

A. I. Nº - 124274.0177/14-5
AUTUADO - AÇOBAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - EPP
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-01/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS EM DUPLICIDADE. Infração caracterizada. **b)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. **d)** MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Nos termos do art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96 somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020. Assim sendo, resta indubioso que o autuado incorreu na conduta infracional que lhe foi imputada, haja vista que utilizou indevidamente crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração subsistente. **e)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração caracterizada. 3. RETORNO DE MERCADORIAS RECEBIDAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO AO AUTOR DA ENCOMENDA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ADICIONADO. É prevista a suspensão da incidência do imposto nas remessas e retornos de mercadorias para industrialização em estabelecimento de terceiro, consoante o art. 280, I, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, aduzido pelo impugnante. Entretanto, tratando-se o autor da encomenda não contribuinte do ICMS cabível é a exigência do ICMS sobre o valor adicionado devido pelo estabelecimento industrializador. A intervenção do autuado nos materiais remetidos pelo autor da encomenda não se caracteriza como prestação de serviço sujeita ao imposto de competência municipal, conforme alegado pelo autuado, mas sim de um processo de industrialização, portanto, sujeito a incidência do ICMS. Infração subsistente. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Acusação fiscal de que o autuado efetuou retorno de mercadorias para contribuinte que não havia remetido as mercadorias para industrialização sem tributação, de forma a não recolher o ICMS, não foi elidida pelo impugnante. Na realidade, o autuado apenas alegou não ter cometido a infração que lhe foi imputada. Não trouxe aos autos qualquer elemento de prova hábil que pudesse elidir a autuação. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$33.623,49, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de julho e agosto de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.492,10, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, no mês de agosto de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$837,60, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no mês de janeiro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$13,68, acrescido da multa de 60%;
4. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio, julho e setembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.898,12, acrescido da multa de 60%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$672,85, acrescido da multa de 60%;
6. Deixou de recolher ICMS relativo ao valor adicionado, em razão de industrialização de mercadoria, quando do retorno ao estabelecimento autor da encomenda, no mês de dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.208,61, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.197,70, acrescido da multa de 60%;
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$176,65, acrescido da multa de 60%;
9. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$126,18, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 26 a 29) na qual impugna apenas as infrações 05, 06 e 07. Silencia quanto às infrações 01, 02, 03, 04, 08 e 09.

No que tange à infração 05, reproduz o artigo 93, V, “a” e “b”, do RICMS/BA/97, assim como o art. 155, II, §2º, da CF, para afirmar que não foram estabelecidos quais os itens de mercadorias gerariam direito ao crédito fiscal. Alega que o art. 33 da LC 87/96 estabeleceu o início em 01/01/1998.

Relativamente à infração 06, invoca o art. 280, I, do RICMS/BA. Alega que somente foi realizada montagem e “retorção” de ferro que é prestação de serviço e não está enquadrado no art. 280, I, do RICMS/BA/97, assim como no RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.

Quanto à infração 07, alega que não foi observado o rodapé da nota fiscal onde consta a indicação de origem desta nota fiscal. Consigna que foi encontrada uma diferença conforme demonstrativo de retorno infração 06. Reproduz o art. 1º, §2º, item 14.06, da Lei Complementar nº. 116/2013.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 34 a 36) registrando que o autuado não apresentou defesa quanto às infrações 01, 02, 03 e 04, portanto, reconhecendo os valores apurados.

No que concerne à infração 05, consigna que o autuado alega que tem direito ao crédito fiscal relativo às aquisições de materiais de uso e consumo.

Diz que a alegação defensiva estaria correta se o contribuinte tivesse efetuado o pagamento e apuração de diferença de alíquota nas aquisições de materiais de uso e consumo em outras unidades da Federação, o que possibilitaria a apropriação do crédito fiscal em 1/48 avos, mensalmente, conforme previsto nos artigos 93 § 17, 11 e 12, do Decreto nº 13.663/12, entretanto, não lançou e não recolheu a diferença de alíquotas relativa as aquisições interestaduais.

Observa que as mercadorias relacionadas no demonstrativo anexo ao Auto de Infração dizem respeito a diversos materiais utilizados na limpeza, jardinagem etc., inclusive as aquisições de materiais de consumo no Estado Bahia, utilizando-se assim de forma indiscriminadas de créditos não amparados na legislação, de forma a reduzir o imposto devido que nunca foi recolhido, o que motivou a SEFAZ a implantar Regime Especial de Fiscalização no estabelecimento.

No respeitante à infração 06, consigna que uma construtora enviou diversos materiais no valor R\$89.468,46, para fabricação de postes e luminárias, que retornaram com o valor R\$198.477,94, portanto, sendo o valor adicionado de R\$107.109,46, conforme demonstrativo de fl. 08 dos autos, infringindo, assim, o art. 1º do RICMS.

Afirma que o autuado alega sem nenhum fundamento que incide o imposto de competência dos Municípios, contudo, com base no artigo 2º do RICMS, deixou de pagar o ICMS referente ao valor adicionado sobre as mercadorias remetidas para industrialização. Nesse sentido, invoca e reproduz o art. 280, I, II, “a”, “b”, do RICMS/BA.

Conclui dizendo que o remetente é não contribuinte do ICMS, haja vista que se trata de uma construtora, caso fosse contribuinte do ICMS a tributação ocorreria na saída deste estabelecimento.

No tocante à infração 07, afirma que o autuado efetuou o retorno de mercadorias para contribuinte que não havia remetido mercadorias para industrialização sem tributação, de forma a não recolher o ICMS, conforme demonstrativo de fl. 19 dos autos. Sustenta que se trata de venda que o contribuinte simula com se fosse retorno de mercadoria.

Diz que o autuado não apresentou em sua defesa nenhum dado contrário às infrações cometidas, apenas argumentações sem comprovações ou base legal.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de nove infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais apenas as infrações 05, 06 e 07 foram objeto de impugnação. As infrações 01, 02, 03, 04, 08 e 09 não foram abordadas pelo impugnante.

No que tange às infrações 01, 02, 03, 04, 08 e 09, certamente que o silêncio do contribuinte confirma o acerto da autuação, haja vista que, consoante estabelece o art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Assim sendo, as infrações 01, 02, 03, 04, 08 e 09 são subsistentes.

No que tange à infração 05, verifico que o impugnante alega que o artigo 93, V, “a” e “b”, do RICMS/BA/97 e o art. 155, II, §2º, da CF não estabeleceram quais os itens de mercadorias gerariam direito ao crédito fiscal, sendo que o art. 33 da Lei Complementar nº. 87/96 estabeleceu o início em 01/01/1998.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, registrando que o autuado alega ter direito ao crédito fiscal relativo às aquisições de materiais de uso e consumo.

Observa que as mercadorias relacionadas no demonstrativo anexo ao Auto de Infração dizem respeito a diversos materiais utilizados na limpeza, jardinagem etc., inclusive as aquisições de materiais de consumo no Estado Bahia, tendo o autuado utilizado de forma indiscriminada créditos fiscais não amparados na legislação.

De fato, incorre em equívoco o impugnante ao sustentar que o artigo 93, V, “a” e “b”, do RICMS/BA/97 e o art. 155, II, §2º, da CF não estabeleceram quais os itens de mercadorias gerariam direito ao crédito fiscal.

Na realidade, o art. 93, V, “b”, do RICMS/BA/97, abaixo reproduzido, claramente estabelece a admissibilidade do crédito fiscal referente ao valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada no estabelecimento de mercadorias – bens ou materiais – destinadas ao uso ou consumo do próprio estabelecimento:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

(...)

b) a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação;

Entretanto, tal admissibilidade somente ocorrerá a partir do prazo previsto no artigo 33, I, da Lei Complementar nº. 87/96 que, inicialmente, seria a partir de 01/01/1998, contudo, tem sido prorrogado ao longo do tempo, sendo a data atualmente prevista pelo referido dispositivo legal a partir de 01/01/2020.

Assim dispõe atualmente o art.33, I, da Lei Complementar nº. 87/96:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020

Diante disso, considerando que somente a partir de 01/01/2010 as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento darão direito de crédito fiscal, resta indubioso que o autuado incorreu na conduta infracional que lhe foi imputada, sendo correta a autuação. Infração subsistente.

No respeitante à infração 06, o autuado alega que somente foi realizada montagem e “retorção” de ferro que é prestação de serviço e não está enquadrado no art. 280, I, do RICMS/BA/97, assim como no RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Noto também que o autuante contesta a alegação defensiva, esclarecendo que uma construtora remeteu diversos materiais no valor R\$89.468,46, para fabricação de postes e luminárias, que retornaram com o valor R\$198.477,94, sendo adicionado o valor de R\$107.109,46, conforme demonstrativo de fl. 08 dos autos, infringindo, assim, o art. 1º do RICMS.

Afirma que o autuado alega sem nenhum fundamento que incide o imposto de competência dos municípios, contudo, com base no artigo 2º do RICMS, deixou de pagar o ICMS referente ao valor adicionado sobre as mercadorias remetidas para industrialização. Nesse sentido, invoca e reproduz o art. 280, I, II, “a”, “b”, do RICMS/BA/12.

Registra que o remetente é não contribuinte do ICMS, haja vista que se trata de uma construtora, caso fosse contribuinte do ICMS a tributação ocorreria na saída deste estabelecimento.

O art. 280, I, invocado pelo impugnante assim dispõe:

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Conv. AE 15/74);

A simples leitura do dispositivo regulamentar acima transscrito permite constatar que sobre o valor adicionado incide o imposto, portanto, caberia ao autuado realizar o retorno com destaque do ICMS apenas quanto a este valor, o que não fez.

Relevante consignar que a intervenção do autuado nos materiais remetidos pelo autor da encomenda – construtora - não se caracteriza como prestação de serviço sujeita ao imposto de competência municipal, conforme aduzido, mas sim de um processo de industrialização, portanto, sujeito a incidência do ICMS.

Dessa forma, este item da autuação é subsistente.

Relativamente à infração 07, observo que o autuante esclarece que o autuado efetuou o retorno de mercadorias para contribuinte que não havia remetido mercadorias para industrialização sem tributação, de forma a não recolher o ICMS, conforme demonstrativo de fl. 19 dos autos. Sustenta que se trata de venda que o contribuinte simula com se fosse retorno de mercadoria.

Neste item da autuação, efetivamente, o autuado nada apresentou que pudesse elidir a infração.

Na realidade, o autuado apenas alegou, sequer juntou as cópias das notas fiscais que indicariam a origem das mercadorias.

Diante disso, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124274.0177/14-5**, lavrado contra **AÇOBAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. -EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.623,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a", "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR