

A. I. Nº - 292949.0003/02-4
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO CARNEIRO DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 06. 09. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0307-04/02

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. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/02, exige ICMS, no valor total de R\$ 600.453,29, em decorrência das 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 autuado interpôs defesa tempestiva, apresentando as alegações relatadas a seguir.

Acerca da infração 1, o defendente alega que o art. 97, IV, “b”, do Decreto nº 6284/97 [RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6284/97 – RICMS-BA/97], tido como infringido, admite as exceções contidas nos arts. 356 e 359 do mesmo Regulamento, cujo teor transcreve.

Assegura o autuado que, de acordo com os arts. 359, § 3º, I e II, e 374, I, do RICMS-BA/97, 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.

Às fls. 204 e 205, o autuado juntou aos autos, por amostragem, documento intitulado de “RESUMO DAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM COMBUSTÍVEL DERIVADO DO PETRÓLEO, REALIZADAS POR DISTRIBUIDORAS (CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – INCISO V DO CONV. 03/99) – ANEXO V PERÍODO DE REFERÊNCIA: 01 A 31/12/01”, para demonstrar que nessas vendas está sujeito ao regime ativo de substituição tributária e pode utilizar o crédito fiscal relativo às compras dessas mesmas mercadorias.

Sob a alegação de que o autuante não fez distinção entre as operações que foram realizadas, o autuado solicita perícia para responder os seguintes quesitos: a) no período fiscalizado, quais as operações de substituição tributária em compras interestaduais a que esteve o autuado sujeito? b) no período fiscalizado, quais as operações de substituição tributária em vendas interestaduais a que esteve o autuado sujeito? c) nessas operações de vendas interestaduais, inclusive as que tratam o Auto de Infração, quais as operações em que o defendente pode utilizar o crédito fiscal das compras?

Sobre a infração 2, o autuado assevera que o art. 509, §º, I, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreve, não tem aplicação ao caso em tela, pois trata de assunto alheio à autuação. Do mesmo modo, 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.

Requer a realização de perícia para responder os seguintes quesitos: a) de acordo com o Anexo G (fls. 29 e 30), quais as notas fiscais que dizem respeito a compras de álcool hidratado em outras unidades da Federação? b) nessas notas fiscais está destacado o imposto de responsabilidade do remetente e que ensejará a utilização do crédito fiscal pelo defendente? c) qual o valor do crédito fiscal a que faz jus o defendente?

No que tange à infração 3, o autuado afirma que solicitou parcelamento do débito.

Relativamente à infração 4, o defendente diz que são cabíveis os mesmos argumentos expendidos na infração 2, os quais transcreve. Em seguida, afirma que para comprovar a regularidade dos créditos fiscais utilizados, anexou, por amostragem, cópia de notas fiscais, onde o imposto foi destacado normalmente na origem, sem diferimento, cabendo, assim, o uso dos créditos fiscais correspondentes.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente por falta de amparo legal.

Na informação fiscal, com referência à infração 1, o autuante afirma que a argumentação defensiva baseada no art. 359, § 3º, I e II, do RICMS-BA/97 não é aplicável ao fato em lide. Ressalta que, nos documentos fiscais emitidos pelo autuado, não houve o destaque do ICMS, como mostram as fotocópias às fls. 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 e 26.

Explica que a tributação das operações em questão é regida pelo Convênio ICMS 03/99 e pelos arts. 510 a 512-A do RICMS-BA/97. Saliencia que o autuado utilizou o crédito de ICMS normal destacado em notas fiscais emitidas pelos refinadores (Petróleo Brasileiro S/A e Copene Petroquímica do Nordeste), os quais são os sujeitos passivos por substituição. Aduz que é indevida a utilização, como créditos fiscais, dos valores do ICMS normal, pois eles já foram compensados no cálculo da substituição tributária.

À fl. 225, o auditor fiscal apresenta um demonstrativo, onde constam as operações em questão separadas por fornecedor e por produto. Em seguida, o autuante aduz que, caso os julgadores entendam necessário, o Anexo F (fl. 9) pode ser detalhado em um demonstrativo analítico com as notas fiscais que foram utilizadas para apropriação dos créditos fiscais em questão (CFOP 1.72).

O autuante diz que, até 31/03/01, o autuado se creditava, indevidamente, do ICMS normal decorrente de aquisições de combustíveis (CFOP 1.72), porém efetuava o estorno em igual valor, não causando prejuízo ao Estado. Todavia, a partir de abril de 2001, o contribuinte passou a estornar a menos o valor creditado indevidamente. Diz que intimou o autuado para comprovar o procedimento adotado (fl. 28), porém o contribuinte não apresentou nenhuma justificativa que legitimasse o procedimento.

O auditor fiscal afirma que a diligência solicitada possui característica de uma consulta tributária, não está fundamentada, e as respostas aos quesitos são irrelevantes para a compreensão dos fatos, além disso, diz que as provas necessárias para o deslinde da questão constam no processo.

Quanto à infração 2, o auditor fiscal afirma que a descrição dos fatos é suficiente para determinar a natureza da infração, o autuado, o montante do débito tributário, bem como evidencia o enquadramento legal.

Após afirmar que a sistemática do diferimento do álcool hidratado está prevista no Protocolo ICMS 19/99, o autuante diz que a utilização do crédito fiscal está condicionada à apresentação da GNRE correspondente e que o responsável pelo recolhimento do imposto é a distribuidora destinatária, no caso o autuado, cita o art. 511, III, “c”, do RICMS-BA/97.

De acordo com o autuante, dentre as 80 notas fiscais que compõem o Anexo G (fls. 29 a 119), 23 contêm destaque do imposto, todavia os créditos fiscais foram glosados pelos seguintes motivos: a) o emitente do documento fiscal não é sujeito passivo de direito da obrigação tributária; b) o autuado emitiu carta de correção (fls. 111 a 116) solicitando que as notas fiscais fossem retificadas de forma a não haver destaque do valor do ICMS.

Quanto à perícia solicitada, diz que a mesma é desnecessária para a compreensão dos fatos e que os quesitos apresentados podem ser respondidos por simples análise do Anexo G.

Com relação à infração 3, o autuante aduz que o parcelamento solicitado foi menor que o débito exigido na autuação.

Sobre a infração 4, o auditor assegura que a descrição dos fatos é suficiente para determinar a natureza da infração, o autuado, o montante do débito, bem como evidencia o enquadramento legal. Explica que, nessa infração, os créditos fiscais indevidos foram escriturados no livro Registro de Entradas, ao passo que na infração 2 os créditos foram lançados diretamente no livro Registro de Apuração de ICMS, na coluna “Outros Créditos”. Frisa que a utilização dos créditos fiscais está condicionada à apresentação das GNRE correspondentes, o que o autuado não fez.

Ao final, o autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Tendo em vista o novo demonstrativo apresentado pelo autuante à fl. 225, o processo foi submetido à pauta suplementar e a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu que o mesmo deveria ser convertido em diligência, para que fosse dado vista ao autuado do referido documento e para que fossem relacionadas as notas fiscais constantes do demonstrativo de fl. 9. Às fls. 236 a 247, a diligência solicitada foi atendida.

Instado a se pronunciar nos autos sobre o resultado da diligência, o defendente reiterou os pedidos de perícias (já relatados) e indicou o seu assistente técnico.

VOTO

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 4ª 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”, “1” 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 n^{os} 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 n^{os} 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 n^o 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n^o **292949.0003/02-4**, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 600.453,29**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, II, “e”, da Lei n^o 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR