

PROCESSO - A.I. N.º 292949.0003/02-4
RECORRENTE - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0307-04/02
ORIGEM - INFRAZ SANTO AMARO
INTERNET - 19.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0462-11/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal referente à aquisição de mercadoria, cujo imposto foi pago por substituição tributária. **b)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE DIFERIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações com álcool hidratado proveniente de usinas, destilarias ou importadores, localizados em Estados signatários do Protocolo ICMS nº 19/99, o imposto fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada da mercadoria na distribuidora. A utilização do crédito fiscal deverá estar respaldada em GNRE, comprobatória do pagamento do imposto diferido ao Estado de origem. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE COMPLEMENTAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO PELAS OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES. Infração comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária. Refere-se a créditos de ICMS decorrente de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e que foram estornados a menos.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à mercadoria adquirida em outras unidades da Federação, sujeita ao regime de diferimento e desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto. Trata-se de aquisições interestaduais de álcool hidratado, ficando o imposto diferido para o momento da entrada do produto no estabelecimento da distribuidora.
3. Deixou de fazer a complementação do ICMS devido pelas operações subseqüentes com óleo diesel, em razão da diferença verificada entre o preço máximo ou único de venda a varejo fixado para o município destinatário consumidor e o preço constante no documento fiscal de aquisição das mercadorias junto ao industrial.

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à mercadoria adquirida em outras unidades da Federação, sujeita ao regime de diferimento e desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto.

O Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o Relator da 4^a JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“Com fulcro no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícias para as infrações 1 e 2 feita pelo autuado, pois, em vistas das provas que constam nos autos, as mesmas são desnecessárias, e o assunto em lide não necessita de conhecimento especial de técnico. Além disso, quando o processo carecia de medidas saneadoras, as mesmas foram tomadas mediante a realização da diligência solicitada por esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal. Os elementos que constam nos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

Relativamente à infração 1, ressalto que o art. 97, IV, “b”, do RICMS-BA/97 veda a utilização do crédito fiscal relativo à mercadoria, cuja aquisição tenha sido efetuada com pagamento do imposto por substituição tributária, salvo as exceções previstas na legislação.

Os livros fiscais do autuado mostram que ele se apropriou de créditos fiscais de ICMS, referentes a aquisições de mercadorias (gasolina e óleo diesel), cujo imposto havia sido pago por substituição tributária, tendo o autuado estornado esses créditos em valores inferiores aos que foram utilizados. Assim, o auditor fiscal acusou o autuado de ter infringido o dispositivo regulamentar citado acima. Visando elidir a acusação, o autuado alega que os arts. 356, § 1º, e 359, § 3º, I e II, do RICMS-BA/97, constituem exceções à vedação imposta no art. 97.

De acordo com os demonstrativos de fls. 237 e 238 a 246 dos autos, constato que as mercadorias que foram objeto da infração estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Portanto, o autuado estava impedido de utilizar créditos fiscais referentes a essas mercadorias, a menos que a utilização estivesse entre as exceções admitidas na legislação.

Os demonstrativos apresentados pelo auditor fiscal mostram que o autuado se apropriou do ICMS normal, o qual é devido ao Estado da Bahia e que foi utilizado na apuração do imposto devido por substituição tributária. Assim, não pode prosperar a alegação defensiva de que o crédito fiscal utilizado era referente a operações de saídas de combustíveis destinadas a outras unidades da Federação, cujo imposto já tinha sido retido por substituição tributária (Cláusula décima primeira do Convênio ICMS nº 105/92).

Também observo que as saídas de mercadorias escrituradas pelo autuado no seu livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 14, 16, 18, 20, 22, 24 e 26) mostram que o contribuinte não efetuou saídas interestaduais de mercadorias com tributação, como ele alega. Portanto, não pode ser acolhida a tese defensiva de que a utilização dos créditos fiscais estava amparada no disposto no art. 359, § 3º, I e II, do RICMS-BA/97.

Ademais, o contribuinte já vinha se apropriando do imposto referente à mercadoria sujeita ao regime de substituição, porém ele efetuava o estorno do imposto indevidamente apropriado, não causando prejuízo ao Estado. Todavia, a partir de abril de 2001, ele modificou o seu procedimento e passou a efetuar esses estornos em valores menores que o devido, causando claro prejuízo ao

erário. Ressalto que, quando foi realizada a ação fiscal, o autuado foi intimado para explicar o seu procedimento, sendo que o contribuinte não se manifestou na época.

Em face do exposto acima, entendo que assiste razão ao auditor fiscal e que são devidos os valores cobrados na infração em tela, pois o autuado estava impedido de utilizar os créditos fiscais referentes às mercadorias cujo imposto já tinha sido recolhido por antecipação tributária.

Acerca da infração 2, saliento que a indicação equivocada do art. 509, § 1º, do RICMS-BA/97, não é razão para a nulidade da infração, pois a descrição do fato é satisfatória e deixa evidente o enquadramento legal. Além disso, na descrição dos fatos, foi citado o correto dispositivo regulamentar (art. 511, III, “c”, “l” e “5.2”, do RICMS-BA/97).

Nas operações de saídas de álcool hidratado, promovidas por usinas, destilarias ou importadores e destinadas a Estados signatários do Protocolo ICMS 19/99, o imposto fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada do produto no estabelecimento da distribuidora. Esse imposto que fica diferido deve ser recolhido ao Estado de origem, mediante GNRE, nos termos do art. 511, III, “c”, do RICMS-BA/97. Para que o autuado (distribuidora) utilizasse, como crédito fiscal, o imposto diferido, seria necessário que ele estivesse de posse da GNRE comprobatória do pagamento do imposto, conforme exige o item “5.2” do citado dispositivo. Como não foram trazidas pela defesa as GNREs, considero que assiste razão ao autuante e que a infração ficou caracterizada.

As Notas Fiscais de nºs 5508 e 5479, apresentadas pelo autuado, não comprovam que o mesmo tenha arcado com o ônus do imposto, pois nelas não há destaque do ICMS e o autuado não comprovou o recolhimento do imposto diferido mediante GNRE.

No que tange as Notas Fiscais de nºs 9503, 9502, 9438, 9432, 9401, 9369 e 9376 (fls. 208 a 214), anexadas pelo autuado, as mesmas não elidem a autuação, haja vista que não fizeram parte nem da infração 2 (vide demonstrativo a fls. 29 e 30) e nem da infração 4 (que versou sobre crédito presumido em aquisição de álcool hidratado). Além disso, a liminar concedida pela Justiça do Estado de Alagoas, dirigida ao Secretário de Fazenda daquele Estado (fls. 215 a 220) não é endereçada ao fisco baiano e não autoriza o autuado a utilizar créditos fiscais referentes às operações em lide. Ressalto que o autuado a ela não se referiu expressamente na sua defesa, limitando-se a juntá-la ao PAF.

Quanto à infração 3, o autuado não se defendeu e solicitou parcelamento do débito. Esse posicionamento é um claro reconhecimento da procedência da acusação que lhe foi imputada. Assim, entendo que a infração está devidamente caracterizada.

No que tange à infração 4, ressalto que a acusação que foi feita ao autuado é a mesma que foi objeto da infração 2 acima, sendo que, na presente infração, o crédito fiscal foi lançado diretamente na coluna 006 – Outros Créditos – a título de crédito presumido, conforme comprovam as cópias do livro Registro de Apuração de ICMS, anexadas às fls. 129 a 133.

Na presente infração, do mesmo modo que na infração 2, o autuado não comprovou o pagamento do imposto diferido, conforme previsto no Protocolo ICMS nº 19/99. Dessa forma, entendo que foi correto o procedimento do autuante e que são devidos os valores exigidos na infração.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde, equivocadamente intitula de Recurso de Revista e repete os argumentos já expostos na defesa, insistindo na realização de uma perícia fiscal que não foi deferida na 1^a instância, caracterizando o cerceamento de defesa.

Quanto ao item 1 afirma que há exceções ao art. 97, IV, “b”, do RICMS/97 que são os arts. 359, § 3º, I e II, e 374, I, do RICMS-BA/97, onde há a previsão de que nas operações interestaduais, a partir do Estado da Bahia, cuja mercadoria já tenha sido objeto de substituição tributária, ele pode utilizar o crédito fiscal, até porque está obrigado a efetuar o pagamento do ICMS normal ao Estado da Bahia, bem como o devido por substituição tributária ao Estado de destino da mercadoria.

Diz ter como procedimento creditar-se do ICMS decorrente de aquisições de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, efetuando na coluna 3 do Livro de Apuração do ICMS o respectivo estorno e que a partir de abril de 2001 passou a estornar a menor o ICMS creditado indevidamente e acrescenta que o autuante não fez distinção entre as operações que foram realizadas, devendo ser realizada a perícia técnica.

Quanto à infração 2 diz que, em relação ao álcool hidratado, o art. 511, III, “c”, “1” e “5.2”, do RICMS-BA/97 não é aplicável ao caso em lide, pois esse dispositivo trata das saídas de álcool hidratado do Estado da Bahia para outros Estados das Regiões Norte e Nordeste, nada tendo a ver com o álcool hidratado adquirido pelo autuado em outros Estados da Federação.

Informa que foi requerido parcelamento da infração 3.

No que tange ao item 4 afirma que são cabíveis os mesmos argumentos expendidos na infração 2 para comprovar a regularidade dos créditos fiscais utilizados, apresentou junto à defesa, por amostragem, cópia de notas fiscais, onde o imposto foi destacado normalmente na origem, sem diferimento, cabendo, assim, o uso dos créditos fiscais correspondentes.

Por fim afirma que o cerceamento ao direito de defesa está configurado pois não houve exame da perícia requerida e solicita a improcedência do Auto de Infração.

Em Parecer, a PROFAZ opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que as razões recursais são incapazes de alterar o julgado pois, além do fato de que as razões apresentadas já foram devidamente analisadas, o recorrente não trouxe aos autos a prova da ocorrência da hipótese prevista no §3º do art.350 do RICMS/97 quanto ao item 1 e quanto aos itens 2 e 4 também não apresentou a GNRE comprobatória do pagamento, inexistindo prova da origem dos créditos.

VOTO

Neste Recurso Voluntário o autuado repete toda a argumentação já exposta na defesa e não apresenta nenhum documento capaz de alterar a fundamentação apresentada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto a argüição de nulidade após o cerceamento ao direito de defesa, em vista do não acatamento da solicitação à diligência, não vislumbra a nulidade suscitada, pois a negativa do pedido de diligência está devidamente fundamentada.

Assim, acato integralmente o Parecer da PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** Auto de Infração nº 292949.0003/02-4, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$600.453,29**, sendo R\$43.687,75, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$556.765,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e VII, “a”, da referida lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR.DA PROFAZ