

A. I. N° - 089034.0010/14-9
AUTUADO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GRAXARIA SALVADOR LTDA.
AUTUANTES - HILDÉCIO ANTONIO MEIRELES FILHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 14/05/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0091-03/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Restou comprovado que os materiais adquiridos em operações interestaduais arroladas no levantamento fiscal são destinadas a uso e consumo do estabelecimento e devido o imposto exigido. Acusação não elidida pelo sujeito passivo. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO **b)** MATERIAIS DESTINADOS A CONSTRUÇÃO DE BENS IMÓVEIS POR ACESSÃO FÍSICA. Em diligência restou comprovado que o autuado não se apropriou dos créditos objetos da autuação atinentes a esses dois itens. Infrações 02 e 03 descaracterizadas. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. O deficiente, apesar de carrear aos autos cópia da nota fiscal para comprovar seu cancelamento, mesmo instado mediante diligência para esse fim, não comprovou o estorno do crédito fiscal registrado e exigido na infração 05. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA. MULTA. Falta de prova do cometimento imputado ao sujeito passivo. Infração subsistente. Rejeitadas a preliminar de nulidade e prejudicial de decadência e não apreciada a alegação de que a multa é confiscatória. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2014, e exige o valor de R\$175.391,29, sob acusação de cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - **infração 06.02.01.** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, nos meses de agosto e setembro de 2010, abril e maio de 2011. Exigido o valor de R\$1.399,33, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 08.

Infração 02 - **infração 01.03.12.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de agosto a outubro de 2009, janeiro a março, maio e junho de 2010 e março de 2011. Exigido o valor de R\$14.563,49, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 09 e 10.

Infração 03 - **infração 01.03.12.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos

meses de julho, agosto, outubro a dezembro de 2009, janeiro, fevereiro e maio de 2010 e agosto de 2011. Exigido o valor de R\$98.619,46, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 11 a 12.

Infração 04 - **infração 01.02.01.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2009, janeiro de 2010. Exigido o valor de R\$7.544,01, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 13 a 16. Consta que “Referente a mercadorias utilizadas como material de uso e consumo do estabelecimento ... conforme Demonstrativo de Crédito Fiscal Indevido Aquisições Bens Integrados ao Ativo Imobilizado por Acessão Física ou Utilizados com material de Uso e/ou Consumo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue autuante.”

Infração 05 - **infração 01.02.42.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de janeiro de 2009. Exigido o valor de R\$53.125,00, acrescido da multa de 60%. Consta que: “Referente à Nota Fiscal nº 6415, registrada em 26/01/2009, às fls. 0008 do livro Registro de Entradas de Mercadorias, emitida pelo CNPJ Nº 04.377.477/0001-41 - Fribarreiras, CFOP 1.102, no valor de R\$312.500,00, ICMS creditado de R\$53.125,00.” Demonstrativo às fls. 11 a 12.

Infração 06 - **infração 16.05.11.** Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, no mês de março de 2014. Exigida a multa no valor de R\$140,00. Consta que “Conforme livro Registro de Apuração do ICMS, de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, referente aos valores lançados nas entradas, saídas e apuração do ICMS.”

O sujeito passivo, por meio de advogado com procuração à fl. 48, em sua defesa às fls. 25 a 46, apresenta impugnação ao Auto de Infração, articulando os argumentos a seguir summarizados com o objetivo de refutar a acusação fiscal.

Inicialmente, requer a nulidade do Auto de Infração por entender que foi lavrado em total desconformidade com a legislação tributária pertinente ao caso.

Diz que o lançamento é ato vinculado e não discricionário, portanto, como ato solene que é, deve cumprir rigorosamente todos os requisitos e também o princípio da legalidade, quando não formulado de acordo com a Lei e a Constituição, o Auto de Infração deve de pronto ser anulado sobre ameaça ao Bom Direito. Cita que o documento às fls. 70 a 73, demonstra que o Fisco lançou mão de Nota Fiscal sabidamente prescrita.

Observa que a base de cálculo é elemento essencial do auto de infração, e do lançamento fiscal conforme prevê art. 142 do CTN, portanto, qualquer erro ou conduta que não permita afirmar com segurança qual o valor correto a ser pago pelo contribuinte, compromete todo o procedimento administrativo.

Menciona que o Auto de Infração em tela não poderia ter sido lavrado e sua subsistência, afronta os artigos 194 a 200 do CTN, quando dispõe sobre a Administração Tributária e os procedimentos necessários para que seja efetuada a fiscalização.

Destaca que os artigos 201 e 202 do CTN elencam os requisitos necessários para a constituição e manutenção da Dívida Ativa e, na omissão de quaisquer dos requisitos previstos ou seu erro são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, ainda mais que foi lavrado com imposição de multa e juros punitivos de 100%.

Sustenta a ausência dos requisitos necessários para a manutenção do Auto de Infração que deu origem ao débito apontado neste feito.

Faz alusão a prerrogativa da presunção de legitimidade dos atos administrativos, destacando que para alguns autores, reverte referido o ônus da prova ao acusado. Frisa que mesmo se admitindo tal presunção, pelo menos, a autoridade administrativa deve agir de forma imparcial, sem estar envolvida por interesses particulares para exceder-se nas exações tributárias, porque isto em nada lhe beneficia, pelo contrário, deporá contra a sua conduta, e além do mais, sabe o agente

administrativo de que seu ato será revisto. Prossegue frisando que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não é absoluta, pois esta certeza da revisão dos atos administrativos é fator inibidor de qualquer conduta que se exceda a sua obrigação.

Ressalta citando que um documento público elaborado por uma autoridade administrativa, assinado por ele e pelo preposto do contribuinte, tem valor probante, pelo ao menos de eficácia relativa, prevalecendo como verdade até que prova melhor refute a versão do documento. Sobre esse tema e para ilustrar sua tese traz a colação trechos e fragmentos do pensamento de doutrinadores pátios, José Eduardo Soares de Melo, Paulo Celso B. Bonilha, Fabiana Del Padre e Paulo de Barros Carvalho.

Enfatiza que a Constituição Federal, em seu art. 5º, assegura o direito ao contraditório e ampla defesa, e quando estes direitos não são respeitados enseja a inconstitucionalidade, consequentemente a anulação do ato tornando insubstancial à cobrança do crédito tributário.

Remata afirmando que o Auto de Infração Estadual, é nulo de pleno direito, devendo ser cancelado e o presente feito, extinto.

Arremata requerendo, caso não seja acatada a preliminar, que seja recalculada toda a dívida retirando as notas canceladas e, portanto, lançadas indevidamente, refazendo assim todos os cálculos referentes a juros e multas do valor do Auto de Infração.

Ao cuidar do mérito, pondera que não sendo acolhida a preliminar, assevera ter sido autuado pela falta de recolhimento dos impostos apontados no Auto de Infração, conforme foi descrito nos fatos.

Afirma que os valores apontados no Auto de Infração encontram-se eivados de erros e inconsistências, ora legais, ora técnicas.

Depois de discorrer acerca do instituto da decadência e, sustenta que, em relação à infração 05 foi efetuado o lançamento referente à Nota Fiscal de nº 6415, cujo fato gerador se deu em 26/01/2009, enquanto a lavratura do Auto de Infração, ora impugnado se deu em 31/03/14, portanto, após cinco anos e dois meses após a ocorrência do fato gerador. No entanto, destaca que conforme consta à fls. 70 a 73, que a nota fiscal fora cancelada no dia seguinte ao da sua emissão. Por isso, requer a exclusão da aludida Nota Fiscal nº 6415, por se tratar de ocorrência de decadência na constituição do crédito fiscal, extinguindo após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I do art. 173 do CTN.

Ao tratar da infração 01 diz que se constata dos livros de ICMS que ora se anexa aos autos que as Notas Fiscais objeto de fiscalização detiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido, sendo, portanto, nula de pleno direito a autuação referida. Acrescenta mencionando que em razão da existência de inúmeros erros na presente autuação, requer o cancelamento da retro mencionada infração, vez que não é capaz de apresentar informações consistentes, confirmando a improcedência dos lançamentos, que levaram a formação de vícios, invalidando o Auto de Infração, à luz dos fatos apurados que ora colaciona aos autos.

Ao cuidar das demais infrações, destaca que segundo a fiscalização, não consta nos livros fiscais a existência de tomada de crédito referente às infrações 02 e 03. Continua ponderando que a fiscalização queda-se quanto ao seu ônus de prova, pois não apresenta qualquer lastro da creditação e por análise dos livros em anexo não se constata qualquer dos créditos mencionados.

Informa que no que tange à infração 04, os produtos descritos no levantamento como materiais de uso e consumo, obtiveram creditamento com partes integrantes de ativo imobilizado na razão de 1/48.

Observa que mesmo se a administração tributária Estadual estivesse correta no procedimento de fiscalização e constituição do crédito tributário, há elementos que devem ser excluídos da condição de uso e consumo por integrarem o ativo da empresa, ora impugnante.

Quanto à infração 06, afirma que não foi apresentado qualquer documento fiscal que a justificasse, portanto, quedou-se inerte quanto ao seu ônus da prova, razão pela qual, em decorrência da inconsistência e de premissa fática equivocada, requer seu cancelamento, bem como, a nulidade.

Assinala que os créditos tributários constituídos e referendados nesta peça impugnatória e no Auto de Infração em epígrafe não é capaz de apresentar informações consistentes, demonstram erros que confirmam a improcedência dos lançamentos, que levaram a formação de vícios, invalidando o Auto de Infração, à luz dos fatos apurados trazidos aos autos.

Requer e pugna pela apresentação dos livros CIAP com fito de complementar a prova produzida pelos livros de ICMS que ora se junta.

Ao tratar dos juros e da multa, observa que o valor exigido no Auto de Infração em quase dois anos atingiu praticamente um aumento de 100%. Diz que tal aumento pode ser considerado uma afronta ao princípio consagrado do Direito Tributário que preconiza a “proibição do confisco” que se encontra disposta no capítulo das limitações ao poder de tributar na Constituição Federal, estando, proibido sob todos os aspectos e garantias os direitos de propriedade.

Ilustra seu entendimento com ensinamentos dos tributaristas Aliomar Baleeiro, Hugo de Brito Machado cujos fragmentos reproduz.

Enfatiza que o tributo assim como a multa não pode ser antieconômico, vale dizer, não pode inviabilizar o desenvolvimento de atividades econômicas geradoras da riqueza, ou promotoras da circulação desta.

Depois de discorrer acerca da natureza, legislação que instituiu a Taxa Selic, assevera que a atualização dos débitos mediante aplicação dessa taxa

Diz restar evidente que tais práticas acarretam, de forma direta, na aniquilação das atividades empresariais, e que por isso, Taxa SELIC deve ser substituída, nos termos do art. 161, §1º, do CTN, cujo teor reproduz.

Assevera que os juros moratórios devem compensar a falta da disponibilidade dos recursos pelo sujeito ativo pelo período correspondente ao atraso; o que inconsistentemente se rebate, não coaduna com a realidade no presente Auto de Infração.

Sustenta que deve ser afastada de uma vez por todas a errônea aplicação da taxa SELIC, como meio de aplicações dos juros de mora, aplicando, então, de maneira correta o que dispõe o supracitado art. 161, §1º do CTN, estabelecendo juros de mora à base de 1% ao mês, o que caracteriza aperfeiçoadamente, acréscimos de cunho civil.

Pondera que os juros pela demora devem se caracterizar como uma atualização do valor da dívida e não pode se traduzir em enriquecimento do credor.

Quanto às multas aplicadas, destaca que representam praticamente o mesmo valor do débito original alegado pela Receita Federal, o que de pronto afronta o já falado princípio da Proibição do confisco.

Ressalta que o Governo Federal editou a Lei nº 9.298/96, que aboliu a prática de imposições de multas a índices percentuais não condizentes com a realidade econômica, e reduziu a dois por cento o percentual da multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida.

Afirma que a jurisprudência, por sua vez, mantém a mesma postura de afastar a aplicação de penas desproporcionais, evidenciando assim o direito que está a amparar a pretensão da defendant.

Destaca que as multas aplicadas ao caso, no importe de 75%, encontram-se excessivas e desproporcionais, e, frente à interpretação conferida pelo STJ - Superior Tribunal de Justiça ao art. 150, inciso V da CF/88.

Diz não se justificar tal medida, por nítida comprovação de fato e de direito, pugna-se, portanto, pela aplicação da multa moratória prevista na Lei 9298/96, que estabelece percentual de 2% sobre o montante principal.

Diz restar também demonstrado que o débito, objeto do presente Auto de Infração está incorreto, face ao descaso e o não cumprimento do dever de fiscalização da autoridade que deixou simplesmente de observar o montante que já estava devidamente recolhido.

Reafirma o caráter confiscatório da multa aplicada no presente auto de infração, o que contraria preceito constitucional demonstrado e narrado acima.

Requer a improcedência da presente autuação, por absoluta falta de amparo legal e material.

Pugna, por fim, pela aplicação da redução da multa, afastando seu caráter confiscatório nos moldes do art. 59 da Lei 8383/91.

Conclui reiterando seu pedido de nulidade do Auto de Infração, posto que o mesmo baseou-se em escrituração contábil inadequada para o cálculo de ICMS. No caso da não declaração da nulidade requer a improcedência das infrações 01, 02, 03, 04 e 06.

Requer também o reconhecimento da Decadência Tributária nos termos do art. 173, inciso I do CTN, especialmente quanto à infração 05.

Solicita a redução dos juros e multa nos termos do Convênio ICMS nº 101 de 07 de agosto de 2013.

Pugna provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, especialmente, pelos documentos anexos, sem prejuízo da produção das demais que se fizerem necessárias à instrução do processo administrativo fiscal.

Na informação fiscal, às fls. 426 a 432, o autuante depois de reproduzir a acusação fiscal e resumir a defesa apresentada, alinha as seguintes considerações.

Em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo defendante diz que a pretensão não encontra guarida na legislação tributária e seus argumentos são infundados sem qualquer amparo legal, principalmente à luz do RPAF-BA/99.

Quanto à decadência apontada pelo impugnante, depois de transcrever o teor dos artigos 150 e 173 do CTN e o art. 965 do RICMS-BA/99, afirma que não há que se falar em decadência do Crédito Tributário, à luz do que dispõe a Legislação Tributária, em especial o RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos geradores.

No que diz respeito à infração 01 assinala que o argumento defensivo não elide a acusação fiscal. Informa que os valores registrados no LRAICMS foram devidamente abatidos dos valores apurados, mês a mês, no levantamento fiscal, como se verifica à fl. 08, e também declarados nas respectivas DMAs. Arremata frisando que o autuado nada apresentou de diferente do demonstrado à fl. 08.

Quanto às demais infrações, destaca que na impugnação é declarado que não foi tomado o crédito fiscal nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo e anexa cópias do livro de Registro de Entradas, fls. 174 a 421. Prossegue ressaltando que o defendante não anexou cópia do livro Registro de Apuração do ICMS onde foram, efetivamente, registrados os valores dos créditos fiscais nas aquisições de ativo imobilizado. Cita como comprovação o valor de R\$2.848,21, referente ao ativo imobilizado escriturado no LRAICMS, fl. 18.

Ressalta que, da mesma forma, em relação à infração 05 o autuado não apresenta o competente documento fiscal do crédito utilizado no valor de valor de R\$53.125,00, conforme cópia do livro Registro de Entradas por ele anexado à fls. 180. Acrescenta sobre essa irregularidade diz estranhar o autuado requerer a improcedência do crédito tributário alegando que “a nota fiscal foi cancelada no dia seguinte”. Arremata que, de fato, às fls. 70 a 73 está comprovado o acerto da

ação fiscal, ou seja, o impugnante apropriou-se de crédito fiscal de nota fiscal cancelada pelo emitente. Conclui asseverando que restou confirmado a correção da exigência fiscal.

Assinala que no tocante às demais discussões sobre os critérios da aplicação dos juros e da multa, fls. 35 a 45, a matéria não é de sua competência.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

Esta 3^a JJF na assentada do julgamento, depois da leitura do relatório e discussão, converteu os autos em diligência a Infaz de origem para que o autuado fosse intimado e, em relação às infrações 02 e 03, apresentasse demonstrativo discriminando as apropriações dos créditos fiscais arrolados no levantamento fiscal, como sustentado na impugnação, relacionando, em cada período mensal de apuração, todas as notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas e que compõem o respectivo montante escriturado no LRAICMS, acompanhado das cópias do LRAICMS e do CIAP e, em relação à infração 05 apresentasse a comprovação do estorno de crédito relativo à Nota Fiscal nº 6415, registrada em 26/01/2009.

No cumprimento da diligência, auditor designado apresenta o resultado, fls. 512 e 513, informando que com base na documentação apresentada pelo autuado fez a conciliação dos valores exigidos nas infrações 02 e 03 com os livros e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal de crédito fiscal indevido de ativo mobilizado, em função de ter apropriado de valor superior ao definido pela legislação tributária (1/48) avos mensalmente e constatou que o autuado demonstrou não ter se apropriado, no período da autuação, de qualquer valor a título de crédito fiscal das aquisições de bens destinados a integrar o ativo imobilizado, regularmente escriturado no CIAP.

Observa que o deficiente, mediante a apresentação de cópia do LRAICMS, demonstrativo dos recolhimentos do ICMS diferido e cópia do CIAP, declara que os valores registrados no LRAICMS, no período de 2009 a 2011, na linha 06 - Outros Créditos, se referem ao ICMS diferido recolhido nas sucessivas entradas de insumos [osso e sebo *in natura*].

Afirma que depois de confrontar os valores registrados no LRAICMS, na linha 06, assim como os créditos transportados do livro Registro e Entradas, em consonância com as DMAs, concluiu que não houve registro LRAICMS do ICMS referente às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, cujas notas fiscais foram lançadas no CIAP do autuado na razão 1/48 avos. Explica que confrontou os valores recolhidos a título de ICMS diferido (código de receita 1959) constatou que esses valores conferem com os registrados na linha 006 da RAICMS.

Esclarece que o erro no levantamento fiscal ocorreu em função de informação incorreta prestada pelo autuado à época da ação fiscal.

Em relação às infrações 02 e 03, conclui asseverando que restou comprovado, com base na documentação acostada aos autos, que os valores exigidos nesses itens da autuação não se traduzem como crédito fiscal indevido do ativo imobilizado, transscrito do CIAP, pois, trata-se de valores recolhidos a título de ICMS diferido nas sucessivas entradas de insumos, cuja utilização é assegurada em lei.

No que diz respeito à infração 05, que trata do estorno do crédito fiscal indevido da Nota Fiscal nº 6415, emitida por Fribarreiras, destaca que não restou comprovado seu estorno ao longo dos exercícios de 2009 a 2011, pelo que diz entender estar correta a exigência.

Consta à fl. 527, que o autuado foi intimado acerca do resultado da diligência e dos documentos acostados aos autos pelo diligente e não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Inicialmente cabe afastar a preliminar de nulidade do Auto de Infração suscitada pelo impugnante sob a alegação da falta de motivação e de que foram ofendidos os princípios da

verdade material, do devido processo legal, da ampla defesa do contraditório. Eis que, resta nitidamente evidenciado nos autos que foram observados todos os pressupostos de validade do procedimento administrativo. Afiguram-se devidamente explicitado com clareza a fundamentação de fato e de direito, descrita a infração de forma objetiva e direta, apontando e discriminando os documentos fiscais, assim como explicitando a origem dos valores apurados nos demonstrativos de apuração dos débitos, tendo todos os elementos como fonte originária a própria documentação e livros fiscais do autuado.

Nesses termos, fica rejeitada a preliminar de nulidade, uma vez que no Auto de Infração inexiste qualquer óbice nos autos que possa macular a formalização do lançamento, não foi identificada violação alguma ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório e não se encontram os motivos elencados na legislação, precípuamente os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

Quanto à decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, suscitada pelo defendant como tendo sido operada em relação à infração 05 não deve prosperar haja vista que as disposições do art. 173, inciso I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, Lei nº 3.956/81, e no art. 965, inciso I, do RICMS-BA/97, estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Dessa forma, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/14, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2009, tendo sido o Auto de Infração lavrado dentro desse limite, ou seja, em 31/03/2014, com ciência do autuado em 11/04/2014, portanto, dentro do prazo legal para a homologação do lançamento.

No mérito o presente lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS no valor de R\$175.391,29, relativo a seis irregularidades, tendo o sujeito passivo apresentado impugnação a todas elas.

A infração 01 cuida falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, consoante demonstrativo de apuração à fl. 08.

O impugnante em sua impugnação afirma que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido conforme consta nos livros de ICMS e nas cópias de notas fiscais que anexa aos autos.

Depois de examinar as cópias das notas fiscais e do LRE juntadas aos autos pelo impugnante, aleatoriamente sem indicar de forma inequívoca quais os recolhimentos do diferencial de alíquota foram efetivamente realizados, para contrapor à acusação fiscal que se apresenta detalhada e individualizada a origem da exigência fiscal, verifico que os elementos apresentados não elidem a acusação fiscal. O levantamento fiscal considerou os créditos atinentes à diferença entre as alíquotas interna e interestadual registradas no LRAICMS do estabelecimento autuado.

Assim, é devida a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de outros Estados dos materiais de uso e consumo elencados no demonstrativo elaborado pelo autuante, acostado à fl. 08, cuja cópia foi entregue ao impugnante, onde consta explicitado a dedução dos valores recolhidos.

Resta subsistente a infração 01.

As infrações 02 e 03 tratam da utilização indevida de crédito fiscal na entrada de bem para o ativo imobilizado em decorrência da apropriação em valor superior ao permitido pela legislação, consoante demonstrativo acostados às fl. 09 a 12, cujas cópias foram entregues ao impugnante

Em sua impugnação o defendant refuta acusação aduzindo que levantamento fiscal não apresenta qualquer lastro da creditação, e que por análise dos livros em anexo não se constata qualquer dos créditos mencionados. Pugna o autuado pela apresentação do CIAP, no entanto não carreou aos autos qualquer comprovação inequívoca de sua alegação. Em suma esse foi o argumento usado para elidir o cometimento da irregularidade.

Em cumprimento a diligência solicitada por essa 3^a JJF, fl. 440, para que o impugnante apresentasse demonstrativo discriminando as apropriações dos créditos fiscais arrolados no levantamento fiscal desses dois itens da autuação, o Auditor Fiscal designado, depois de examinar a documentação acostadas aos autos pelo defendant e confrontar os valores registrados no LRAICMS, na linha 06, assim como os créditos transportados do livro Registro de Entradas, em consonância com as DMAs, constatou que não houve registro no LRAICMS do ICMS referente às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, cujas notas fiscais foram lançadas na razão de 1/48 no CIAP do autuado. Concluiu asseverando, fls. 512 e 513, que os valores exigidos nas infrações 02 e 03 não se traduzem como crédito indevido do ativo imobilizado transscrito do CIAP, e sim, de valores recolhidos a título de ICMS deferido, nas sucessivas entradas de insumo, cuja utilização é assegurada em lei.

Depois de analisar a manifestação do autuado por ocasião do atendimento diligência, fls. 445 e 446, bem como a documentação por ele carreada aos autos, fls. 447 a 510, concomitantemente com o teor da conclusão da diligência, fls. 512 e 513, constato que assiste razão ao autuado, haja vista restar indubitadamente evidenciado que os valores apurados em decorrência do levantamento fiscal que resultou nas infrações 02 e 03 não se referem a crédito indevido do ativo imobilizado transscrito do CIAP. Portanto, acolho o resultado da diligência, por entender que remanescem descaracterizados esses dois itens da autuação.

Concluo pela insubsistência das infrações 02 e 03.

A infração 04 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento por Acesso Física ou Utilizados com material de Uso e/ou Consumo.

Em sede de defesa o impugnante ao tratar desse item da autuação somente alegou, sem trazer aos autos qualquer comprovação, que alguns dos itens descritos no levantamento fiscal como material de uso e consumo tiveram a creditação de 1/48 como parte integrante do ativo imobilizado.

Ao examinar a descrição dos materiais, a exemplo de arame recoberto, vergalhão, tubo, abraçadeira, engate rápido, joelho e fita vedação rosca, relacionados no levantamento fiscal, fls. 13 a 16, constato que coadunam nitidamente com a utilização em construção civil e instalações de imóveis.

Assim, fica patente nos autos que os materiais e bens arrolados nessa infração foram utilizados como material de uso ou consumo na construção e instalações dos imóveis industriais por acesso físico, consoante previsão expressa do art. 97, §2º, III, do RICMS-BA/97, não geram direito a crédito.

Logo, fica mantida a infração 04.

Quanto à infração 05 cuida da utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do documento comprobatório do direto ao referido crédito, constando na descrição da infração tratar-se da Nota Fiscal nº 6415, crédito de R\$53.125,00 registrado em 26/01/2009 na fl. 0008 do LRE.

Em sede de defesa, aduziu o autuado que a Nota Fiscal nº 6515, fora cancelada no dia seguinte ao da sua emissão, colacionando sua cópia, fls. 70 a 73, e cópia do livro Registro de Entradas, fl. 180, onde consta escriturada a entrada e o imposto creditado.

Ora, fica patente nos autos, ante a confirmação do registro da nota fiscal no LRE e a constatação de seu cancelamento pelo próprio autuado, o acerto da autuação, uma vez que somente a comprovação do estorno do referido crédito teria o condão de elidir a acusação fiscal.

Diligência solicitada por esta 3^a JJF para que fosse comprovado o estorno do crédito fiscal relativo à Nota Fiscal nº 6515, não logrou êxito, uma vez que o impugnante não carreou aos autos qualquer elemento para elucidar e sustentar sua alegação de cancelamento da nota fiscal com o correspondente estorno do crédito fiscal objeto da lide.

Logo, resta caracterizada a infração 05.

A infração 06 trata da exigência da multa de R\$140,00, pelo descumprimento de obrigação acessória por declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas na DMA, de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, conforme consta no livro Registro de Apuração do ICMS referente aos valores lançados nas entradas saídas e apuração do ICMS.

O defensor refutou a acusação fiscal requerendo a nulidade por cerceamento de defesa, sob o argumento de que inexiste nos autos qualquer documento que justifique a autuação.

Constatou que não deve prosperar a alegação do sujeito passivo, uma vez que a acusação fiscal afigura-se devidamente explicitada com clareza indicando a origem e os períodos das divergências constatadas. Em se tratando de fontes elaboradas pelo próprio defensor, ou seja, livros fiscais e declaração de informações econômico-fiscais, não há que se falar em óbice para o reconhecimento das divergências.

Concluo pela subsistência do item 06 da autuação.

Apreciando a alegação defensiva de que a multa de 60% proposta pelo preposto fiscal é exorbitante, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no art. 42, incisos II, alínea “f” e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. No que pertine ao caráter confiscatório da multa proposta apontado pela defesa, ressalto que descabe o enfrentamento dessa matéria no âmbito administrativo por falecer competência a esse órgão julgador, ante o disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99.

Relativamente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, em que pesa a veemente argumentação da defesa contra sua aplicação por entender ser ilegal, esclareço que está prevista no art. 1º da Lei estadual 7.753/2000, que modificou a Lei 3.956, de 11 de dezembro de 1981, e os critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos apurados, também previstos no art. 138 do RICMS-BA/97, bem como no art. 39, inciso IV, alínea “e”, combinado com o §3º, do RPAF-BA/99, especialmente ao prever que o débito será atualizado pela taxa SELIC para cobrança e cálculo dos juros moratórios, taxa essa, prevista no inciso II, do §2º, do art.102, da Lei nº 3.965/81 - COTEB. Portanto, não tem pertinência a alegação defensiva, sequer implica nulidade do lançamento, diante do fato de estar evidente a forma como serão atualizados os encargos moratórios. Ademais, este Conselho não possui atribuição legal para declarar constitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF-BA/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **089034.0010/14-9** lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GRAXARIA SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.068,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, XVIII, alínea “c” da mesma Lei e dos acréscimos moratórios de acordo co o previsto pela Lei. 9.837/05.

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-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA