

A. I. Nº - 279757.0053/20-8
AUTUADO - WOBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILLA FERREIRA e MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22.06.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-06/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. 1. CFOP 3.556. INFRAÇÃO 01. O defendente juntou extratos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com o intuito de comprovar a argumentação de que não fez uso de créditos nas operações/ notas fiscalizadas. Percebe-se que há valores creditados referentes a esses documentos e que nos campos destinados às observações sobre os lançamentos fiscais está dito que se trata de materiais de uso e consumo. A infração 01 é procedente. Entretanto, como o sujeito passivo possuía em sua escrita saldos credores em montantes significativamente maiores do que os autuados, deve permanecer apenas a multa de 60%, afastando-se o valor principal, cabendo ao impugnante a obrigação de estorná-lo na EFD. 2. CFOP 3.101. INFRAÇÃO 02. Os materiais fiscalizados foram classificados pelo próprio contribuinte em sua EFD como de uso e consumo. A infração 02 é procedente. Entretanto, como o sujeito passivo possuía em sua escrita saldos credores em montantes significativamente maiores do que os autuados, deve permanecer apenas a multa de 60%, afastando-se o valor principal, cabendo ao impugnante a obrigação de estorná-lo na EFD. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a prejudicial de decadência. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado no dia 08/09/2020, para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico total de R\$330.180,77, sob a acusação do cometimento das duas seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de materiais de uso e consumo. Trata-se de operações de CFOP 3.556, relativas a alças de carga, cabos de aço, cestos plásticos, cavaletes, cintas de elevação, cordas, dispositivos de içamento de seção, eslingas, rodas dentadas, rolamentos, roletes, retentores, pastilhas e laços de aço (03 a 07/2015, 09 e 11/2015, 02 e 11/2016). R\$282.915,41 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de materiais de uso e consumo. Trata-se de operações de CFOP 3.101, relativas a arranca pregos, martelos serralheiros, chaves de fenda, punhos plásticos, eslingas, anéis de carga roscados, manilhas, cassetes, âncoras, funis de PVC e rodas industriais (02 a 07/2015, 09/2015, 02, 08, 11 e 12/2016). R\$47.265,36 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

O texto da impugnação consta das fls. 241 a 254 (frente e verso), muito embora, antes delas, tenham sido juntados documentos para comprovar as razões contestatórias, às fls. 20 a 253 (extrato do sistema SIPRO de fl. 19).

Informa dedicar-se à indústria de fontes de energia eólica, atuando na produção de aerogeradores para o mercado interno e de pás eólicas para o mercado externo, bem como na prestação de serviços de assistência técnica para usinas eólicas.

Suscita preliminar de invalidade, por vício de motivação do lançamento fiscal, pois, a seu sentir, os autuantes limitaram-se à indicação dos dispositivos tidos como infringidos, não existindo, todavia, qualquer consideração mais aprofundada sobre a destinação que, no entendimento do Fisco, teria sido conferida aos materiais adquiridos.

Não há também evidências de que as conclusões dos fiscais tenham sido baseadas em efetivas circunstâncias de fato acerca da destinação das mercadorias. Pragmaticamente, não houve comprovação de que os bens se destinaram ao uso e consumo. Simplesmente alegar que as mercadorias adquiridas possuem tal qualificação não é suficiente. Cabe a quem acusa demonstrar o motivo pelo qual chegou a essa conclusão.

Segundo alega, foi surpreendido pela lavratura do Auto de Infração, sem que tivesse tido a oportunidade de se manifestar, explicar, justificar e até mesmo concordar, se fosse o caso. Sequer foi verificado se os créditos foram realmente escriturados, tendo os autuantes se valido de presunção humana de que o autuado os tomou de forma irregular.

Em prejudicial de decadência, levando em consideração que foi intimado da lavratura no dia 08/09/2020 (fl. 18), com fulcro no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), argumenta que estaria decaído o direito do Estado de lançar os valores atinentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2015.

No mérito da infração 01, tomando como exemplo as notas fiscais nºs 46 e 7.021, emitidas em 20/02/2015 e 04/11/2016, alega que não se apropriou de qualquer valor relativo às operações de CFOP 3.556. Tal situação se repetiria para todos os documentos fiscais objeto da primeira imputação, designados à fl. 247.

Quanto à segunda infração, diz que se trata de entradas de insumos, cujos créditos são garantidos pelo art. 155, § 2º da CF (Constituição Federal) de 1988, o que não pode ser menoscabado pelo legislador complementar. A legislação complementar, perante a CF, possui apenas o poder de especificar o *modus operandi* do regime de compensação do tributo.

Ainda que assim não fosse, e se tomasse como legítima a vedação – via Lei Complementar –, de créditos originários de entradas de materiais de uso e consumo, melhor sorte não restaria à autuação, pois se trata de insumos, e não de materiais de uso e consumo, cujas diferenças discrimina no item 6.1 da peça, ressaltando que anexou laudo técnico para comprovar a veracidade das suas alegações.

Exemplifica com precedentes jurisprudenciais e administrativos.

Em seguida, pedindo redução ou cancelamento, afirma que a multa é confiscatória e que no Auto de Infração não foi veiculado o dispositivo normativo atinente aos acréscimos moratórios, razão pela qual qualquer cobrança nesse sentido não deve prevalecer.

Fornece endereço para correspondências processuais, solicita a realização de diligência e pede deferimento.

Na informação fiscal, de fls. 264 a 266, um dos autuantes refuta a preliminar de nulidade e, com referência à prejudicial de decadência, assinala ter observado o Incidente de Uniformização da

PGE/PROFIS nº 2016.175855-0, tendo constatado que o imposto não foi apurado na escrita fiscal e, obviamente, não foi recolhido, pelo que não há que se falar no art. 150, § 4º do CTN.

Destaca que todos os trabalhos foram elaborados com base na EFD (Escrituração Fiscal Digital) e que a documentação juntada às fls. 37 a 118 para comprovar a suposta falta de utilização dos créditos indevidos de que trata a infração 01 é oficiosa, não digital, nada tendo a ver com a EFD. Por isso, não deve prevalecer, porquanto inservível como meio de prova.

Afirma que os materiais tratados na segunda imputação são de uso e consumo, o que se constata com a mera leitura das suas denominações, e requer a procedência do Auto de Infração.

O autuado volta a se manifestar às fls. 296 a 299, alegando que as cópias dos livros apresentados refletem exatamente a EFD.

Uma vez que se trata de documentação necessária a contrapor fatos, apresenta cópias do SPED (Sistema Público de Escrituração Digital) às fls. 300 a 731, objetivando demonstrar que não utilizou os créditos da infração 01 (operações de CFOP 3.556).

No tocante à infração 02, ressalta que a autoridade fiscalizadora deveria ter mais cautela ao afirmar que com a mera leitura das denominações é possível constatar que se trata de materiais de uso e consumo, sob pena de incorrer em presunção humana. Cabe-lhe averiguar e investigar se não são insumos, como determina o art. 142 do CTN.

Reitera o pedido de realização de diligência e pede deferimento.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e lançamento, pois os auditores, independentemente da procedência ou improcedência do mérito, que será determinada a seguir, expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

O contribuinte alega que foi surpreendido pela lavratura do Auto de Infração, sem que tivesse tido a oportunidade de se manifestar, explicar, justificar e até mesmo concordar, se fosse o caso. Não existe nada nessa situação que inquene a autuação de invalidade, pois nessa fase procedimental o sistema é inquisitorial, não incidindo princípios como os da ampla defesa e do contraditório, os quais passam a reger a partir da cientificação do sujeito passivo e da abertura do prazo para defesa.

Inexistente violação ao princípio da motivação, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na peça defensiva e na manifestação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data da ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em valor inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato

jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, de que não há provas nos presentes autos.

Neste caso concreto, o contribuinte possuía saldos credores acumulados nos exercícios de 2015/2016, não tendo realizado pagamento algum, pelo que nada existe para homologar, não havendo que se cogitar a incidência do art. 150, § 4º do CTN. Conforme o que já expusemos acima, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data da ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), apenas quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Todos os elementos necessários para julgar estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, a Lei Complementar nº 87/96, denominada “*Lei Kandir*”, dispõe sobre normas gerais acerca do tributo em análise (ICMS), em estrita observância ao que determina o art. 146 da CF/1988. Por conseguinte, mostram-se inverossímeis as alegações defensivas de que a esta espécie normativa caberia apenas determinar o *modus operandi* do regime de compensação do imposto:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e § 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239”.

Nos termos do art. 33, I da LC 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 2033.

A infração 01 cuida das entradas com o CFOP 3.556, relativas a alças de carga, cabos de aço, cestos plásticos, cavaletes, cintas de elevação, cordas, dispositivos de içamento de seção, eslingas, rodas dentadas, rolamentos, roletes, retentores, pastilhas e laços de aço.

Às fls. 300 a 731, o defendente juntou extratos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com o intuito de comprovar a argumentação de que não fez uso de créditos nas operações/ notas fiscalizadas.

Vejamos, exemplificativamente:

À fl. 342, as NFs nºs 46/47, emitidas no dia 20/02/2015, uma delas (a de nº 46) citada na defesa à fl. 246 (verso) como não tendo sido objeto de lançamento de crédito, com base em documentos e livros oficiais, estranhos à EFD (na EFD, colacionada pelo próprio sujeito passivo, há crédito destacado relativo a esta nota).

À fl. 443, a NF nº 684, emitida no dia 27/04/2015.

À fl. 640, a NF nº 4.948, emitida no dia 01/09/2015.

À fl. 653, a NF nº 5.080, emitida no dia 16/09/2015.

Percebe-se que há valores creditados referentes a esses documentos e que nos campos destinados às observações sobre os lançamentos fiscais está dito que se trata de materiais de uso e consumo.

As únicas notas fiscais constantes da EFD de fls. 300 a 731, destacadas com o CFOP 3.556, cujos valores não foram creditados na escrita, não fazem parte do levantamento fiscal, de fls. 09 a 15, como aquela de número 31, elencada à fl. 309 (EFD), emitida no dia 05/02/2015.

A infração 01 é procedente.

Entretanto, como o sujeito passivo possuía em sua escrita saldos credores em montantes significativamente maiores do que os autuados, deve permanecer apenas a multa de 60%, afastando-se o valor principal, cabendo ao impugnante a obrigação de estorná-lo na EFD.

Com respeito à infração 02 (operações de CFOP 3.101), com a devida licença, causa perplexidade o fato de o impugnante assegurar não ser material de uso e consumo o que ele mesmo registrou na EFD de fls. 300 a 731 como material de uso e consumo, nos campos destinados às observações sobre os lançamentos fiscais.

Por exemplo, o item ESLINGAS, que consta das infrações 01/02.

Trata-se de eslinga para içamento – também chamada de *sling* –, é um material empregado no transporte e na movimentação de cargas, que consiste em um conjunto de cabos que podem variar quanto ao diâmetro – o que determina a sua capacidade.

Prossigamos, em uma análise exemplificativa.

Funis de PVC, objetos de conhecimento notório, que dispensam maiores explicações tecnológicas, utilizados na drenagem de líquidos.

Cassetes, âncoras etc.

Observe-se, v.g., que em referência à Nota Fiscal nº 46, destacada no demonstrativo da Fiscalização de fl. 10, que contém o material de uso e consumo denominado grampo de posicionamento (crédito indevido de R\$ 217,40, na coluna “C.Indevido 3.101”), o sujeito passivo classificou esse mesmo item na EFD de fl. 342, no campo destinado às observações sobre o lançamento fiscal, como material de uso e consumo.

Constitui *venire contra factum proprium* a alegação posterior de que não é material de uso e consumo.

A infração 02 é procedente.

Entretanto, como o sujeito passivo possuía em sua escrita saldos credores em montantes significativamente maiores do que os autuados, deve permanecer apenas a multa de 60%, afastando-se o valor principal, cabendo ao impugnante a obrigação de estorná-lo na EFD.

Relativamente ao caráter supostamente confiscatório do percentual de 60%, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Os acréscimos de mora estão previstos no art. 51 da Lei 7.014/96. No caso de multas, na Lei 9.837/05, não cabendo ao particular alegar o seu desconhecimento para se esquivar das suas obrigações.

Com relação ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as

prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal:

“§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, remanescendo a penalidade pecuniária de R\$198.108,46, correspondente à soma de R\$ 169.749,25 (infração 01), com R\$ 28.359,22 (infração 02), conforme a planilha abaixo.

Acrescente-se que o sujeito passivo fica obrigado a estornar na sua escrita os valores principais lançados, abaixo designados:

INFRAÇÃO 01- 01.02.02

DATA DE OCORRENCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
31/03/2015	6.546,60	3.927,96
30/04/2015	20.435,15	12.261,09
31/05/2015	10.448,62	6.269,17
30/06/2015	18.081,09	10.848,65
31/07/2015	23.225,35	13.935,21
30/09/2015	42.333,37	25.400,02
30/11/2015	15.671,57	9.402,94
29/02/2016	396,35	237,81
30/11/2016	145.777,31	87.466,39
TOTAL	282.915,41	169.749,24

INFRAÇÃO 02 - 01.02.02

DATA DE OCORRENCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
28/02/2015	3.355,53	2.013,32
31/03/2015	1.355,06	813,04
30/04/2015	4.240,22	2.544,13
31/05/2015	8.372,13	5.023,28
30/06/2015	304,4	182,64
31/07/2015	16.933,11	10.159,87
30/09/2015	5.850,62	3.510,37
29/02/2016	179,38	107,63
31/08/2016	369,42	221,65
30/11/2016	6.267,74	3.760,64
31/12/2016	37,75	22,65
TOTAL	47.265,36	28.359,22

TABELA CONSOLIDADA

NÚMERO INFRAÇÃO- CÓDIGO	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
INFRAÇÃO 01 - 01.02.02	282.915,41	169.749,24
INFRAÇÃO 02 - 01.02.02	47.265,36	28.359,22
TOTAL	330.180,77	198.108,46

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0053/20-8**, lavrado contra **WOBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte para efetuar o pagamento da penalidade pecuniária no valor de **R\$198.108,46**, prevista no art. 42, inciso VII, alínea, “a” da Lei nº 7.014/1996, com os acréscimos de que trata a Lei nº 9.837/05.

Esta junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2022.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR