

A. I. N° - 281508.0003/12-5
AUTUADO - CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA – FERBASA
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 27/11/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0250-03/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE CONSUMO. É vedado utilizar crédito fiscal relativo a material de consumo. Refeitos os cálculos, mediante diligência fiscal realizada por preposto estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. b) AQUISIÇÕES DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Revisão fiscal efetuada por Auditora Fiscal estranha ao feito apurou que não houve utilização indevida de crédito fiscal. Infração insubstancial. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração parcialmente comprovada, de acordo com o resultado da diligência fiscal realizada por preposto fiscal estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, refere-se à exigência de R\$594.511,96 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2011. Créditos indevidos utilizados no CIAP, relativos às aquisições internas e interestaduais, consoante notas fiscais e documentos do CIAP juntados ao PAF. Valor do débito: R\$158.185,89.

Infração 02 – 01.03.12: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Crédito fiscal de diferença de alíquota que não considerou na sua apuração as operações de saídas não tributadas. Valor do débito: R\$297.506,49.

Infração 03 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a julho; setembro, novembro e dezembro de 2011. Valor do débito: R\$138.819,58.

À fl. 205 o autuado apresentou requerimento solicitando emissão de DAE para pagamento parcial do débito apurado no presente Auto de Infração, no valor histórico de R\$85.019,71, relativamente a parte das infrações 01 e 03.

O autuado apresentou impugnação (fls. 212 a 229 do PAF). Comenta sobre a tempestividade da defesa, transcreve os fatos constantes no Auto de Infração e alega que cometeu erro ao fornecer ao autuante uma relação dos bens lançados no livro Controle de Crédito de ICMS Ativo Permanente – CIAP, informando alguns deles como peças de reposição, o que não está correto, por se tratar de bens integrados ao Ativo Fixo que foram construídos e montados no parque industrial da empresa, por meio de Ordens de Investimentos. Solicita que tais informações constantes na relação elaborada pela empresa sejam reconsideradas, afirmando que agiu conforme as normas previstas no CTN, COTEB, RICMS/BA/97, vigente à época do fato gerador e o Regulamento do DESENVOLVE.

Quanto à infração 01 alega que o autuante efetuou sua análise com base nos bens escriturados no livro CIAP, e quando existiu dúvida o preposto fazendário solicitou relação dos bens escriturados no mencionado livro. Em decorrência de alguns equívocos constantes na relação de bens, o autuante entendeu que se tratava de partes e peças de reposição de bens já integrados ao ativo imobilizado. Assegura que tais partes e peças são componentes de uma estrutura estável e duradoura, ou seja, com o surgimento de novos bens. Informa que em harmonia com os procedimentos fiscais adota para seus projetos de investimentos na rubrica contábil do Ativo Permanente, por meio das Ordens de Investimentos, todas as aquisições onde são computadas as despesas para fins de composição da imobilização em andamento. Reconhece que efetuou lançamentos de forma equivocada no livro CIAP, de peças de reposição destinadas ao reparo, conserto, etc. e por esta razão, nesta infração, reconhece o débito no valor histórico de R\$71.744,71, conforme demonstrativo de débito que elaborou à fl. 217.

Quanto à infração 02, alega que o autuante, ao interpretar os critérios da hipótese tributária nos aspectos material, espacial e temporal, não o fez de forma extensiva. Entende que para fins de cálculo do fator de apropriação previsto no inciso III, § 1º, art. 93 do RICMS/BA, considerando que o autuado não observou o inciso II do mesmo artigo, que não admite a utilização de crédito fiscal em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período, o autuante interpretou como operações de saídas não tributadas, não considerando de forma correta os critérios da hipótese tributária, o RICMS e normas expedidas pela DITRI, que estabelecem a forma de apurar o fator de apropriação para utilização de crédito fiscal sobre as entradas de bens destinados ao ativo fixo.

Em relação à infração 03, alega que o autuante não considerou que a empresa é habilitada aos benefícios do Programa DESENVOLVE, por meio da Resolução nº 131/2005, de 26/04/2005, publicada no DOE de 27/04/2005, concedendo-lhe, além da dilação do prazo, o diferimento no lançamento e pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação. O defendantre reconhece que efetuou lançamento de forma equivocada no livro CIAP de peças para reposição que foram destinadas para fins de reparo, conserto, etc., por essa razão, nesta infração reconhece o débito no valor histórico de R\$13.275,00, conforme demonstrativo de débito que elaborou à fl. 220 dos autos.

Prosseguindo, o defendantre alega que não procede a imputação de infringência às normas do RICMS/BA, no tocante à apropriação de créditos fiscais de bens destinados ao Ativo Fixo e seu respectivo lançamento no livro CIAP, porque não foram observadas na autuação as normas gerais do Direito Tributário e o próprio RICMS/BA. Salienta que o preposto fazendário está correto no seu entendimento, apenas em relação aos débitos oriundos de peças de reposição que foram objeto de reparo ou conserto por terceiros, os quais o defendantre reconhece, no valor total de R\$85.019,71. Diz que o pagamento já foi realizado no Banco Bradesco, incluindo o valor principal, juros e multa, conforme DAE que acostou aos autos.

Volta a apresentar alegações quanto à infração 01, citando o Parecer 06803, de 28/04/2009, da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, salientando que tal Parecer, como ato administrativo, tem força regulamentar, considerando as suas qualidades jurídicas.

Repete as alegações defensivas quanto à infração 02, ressaltando que no caso de suspensão do ICMS, as operações são realizadas sob condições. Que devem ser desconsideradas as saídas provisórias, tais como: remessa para industrialização, remessa para conserto, remessa para demonstração, remessa para depósito fechado. As referidas saídas não reduzem estoques, constituem simples deslocamentos físicos sem implicações de ordem patrimonial.

Em relação à infração 03, repete a alegação de que o autuante não observou que a empresa foi habilitada ao Programa DESENVOLVE, sendo concedido diferimento no lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo.

O defendente finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração, com reconhecimento apenas e tão somente dos valores indicados nas razões defensivas quanto à parte reconhecida do débito apurado nas infrações 01 e 03, totalizando R\$85.019,71.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1017 a 1026 (VOLUME IV) dos autos. Transcreve as alegações defensivas e ressalta que interpretou que alguns bens lançados no CIAP como partes e peças de reposição que suprem o desgaste que decorre do uso normal dos bens e que são contabilizados como despesas, não compondo o conceito de ativo imobilizado, baseado em informações a ele prestadas, pelo engenheiro de manutenção da empresa, onde se encontra descrita a aplicação/destinação de cada um dos bens objeto da ação fiscal, após intimação formal ao contribuinte para prestar as informações. Esclarece que as informações encontram-se às folhas 15/19 do PAF, com assinatura do Gerente de Manutenção da empresa e chanceladas pelo Gerente de Contabilidade, dando conta de que tais partes e peças foram utilizadas para substituição e reparo, portanto, não poderiam, em consonância com o artigo 93, do RICMS/BA, Decreto 6.284/97, ser escrituradas como bens do ativo fixo.

Acrescenta que a alegação do autuado de que cometeu erro ao fornecer as informações equivocadas, não deve ser acolhida, visto que a autuação não está baseada apenas nas informações prestadas pelo preposto do autuado, mas também, em farta documentação, da lavra do próprio autuado, que está na mais completa harmonia com as informações prestadas por seus empregados, gerentes da manutenção e da contabilidade. Informa que nos Pedidos de Compras de fls. 37, 42, 48, 61, 62, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 84, 88, 89, 90, 91, 95, 96, 101, 102, 104, 106, 107, 108, 115, 124, consta como aplicação dos respectivos materiais, a manutenção de equipamentos diversos. Afirma que esta infração deve ser mantida na sua totalidade, pois sustentada em informações prestadas por prepostos qualificados da empresa, responsáveis pela manutenção e pela gerência de Contabilidade, bem como em farta documentação anexada ao PAF, todos da lavra do autuado.

Com relação à infração 02 informa que de acordo com o artigo art. 25 do RPAF/BA, “A interpretação normativa da legislação tributária estadual será feita por meio de portarias do Secretário da Fazenda, sem prejuízo da orientação feita pelo Superintendente da Administração Tributária, através de instruções normativas”. O autuante afirma que não conhece qualquer publicação normativa, que autorize fator de apropriação diverso daquele constante no inciso II, do parágrafo 17, do artigo 93 do RICMS-BA/97, Decreto 6.284/97, assim expresso: “Em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período”. A esta forma de apuração, o inciso III do mesmo parágrafo, equiparou às operações tributadas, as saídas e prestações com destino ao exterior.

Entende que, se o próprio contribuinte confessa que não observou as regras contidas nos incisos II e III, do parágrafo 17, do artigo 93 do RICMS-BA/97, Decreto 6.284/97, deve acatar a sanção

imposta através do auto de infração impugnado, descabendo o acolhimento de argüições do autuado que divergem do quanto estabelece a legislação tributária do Estado da Bahia.

Também afirma que não pode ser acolhida a alegação defensiva de que o Parecer 13.235 de 04/08/2009, que o autuado diz ter sido emitido pela DITRI, tenha caráter normativo, pois de acordo com o artigo 25 do RPAF/BA, “A interpretação normativa da legislação tributária estadual será feita por meio de portarias do Secretário da Fazenda, sem prejuízo da orientação feita pelo Superintendente da Administração Tributária, através de instruções normativas”.

Relativamente à infração 03 diz que a alegação defensiva é uma tentativa inócuia de levar o julgador a erro, pois não consta do auto de infração, a cobrança de diferença de alíquota de nenhum bem destinado ao ativo fixo da empresa autuada, mas tão somente, das mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, mercadorias estas, que o contribuinte classificou indevidamente como bens do ativo, utilizando, indevidamente, de crédito fiscal inexistente, sonegando o recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, recursos essenciais para que o Estado preste à população os relevantes serviços de educação, saúde, segurança, etc., constitucionalmente a ela assegurados.

Informa que ocorreu, de fato, é que, para se eximir do pagamento da diferença de alíquota, na aquisição de peças de reposição (substituição) e conserto dos seus equipamentos, o autuado chegou transformar na sua escrituração, especialmente no CIAP, buchas, porcas, parafusos, arruelas, abraçadeira, rolamentos em MOTORES DIESEL SCANIA, como se pode constatar nas notas fiscais de folhas 20/36, procedimento que afronta a legislação tributária do Estado da Bahia, ficando assim demonstrado, que as alegações do contribuinte de que a autuação fiscal afronta a Lei Complementar 87/1996 e a Constituição Federal, é mera retórica, pois não se está cobrando imposto em cascata como alegado, mas apenas aquele efetivamente devido à Fazenda Pública, de cujo pagamento o contribuinte tentou se eximir, por meio de manobras contábeis, descrevendo peças como porcas, parafusos e arruelas, como se fossem motores.

Ressalta que o parecer transcrito pelo defendente à folha 223 do PAF, não conflita com a ação fiscal, visto que as autuações foram feitas justamente porque está provado documentalmente, que as mercadorias objeto da ação fiscal, relativas às infrações 01.02.02 (utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de peças de reposição) e 06.02.01 (falta de pagamento da diferença de alíquota na aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao uso e o consumo do estabelecimento), foram efetivamente destinadas ao uso e o consumo do estabelecimento, de modo que, não poderiam ser transformadas em bens do ativo fixo sem ferir a legislação tributária do Estado da Bahia. Pede a procedência do Auto de Infração.

O defendente se manifestou às fls. 1033/1034, aduzindo que o autuante não reconhece os registros contábeis da empresa, considerando-os inclusive como “manobras contábeis”. Por isso, o defendente requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito no sentido de que sejam realizados novos levantamentos e apurações sobre o real direito ao crédito fiscal e sua eventual incidência. Pede a improcedência do Auto de Infração, com reconhecimento apenas e tão somente dos créditos das infrações 01 e 03, no valor histórico total de R\$85.019,71.

Tendo em vista que foram realizados novos estudos sobre a matéria em questão, concluindo-se que na apuração do coeficiente mensal visando determinar o montante do crédito a ser apropriado, devem ser consideradas apenas as operações e prestações concernentes às atividades operacionais da empresa, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fls. 1042/1043), recomendando que fossem refeitos os demonstrativos da infração 02, observando os critérios na definição do que deve figurar no numerador da equação, do que deve figurar no denominador e do que não deve figurar, nem no numerador, nem no denominador.

Também foi solicitado que após o cumprimento da diligência, a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópia do encaminhamento de diligência, e de todos os elementos que

fossem acostados ao PAF pelo autuante, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, concedendo o prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar.

Em atendimento ao solicitado, o autuante presta nova informação fiscal à fl. 1048/1085, dizendo que seguiu todos os parâmetros estabelecidos no encaminhamento da diligência e refez a planilha referente à Apropriação de Crédito do ICMS do Ativo Imobilizado. Esclarece que a referida planilha foi gravada em mídia eletrônica anexada ao presente processo, onde estão demonstradas as operações realizadas. Ratifica a informação fiscal anteriormente prestada e pede a procedência do Auto de Infração.

O defensor foi intimado da informação fiscal e do novo demonstrativo elaborado pelo autuante. Não discorda dos critérios indicados no encaminhamento da diligência, mas alega que o autuante não entendeu os parâmetros solicitados na medida em que não considerou a equação matemática proposta nos procedimentos realizados. Citou como exemplo o mês de janeiro de 2011, dizendo que o valor apurado para o numerador, quando migrado para o Demonstrativo de Apropriação de Crédito do ICMS foi em valor superior ao permitido. Também alega que no denominador, foi considerado o valor total das saídas de mercadorias e prestações de serviços. Diz que o IPI não compõe a base de cálculo para fins de ICMS, o que implica redução do coeficiente. O defensor cita outros exemplos e pede que seja desconsiderada a diligência fiscal realizada pelo autuante, afirmando que não foram observados os parâmetros estabelecidos na apuração do coeficiente de creditamento mensal do imposto relativo aos bens do ativo permanente registrados no CIAP. Pede a improcedência do presente Auto de Infração, com o reconhecimento, apenas e tão somente dos valores acatados quanto às infrações 01 e 03.

À fl. 1099 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente procedesse a uma revisão do levantamento fiscal, adotando as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado para apresentar demonstrativo indicando os equívocos constatados no levantamento fiscal.
2. Solicitasse ao defensor a apresentação dos documentos e livros fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas.
3. Confrontasse os dados apresentados pelo defensor com os demonstrativos do autuante, de acordo com os documentos originais do autuado.
4. Fizesse retificações, se necessário, de acordo com os critérios recomendados na diligência às fls. 1042/1043, elaborando nova planilha de cálculo
5. Elaborasse novo demonstrativo de débito referente à infração 02

Em seguida, a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópia do encaminhamento de diligência, e de todos os elementos que fossem acostados ao PAF, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, concedendo o prazo de dez dias para o mesmo se manifestar.

Em atendimento ao solicitado foi efetuada diligência fiscal por Auditora Fiscal estranha ao feito, conforme fls. 1104/1105, sendo informado que após o recebimento da documentação enviada pelo contribuinte foi constatado que a divergência entre os demonstrativos do autuante e do contribuinte reside nos seguintes fatos:

1. O autuante ter considerado no denominador o valor das remessas para depósito, CFOP 5905, que não entrou no somatório do numerador. Esse CFOP não deve figurar no cálculo do coeficiente por que não devem ser computadas no cálculo as saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

2. O autuante não ter deduzido o IPI do valor do denominador.

A Auditora encarregada pela diligência informou que foram elaborados novos demonstrativos, analítico e resumo, com os CFOP que não devem figurar no denominador e/ou numerador devidamente destacados, assim como os valores da base de cálculo, valores totais e valores do IPI deduzidos, todos apensados à diligência. Tais valores foram verificados através de escrituração fiscal digital do contribuinte entregue à SEFAZ.

Informa que após a elaboração dos demonstrativos e aplicação dos coeficientes ao crédito imobilizado e a consequente comparação com o crédito apropriado pelo contribuinte, não restou creditamento indevido. Por isso, não há demonstrativo de débito a apresentar.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 1139), acompanhada de cópia do resultado da diligência efetuada, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defensor. O autuante também tomou conhecimento (fl. 1143), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

Considerando que na sustentação oral realizada em sessão de julgamento o defensor afirmou possuir documentos comprobatórios relativos aos investimentos alegados nas razões de defesa, esta Junta de Julgamento Fiscal, vencido o voto do relator, deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de Origem (fl. 1160) solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente:

1. Intimasse o defensor a comprovar as alegações defensivas referentes às aquisições de partes e peças de máquinas e equipamentos destinados a investimentos em projetos industriais que tenham como destino final o ativo imobilizado do contribuinte, entendido como bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento.
2. Caso comprovado, permitindo a apropriação de créditos fiscais decorrentes de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, que fossem excluídos os valores do respectivo levantamento fiscal (infrações 01 e 03), apurando o débito remanescente.

Também foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópia do encaminhamento de diligência, e de todos os elementos que fossem acostados ao PAF em cumprimento à diligência fiscal, concedendo o prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo.

Em atendimento, foi informado por preposto estranho ao feito (fls. 1166/1167), que após análise dos livros e documentos fiscais apresentados pelo defensor, foi constatado que diversos produtos incluídos pelo autuante nas planilhas acostadas às fls. 10 a 14, como sendo material para uso e consumo do estabelecimento, tais como: ESTRUTURA DE PARTE INFERIOR DA CAUDA DA CASTING MACHI, ESTRUTURA DA PARTE SUPERIOR DA CAUDA A CASTING MACHI, ESTRUTURA DO BATEDOR e diversas outras estruturas, são na verdade, bens destinados ao ativo permanente da empresa, constituindo-se em partes de um conjunto e, como tal, corretamente classificadas pelo autuado. Informa que remanescem algumas peças e partes destinadas a reposição, conforme nova planilha de débito anexada ao presente PAF, sob o título “AQUISIÇÃO INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO CLASSIFICADAS COMO ATIVO”. Desse modo, informa que remanesce um débito concernente à infração 01, no montante de R\$71.744,70.

Quanto à infração 03, informa que foram excluídos do levantamento fiscal os débitos tributários cobrados a mais, referentes às diferenças entre as alíquotas interna e interestadual, decorrente das aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, tendo sido anexado novo demonstrativo com os valores remanescentes. Processados os necessários expurgos e correções, remanesce um saldo final nesta infração, no montante de R\$13.275,00. Juntou novos demonstrativos às fls. 1168/1169.

Intimado quanto ao resultado da diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o defensor se manifestou às fls. 1178 a 1181, aduzindo que a diligência realizada atendeu aos

parâmetros solicitados por este Órgão Julgador, na medida em que, mesmo de forma suscita, considerou as razões de defesa quanto à comprovação da composição das “Ordens de Investimentos” para fins de formação dos bens classificados no Ativo Imobilizado. Da mesma forma, foi acolhida a tese defensiva quanto à infração 03.

O defendente entende que não pairam dúvidas acerca da procedência das alegações defensivas, e tudo foi corroborado pelo relatório da diligência fiscal. Reitera todos os termos da defesa apresentada e requer seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, com reconhecimento apenas e tão somente, dos débitos da infração 01, no valor histórico de R\$71.744,21 e da infração 03, no valor histórico de R\$13.275,00, os quais já foram devidamente quitados.

O autuante também se manifestou às fls. 1186/1187, afirmando: “analisando os documentos juntados pelo diligente, folhas 1166/1170, verifico que não foi juntado qualquer documento novo ao PAF, como determinado no item 1, do pedido de diligência, constando apenas demonstrativo de débito, no exato valor daquele já reconhecido e pago pela autuada”.

Salienta que a diligência não trouxe qualquer documento novo ao PAF que desconstitua os elementos que o autuante juntou ao PAF, fls. 20/124, de forma que não concorda com o resultado da diligência fiscal realizada. Pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente e ratifica o inteiro teor da informação fiscal às fls. 1017/1026.

VOTO

O autuado requereu a produção de prova consubstanciada em perícia contábil. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foram realizadas diligências fiscais pelo autuante e prepostos fiscais estranhos ao feito, que refizeram o levantamento fiscal com base nos documentos fornecidos pelo defendant, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado das mencionadas diligências fiscais.

As infrações 01 e 03 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dessas infrações foi efetuada de tal forma que as acusações fiscais estão relacionadas ao ativo permanente do estabelecimento autuado.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2011. Aquisições internas e interestaduais de bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, considerados pelo autuado como bens do ativo permanente, e os respectivos créditos fiscais foram indevidamente utilizados no CIAP, consoante notas fiscais e documentos do CIAP juntados ao PAF. Demonstrativos às fls. 08, 10 a 12 do PAF.

O autuado alegou que cometeu erro ao fornecer ao autuante uma relação dos bens lançados no livro Controle de Crédito de ICMS Ativo Permanente – CIAP, informando alguns deles como peças de reposição, o que não está correto, por se tratar de bens integrados ao Ativo Fixo que foram construídos e montados no parque industrial da empresa, por meio de Ordens de Investimentos. Tais partes e peças são componentes de uma estrutura estável e duradoura, ou seja, com o surgimento de novos bens.

O defendente disse que efetuou lançamentos de forma equivocada no livro CIAP, de peças de reposição destinadas ao reparo, conserto, etc. e por esta razão, nesta infração, reconheceu o débito no valor histórico de R\$71.744,71.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que a autuação não está baseada apenas nas informações prestadas pelo preposto do autuado, mas também, na documentação da lavra do próprio contribuinte, que está em harmonia com as informações prestadas por seus empregados,

gerentes da manutenção e da contabilidade. Informou que nos Pedidos de Compras de fls. 37, 42, 48, 61, 62, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 84, 88, 89, 90, 91, 95, 96, 101, 102, 104, 106, 107, 108, 115, 124, constam como aplicações dos respectivos materiais, a manutenção de equipamentos diversos.

Observo que os materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, são aqueles não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidos nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elementos indispensáveis ou necessários à sua produção, composição ou prestação.

Em relação ao crédito fiscal referente às aquisições de materiais destinados ao consumo do estabelecimento, de acordo com a redação vigente à época dos fatos, a legislação não previa utilização de crédito fiscal relativo a estes materiais de uso ou consumo do estabelecimento, conforme art. 93, inciso V, alínea “b” do RICMS/97.

A infração 03 se refere à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a julho; setembro, novembro e dezembro de 2011. Demonstrativo às fls. 13/14 do PAF.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96 prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que o autuante não considerou que a empresa é habilitada aos benefícios do Programa DESENVOLVE, por meio da Resolução nº 131/2005, de 26/04/2005, publicada no DOE de 27/04/2005, concedendo-lhe, além da dilação do prazo, o diferimento no lançamento e pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação. Disse que efetuou lançamento de forma equivocada no livro CIAP de peças para reposição que foram destinadas para fins de reparo, conserto, etc, por essa razão, nesta infração, reconheceu o débito no valor histórico de R\$13.275,00.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que não consta do auto de infração, a cobrança de diferença de alíquota de nenhum bem destinado ao ativo fixo do estabelecimento autuado, mas tão somente, das mercadorias destinadas ao uso e consumo, mercadorias estas que o contribuinte classificou indevidamente como bens do ativo, utilizando, indevidamente, crédito fiscal inexistente. Que o autuado chegou transformar na sua escrituração, especialmente no CIAP buchas, porcas, parafusos, arruelas, abraçadeira, rolamentos em MOTORES DIESEL SCANIA, como se pode constatar nas notas fiscais de folhas 20/36.

Como é impossível que o Relator do PAF conheça as instalações do estabelecimento autuado, os seus equipamentos e as funções das mercadorias e materiais objeto da glosa do crédito fiscal e da exigência do imposto, na busca da verdade material, foi solicitada a realização de diligência fiscal por preposto fiscal estranho ao feito, para adoção das seguintes providências:

1. Intimasse o defendantе a comprovar as alegações defensivas referentes às aquisições de partes e peças de máquinas e equipamentos destinados a investimentos em projetos industriais que tenham como destino final o ativo imobilizado do contribuinte, entendido como bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento.
2. Caso comprovado, permitindo a apropriação de créditos fiscais decorrentes de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, que fossem excluídos os valores do respectivo levantamento fiscal (infrações 01 e 03), apurando o débito remanescente.

Foi informado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 1166/1167), que após análise efetuada nos livros e documentos fiscais apresentados pelo defensor, foi constatado que diversos produtos incluídos pelo autuante nas planilhas acostadas às fls. 10 a 14, como sendo material para uso e consumo do estabelecimento, tais como: ESTRUTURA DE PARTE INFERIOR DA CAUDA DA CASTING MACHI, ESTRUTURA DA PARTE SUPERIOR DA CAUDA A CASTING MACHI, ESTRUTURA DO BATEDOR e diversas outras estruturas, são na verdade, bens destinados ao ativo permanente da empresa, constituindo-se em partes de um conjunto e, como tal, corretamente classificadas pelo autuado. Informa que remanescem algumas peças e partes destinadas a reposição, conforme nova planilha de débito anexada ao presente PAF, sob o título “AQUISIÇÃO INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO CLASSIFICADAS COMO ATIVO”. Desse modo, informa que remanesce um débito concernente à infração 01, no montante de R\$71.744,70, conforme demonstrativos às fls. 1168/1169.

Quanto à infração 03, informou que foram excluídos do levantamento fiscal os débitos tributários cobrados a mais, referentes às diferenças entre as alíquotas interna e interestaduais, decorrentes das aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, tendo sido anexado novo demonstrativo com os valores remanescentes. Processados os necessários expurgos e correções, remanesce um saldo final nesta infração, no montante de R\$13.275,00, conforme demonstrativo à fl. 1170.

O autuante, em sua manifestação após a diligência fiscal, afirmou que não concorda com o resultado da diligência e que não foi juntado qualquer documento novo ao PAF, como determinado no pedido de diligência, constando apenas demonstrativo de débito, no exato valor daquele já reconhecido e pago pelo autuado.

Sobre este questionamento, observo que a solicitação de diligência visa a instruir o processo com elementos que possibilitem a decisão da lide e, neste caso, se pretende sejam carreados aos autos os documentos e levantamentos necessários para a decisão final. Sempre que o autuado aponta fatos divergentes daqueles mencionados pelo autuante é determinada a realização de diligência para que sejam apurados esses fatos, e é responsabilidade do preposto fiscal estranho ao feito a análise dos documentos apresentados pelo contribuinte e elaboração de demonstrativos apurando o débito remanescente, após excluir o que for comprovado. Neste caso, independentemente de juntar novos documentos, se o levantamento realizado reflete os dados constantes nos documentos apresentados pelo contribuinte, a conclusão do levantamento realizado é de responsabilidade do preposto fiscal. Ou seja, a convicção dos julgadores é decorrente das provas produzidas nos autos, seja por meio de documentos ou de levantamento fiscal.

Assim, considerando a comprovação acostada aos autos, mediante conclusões e levantamento fiscal realizado por preposto estranho ao feito, onde se refere às aplicações dos materiais objeto da autuação, indicando que se destinam ao ativo permanente da empresa, constituindo-se em partes de um conjunto, concluo pela subsistência parcial da infração 01, no valor de R\$71.744,70, conforme demonstrativos às fls. 1168/1169.

Quanto à infração 03, também acato as conclusões apresentadas na diligência fiscal, relativamente aos materiais considerados como de uso e consumo do estabelecimento, sendo devida a diferença de alíquota incidente sobre a entrada desse material, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação. Assim, remanesce um saldo final nesta infração, no valor total de R\$13.275,00, conforme demonstrativo à fl. 1170.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Crédito fiscal de diferença de alíquota que não considerou na sua apuração as operações de saídas não tributadas. Demonstrativo à fl. 09.

O defensor alegou que no caso de suspensão do ICMS, as operações são realizadas sob condições, por isso, devem ser desconsideradas as saídas provisórias, tais como: remessa para

industrialização, remessa para conserto, remessa para demonstração, remessa para depósito fechado.

Vale salientar, que o valor do crédito a ser apropriado se obtém, multiplicando o valor total do respectivo crédito pelo índice ou fator igual a 1/48 da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para este fim, as saídas e prestações com destino ao exterior, devendo ser observado o disposto no art. 29, § 6º da Lei 7.014/96 e art. 93, § 17 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, dispositivos que tratam da matéria mencionada neste item da autuação.

Na impugnação apresentada, o autuado alegou que no caso de suspensão do ICMS, as operações são realizadas sob condições, devendo ser desconsideradas as saídas provisórias, tais como: remessa para industrialização, remessa para conserto, remessa para demonstração, remessa para depósito fechado. Aquelas saídas que não reduzem estoques, que constituem simples deslocamentos físicos sem implicações de ordem patrimonial.

Como já foi dito anteriormente, o crédito a ser apropriado em cada mês é calculado de acordo com o índice ou fator determinado com base na proporção das operações ou prestações tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Para o mencionado cálculo é necessário levar em conta a distinção entre operações isentas ou não tributadas e “outras saídas”.

O problema é definir o que deve figurar no numerador e que deve figurar no denominador da equação que apura o índice mensal de crédito. No cálculo do mencionado índice devem ser observados os seguintes parâmetros:

1. Devem figurar no numerador e no denominador: a) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços tributadas pelo ICMS; b) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços destinadas ao exterior.
2. Devem figurar apenas no denominador: as operações de saídas de mercadorias ou prestações isentas, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal; as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com redução de base de cálculo, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal.
3. Não devem figurar nem no numerador nem no denominador da equação, as operações ou prestações definidas por lei como não compreendidas no campo de incidência do ICMS, a exemplo de valores relativos a elementos estranhos ao campo de incidência do ICMS, tais como, locação, comodato, multa, juros moratórios, parcelamentos de dívidas por atrasos no adimplemento das obrigações; saídas não definitivas de mercadorias, efetuadas com suspensão da incidência do imposto, relativas a remessas de bens e de mercadorias para prestação de serviços, conserto, exposição, demonstração ou industrialização por terceiros, sujeitas a devolução.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal foi realizada revisão por Auditora Fiscal estranha ao feito, sendo informado às fls. 1104/1105 que após o recebimento da documentação enviada pelo contribuinte foram apuradas as divergências entre os demonstrativos do autuante e do contribuinte, inclusive em relação ao valor das remessas para depósito, CFOP 5905, que não devem figurar no cálculo do coeficiente por que não devem ser computadas no cálculo as saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

A Auditora encarregada pela diligência informou que foram elaborados novos demonstrativos, analítico e resumo, com os CFOP que não devem figurar no denominador e/ou numerador devidamente destacados, assim como os valores da base de cálculo, valores totais e valores do IPI deduzidos, todos apensados à diligência. Após a elaboração dos demonstrativos e aplicação dos

coeficientes ao crédito immobilizado e a conseqüente comparação com o crédito apropriado pelo contribuinte, não restou creditamento indevido em relação ao ativo permanente.

Vale salientar que foi expedida intimação ao autuado (fl. 1139), acompanhada de cópia do resultado da diligência efetuada, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendant. O autuante também tomou conhecimento (fl. 1143), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

Assim, considerando as alegações e comprovações apresentadas pelo autuado, e o resultado da revisão efetuada por Auditora Fiscal estranha ao feito, concluo pela insubsistência deste item da autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$85.019,70 devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281508.0003/12-5, lavrado contra **CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA FERBASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$85.019,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA