apuração do ICMS, conforme prevê a legislação sobre a matéria em lide. Necessário se faz que se demonstre o efetivo registro de todas as Notas Fiscais objeto da infração 02 no Livro CIAP, de forma semelhante como se observa os registros das referidas Notas Fiscais no LRE.*
- *Elaborar e apresentar novo demonstrativo de débito para cada mês de ocorrência do fato gerador que compõe a Infração 02, abrangendo todos os aspectos da defesa, que julgue procedente para elidir ou não cada item da infração, seja de forma parcial ou total.*

- Cientificar o autuado do resultado da informação fiscal, caso haja alteração de valor nos itens da autuação, conforme depreende os termos do §7º do art. 127 do RPAF/BA, observado o disposto no § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal.

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para julgamento.”

Às fls. 153 a 157 o Fiscal Autuante acosta sua Informação Fiscal em atendimento ao pedido de diligência anteriormente destacada, que a seguir passo a expor:

Em relação à infração nº 02, informa que durante a fiscalização a autuada foi intimada para apresentação do livro CIAP (ver fls. 13 a 15 do PAF), porém o CIAP que ela nos apresentou só tinha os valores globais, sem que fossem discriminadas as notas fiscais que compõem o mesmo. Diante disto usou os dados dos arquivos do SINTEGRA para verificar quais itens, com CFOP's 1551, 2551 e 2552, que estariam sendo lançados como ativo fixo, e desta forma, à luz do seu entendimento, iriam compor a planilha do CIAP.

Assim, montou as planilhas dos Anexos B-1 e B-2 (fls. 8 a 10 do PAF), com itens que não têm nenhum vínculo com o processo produtivo da autuada, pois ao classificar tais itens como CFOP's 1551, 2551 e 2552 a autuada deve lançá-los na sua planilha do CIAP. Caso não pretendesse lançá-los na planilha do CIAP deveria tê-los classificados como materiais de uso e consumo CFOP's 1556 e 2556.

Ainda em relação à infração nº 02, informar que devido a autuada ter classificado tais itens como CFOP's 1551, 2551 e 2552, ela não poderia lançar os créditos dos mesmos diretamente no livro Registro de Entradas, como realmente não o fez. Porém lançou os créditos diretamente no livro de Registro de Apuração do ICMS de acordo com sua planilha do CIAP (*“que nos apresentou apenas de forma resumida”*).

Ainda em relação à infração nº 02, diz que, que após elaborar as planilhas dos Anexos B-1 e B-2, com os itens classificados indevidamente como ativo fixo, submeteu as mesmas para a análise da autuada para que ela preenchesse os campos de área e/ou centro de custo e qual o projeto que estariam vinculados, conforme e-mail de 04/12/2012 à fl. 18 do PAF, sendo que a autuada nunca se pronunciou sobre o assunto.

Ainda em relação à infração nº 02, informa que a própria descrição dos itens não deixa dúvida sobre sua classificação indevida, conforme pode ser visto nos Anexos B-1 e B-2 às fls. 08 a 10 do PAF. Diz que pode ser visto nesses anexos diversos móveis e utensílios (cadeira, mesa redonda, mesa com prateleira, armário, gaveteiro, estante, base p/cadeira giratória, persiana PVC, fechadura, dobradiça, porta), aparelhos eletrônicos (DVD, nobreak, máquina fotográfica, máquina para café, fragmentadora), Itens de segurança e saúde ocupacional (rádio transceptor, laringoscópio, barra sinalizadora, KIT de emergência ambiental, luva operacional, balaclava, casaco p/bombeiro, calça p/bombeiro, extintor de pó ABC), ferramentas (alinhador SKF, relógio comparador, pistola de pintura, furadeira, engraxadeira, lixadeira, talha manual, grifo, torquímetro, analisador de vibração, chave inglesa), e itens de laboratório (bureta de vidro, e coluna cromatográfica).

Logo, como demonstrado acima, diz que os bens utilizados para manter as atividades administrativas, de laboratório, segurança, saúde ocupacional e o uso de ferramentas não têm vínculo direto com o processo produtivo da autuada, e, portanto, devem ser considerados como materiais de uso e consumo. O Fiscal Autuante cita vários outros argumentos de convencimento do seu entendimento.

Quanto à solicitação do item “a” da diligência para apresentar cópia do CIAP do Contribuinte Autuado, onde demonstre que efetivamente o autuado aproveitou os créditos listados no demonstrativo de folhas 8 a 10, na forma de 1/48 no livro de Registro de Apuração do ICMS, informa que a autuada não apresentou o CIAP durante a fiscalização, tampouco o fez na sua defesa, pois se ela não lançou os itens classificados com CFOP's de ativo fixo na sua planilha de CIAP, deveria tê-la anexado na sua própria defesa.

Portanto, acha que tal solicitação deve ser feita por um Auditor Fiscal estranho ao Auto de Infração, pois, por entender que é parte interessada no referido Auto de Infração, não se sente à vontade para intimar novamente a autuada para apresentar o CIAP.

Quanto às demais solicitações (itens “b” e “c”), da diligência ficam prejudicadas pelo descumprimento do item “a”.

A guisa de conclusão, pede a manutenção da Infração nº 02, do presente Auto de Infração pelas razões já elencadas acima.

VOTO

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 2 (duas) infrações, sendo a infração 02 combatida. A infração 01 que trata de recolhimento a menor do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme os demonstrativos Anexos A-1 e A-2 (fls. 06-07), foi devidamente acatada pelo autuado, em consequência considerada subsistente pelo reconhecimento tácito do sujeito passivo.

A infração 02 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2008 e 2009, constantes dos demonstrativos Anexo B-1 e B-2 (fls. 08-10), sob a acusação de que, na sua grande maioria, os bens foram classificados, no livro CIAP, como ativo fixo, que, à luz do entendimento do autuante, por não estarem vinculados ao processo produtivo, não ensejariam o uso do crédito destacado nas Notas Fiscais.

Consta dos argumentos defensivos da autuada de que em nenhum momento houve utilização, por sua parte, dos créditos relativos às Notas Fiscais constantes dos demonstrativos objetos da infração 02, pois, em que pese terem sido corretamente escrituradas no livro Registro de Entrada (LRE), no campo “*imposto creditado*”, não foi registrado nenhum valor, justamente por entender que tais aquisições não lhes dariam direito ao uso dos créditos. Aliás, tal propositura foi confirmada pelo próprio autuante em sua Informação Fiscal, bem como pela análise das cópias dos livros Registro de Entradas dos anos de 2008 e 2009 acostadas aos autos às fls. 93 a 135.

Destaca, ainda, a autuada, de que, como a descrição fática da infração 02 -“*utilização indevida de crédito*”- não reproduz de maneira fiel os fatos, tendo em vista que não houve escrituração de crédito sobre as aquisições de bens do ativo fixo no livro fiscal, e, por conseguinte, não ocorreu apropriação do mesmo, além de errada a descrição fática da referida infração, errado também o enquadramento legal indicado no Auto de Infração, resta comprometida a garantia da ampla defesa da empresa, sendo, à luz do seu entendimento, caso de improcedência da infração, senão, de nulidade do lançamento, nos termos do art. 18, IV, “a” c/c 20 do RPAF/BA, conforme a seguir descrito:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;(Grifo acrescido)

...

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Da análise das peças que compõe o presente processo, observo que a autuação seria passível de julgamento pela nulidade, por restar procedente os argumentos de defesa, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso a questão de nulidade, deixando de apreciar as alegações de nulidade suscitadas pelo defendente, porque no mérito a exigência fiscal não subsiste, podendo ser decidido a seu favor.

Preliminarmente, à luz das cópias dos livros Registro de Entradas dos anos de 2008 (fls. 93-121) e de 2009 (fls. 122-135) claramente se observa que as Notas Fiscais constantes dos demonstrativos,

objetos da infração 02, foram devidamente lançadas, pela autuada, sem tampouco se creditar do ICMS destacado, conforme determina a legislação, em relação às aquisições de mercadorias que não ensejam uso do crédito fiscal pelo adquirente, no caso específico para integrar o ativo fixo, que não estão vinculados ao processo produtivo, e de uso e consumo.

Segundo, dado a declaração do Fiscal Autuante, na sua Informação Fiscal, de que, em que pese o autuado ter efetuado os lançamentos da Notas Fiscais constantes dos demonstrativos, objetos da infração 02, de forma correta nos livros Registro de Entradas competentes, o mesmo teria lançado todas as citadas Notas Fiscais no CIAP se apropriando dos créditos de forma indevida; em sendo assim, com respeito ao princípio da verdade material, foi convertido o presente processo em diligência (fls. 144-145) nos seguintes termos: “[...] *Apresentar cópia do Livro CIAP do Contribuinte Autuado, onde demonstre que efetivamente o autuado aproveitou os créditos listados no demonstrativo de folhas 8 e 9 na forma de 1/48 no Livro de Apuração do ICMS, [...]*”.

Sobre tal pedido, responde o autuante à fl. 157 dos autos: *“tenho a informar que a autuada não apresentou tal livro do CIAP durante a fiscalização, tampouco o fez na sua defesa, pois se ela não lançou os itens classificados com CFOP’s de ativo fixo na sua Planilha CIAP, deveria tê-la anexado na sua defesa. Poranto, acho que tal solicitação deve ser feita por um Auditor Fiscal estranho ao Auto de Infração, pois eu sou parte interessada no referido Auto de Infração e não me sinto à vontade para intimar novamente a autuada para apresentar tal Livro CIAP.”*

Desta forma, o resultado da diligência indica que o Fiscal Autuante não dispõe de nenhum elemento probante de que o contribuinte teria cometido tal insubordinação à legislação fiscal, o que infringe de forma direta o princípio da verdade material. Deve-se predominar no Processo Administrativo Fiscal a busca pela verdade dos fatos, ou seja, a autenticidade fática da ocorrência fiscal. Ainda que os fatos probantes requeridos ou produzidos não atentem para alguns requisitos formais, importa conhecer o que de fato aconteceu.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 142 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a recusa de qualquer das partes em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Portanto, corroborado pelas razões de defesa contundentes do defendente para a presente autuação, considero que o conjunto de provas apresentado pelo Fiscal Autuante não são suficientes para caracterizar a infração 02.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restar procedente a infração 01 pelo reconhecimento do sujeito passivo e improcedente a infração 02 por considerar insubsistente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281076.0022/12-6** lavrado contra **COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.265,82**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos VII, alínea “a”; III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2013

JOSE CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR