

PROCESSO - A. I. Nº 280328.0004/01-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AGIP DO BRASIL S/A. (AGIPLIQUIGÁS S.A.)
RECORRIDOS - AGIP DO BRASIL S/A. (AGIPLIQUIGÁS S.A.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0086-02/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 03.06.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0046-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Modificada a decisão. Exigência subsistente em parte, ante a análise dos documentos apresentados pelo sujeito passivo em confronto com as diligências realizadas. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatada nos autos a inconsistência do levantamento. Exigência não caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Referem-se a Recurso de Ofício e a Recurso Voluntário apresentados em relação ao Acórdão nº 0086-02/02 originário da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

Originalmente, o Auto de Infração exigiu o ICMS no valor de R\$113.874,56, em razão de:

- 1) Utilização indevida de créditos fiscais, no montante de R\$59.939,00, decorrentes da falta de apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito aos referidos créditos, conforme demonstrativo e documentos às fls. 28, 29 e 44 a 117 dos autos;
- 2) Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, no valor de R\$53.935,56, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque de botijões de gás de 13 Kg no exercício de 1997, conforme documentos às fls. 30 a 43 do PAF.

A 2ª JJF decidiu a lide com fundamento na diligência e Voto abaixo reproduzidos:

DA DILIGÊNCIA: “Em decisão da 2ª JJF, o PAF foi convertido em diligência à ASTEC, no sentido de verificar:

1. *Se é possível vincular e determinar, com certeza, se os produtos saídos com débitos do imposto, os quais ensejaram os créditos fiscais no RAICMS, objeto da lide, tiveram suas aquisições sem aproveitamentos dos referidos créditos fiscais e, caso afirmativo, se nos valores equivalentes aos debitados nas notas fiscais de saídas, de forma a comprovar a alegação de defesa de que está a garantir o princípio da não-cumulatividade;*

2. Se o levantamento quantitativo de estoque, encontra-se dentro das normas estabelecidas na Portaria nº 445/98, relevando os argumentos apresentados pelo recorrente e pelo autuante, apresentando demonstrativos e levantamentos necessários para o deslinde da questão.

Nos termos do Parecer da ASTEC nº 01/02, às fls. 770 a 788 dos autos, foi apurado a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no valor de R\$48.203,13, relativo à primeira infração. Quanto à segunda exigência foi ressaltado que não se sustenta a motivação indicada pelo autuante para misturar botijões P-13 destinados à comercialização e ao ativo imobilizado, como também deveriam ser computadas todas as saídas e entradas comercializadas do produto, independentemente do imposto ser destacado ou não. Assim, entende o diligente que tais procedimentos contribuíram para uma falta de consistência do resultado final apurado pelo autuante, uma vez que o levantamento quantitativo de estoques não se adequa ao contexto delimitado pela Portaria n.º 445/98. Por fim, o diligente destaca que os demonstrativos e documentos apresentados pelo autuado no decorrer da diligência (constantes às fls. 818 a 1639 dos autos) contribuíram para a formação das suas conclusões acerca da questão.

Do resultado da diligência foram notificados o autuado e o autuante, os quais não se manifestaram a respeito”.

VOTO PROFERIDO PELO O SR. RELATOR DA 2ª JJF: “Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS apurado através da utilização indevida de crédito fiscal, lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, em razão da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, inerente aos exercícios de 1996 a 2000, como também, através da auditoria de estoque, relativo ao exercício de 1997, conforme documentos, demonstrativos e levantamentos às fls. 25 a 122 do PAF.

Da análise das peças processuais, mais precisamente do Parecer da ASTEC, às fls. 770 a 788, verifica-se que remanesce a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no valor de R\$48.203,13. Quanto ao levantamento quantitativo do estoque de botijões de 13 Kg ficou constatada sua insubsistência, cuja conclusão o diligente se baseou nos demonstrativos e documentos apresentados pelo contribuinte, constantes às fls. 1.105 a 1.639 dos autos, os quais consideram toda movimentação do referido produto, conforme demonstrativo sintético à fl. 1.111, resultando no estoque final de 332 botijões, consoante estoque escriturado no Registro de Inventário (fl. 43 do PAF). Assim, restou comprovado não haver a diferença apurada pelo autuante, ao qual foi dada ciência do resultado da diligência, assim como ao autuado, para, querendo, se pronunciarem, o que não fizeram, entendendo-se como acatados.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$48.203,13, nos termos do demonstrativo de fls. 779 a 781 dos autos”.

Em consequência da Decisão supra a 2ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeito a partir de 10.10.00, em relação a infração 2, enquanto que o sujeito passivo interpôs Embargos de Declaração na forma abaixo sintetizada.

Cita que em 25 de fevereiro de 2002 apresentou contestação ao Parecer da ASTEC nº 01/02, especificamente em relação à infração 1, onde juntou diversos documentos comprobatórios ao seu direito dos créditos do ICMS que continuavam como indevidos, fornecendo, inclusive, a composição mês a mês dos mesmos. Aliás, tais documentos foram, em cópia, novamente juntados aos autos, às fls. 2.313 a 2.477. Cita que não houve por parte da JJF a observância desta

peça na apreciação do mérito e ressalta que na contestação do referido Parecer da ASTEC foram juntados documentos comprobatórios da legitimidade dos créditos, ou seja, foi produzida prova material que deveria ser apreciada.

Diante disto requer que sejam esclarecidos os motivos pelos quais não foi levada em consideração na Decisão de Primeira Instância sua contestação ao Parecer da ASTEC; que seja considerada a referida contestação em toda a sua plenitude, inclusive, os pedidos que nela são feitos; que seja determinada manifestação pelo diligente sobre as provas carreadas aos autos e, finalmente, que seja reformado o Acórdão JF nº 0086-02/02 tendo em vista as provas materiais carreadas aos autos através da referida contestação.

Encaminhado o PAF à PROFAZ, este órgão manifestou-se através do Parecer à fl. 2.495, destacando que o Recurso de Embargos de Declaração foi banido da legislação processual estadual pelo Decreto nº 8.001/01 e, sendo assim, à época da interposição deste Recurso pelo autuado não mais havia previsão legal para tanto. Acrescenta a ilustre subscritora do Parecer da PROFAZ de que da análise deste Recurso chega à conclusão que faltam os requisitos específicos próprios dos Embargos de Declaração e, em assim sendo, aventa a hipótese de aplicação do princípio processual da fungibilidade dos Recursos e, aplicando subsidiariamente o Código de Processo Civil, deve-se receber estes embargos mas, neste caso, como Recurso Voluntário, que se torna a única possibilidade do contribuinte impugnar a decisão de Primeira Instância da forma que se apresenta pois, o que pretende é, efetivamente, a reforma da Decisão. Acrescenta que, assim procedendo, estar-se-á preservando o direito à ampla defesa.

Por outro lado, sendo recebidos os Embargos de Declaração como Recurso Voluntário, afirma que o Recurso, mesmo visando à modificação da Decisão, repete os argumentos já interpostos na sua defesa e não ataca, efetivamente a Decisão, o que lhe frangiria os argumentos.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Encaminhado o PAF para inclusão em pauta suplementar, decidiu a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por seu encaminhamento para diligência fiscal à ser realizada pela ASTEC/CONSEF para que fossem examinados os documentos e as alegações trazidas pelo recorrente quando da sua manifestação em relação ao Parecer da ASTEC nº 01/02, novamente juntado na presente peça recursal, devendo, ao final, acaso sejam acolhidos, total ou parcialmente, ser efetuada a demonstração do débito remanescente.

A ASTEC/CONSEF elaborou o Parecer nº 0236/02, docs. fls. 2.498 a 2.520, onde, após as análises julgadas necessárias, concluiu que o recorrente elidiu a acusação pertinente à infração 1 apenas em parte, remanescendo um débito na ordem de R\$45.091,33 o qual demonstra.

Cientificados do resultado da diligência realizada pela ASTEC, o autuante não se manifestou enquanto que o autuado, ora recorrente, volta a se insurgir quanto ao resultado apurado através da mesma, docs. fls. 2539 a 2548, afirmando que concorda, apenas com a exigência de parte do crédito tributário, referente aos meses de maio/96, novembro/98 e janeiro/99, os quais pretende recolhê-los com os benefícios do Decreto nº 8.330/2002.

Após citar o art. 93, § 11, inciso II do RICMS/BA, observa que à época dos fatos, o diferencial de alíquota era recolhido através de lançamento do valor devido no campo “Débito do imposto – Outros Débitos”, no livro RAICMS, o qual era recolhido conjuntamente com o ICMS devido pelas

operações próprias e que, havendo saldo credor não há que se falar ou se exigir DAE de recolhimento do diferencial de alíquotas.

Efetua a juntada das cópias reprográficas do livro RAICMS onde constam os registros dos lançamentos glosados pela fiscalização e elaborou quadros demonstrativos, mês a mês, destacando os valores que foram levados a estorno de débito e a outros créditos, bem como os valores lançados a título de diferença de alíquota, onde analisa nota por nota, para afirmar, ao final, que não resta dúvida quanto à legitimidade do seu procedimento, exceto em relação à quantia reconhecida, a qual assim discrimina: Mês de maio/96 R\$1.369,38; novembro/98 R\$177,11 e janeiro/99 R\$21,67, totalizando a quantia reconhecida de R\$1.568,16 e impugnando o restante do débito na ordem de R\$43.523,17.

Encaminhados os autos à PROFAZ para pronunciamento, este órgão remeteu o PAF, mais uma vez, à ASTEC, no sentido de que o autor do Parecer de fl. 2.498 se manifestasse acerca do pronunciamento do recorrente com a juntada de novos documentos.

Através do Parecer nº 0009/02, fls. 2.625 a 2.639, o autor das diligências anteriores volta a se pronunciar, inclusive tecendo uma série de comentários a respeito de questões que não têm pertinência com o que lhe foi solicitado, os quais não serão aqui considerados.

Em relação ao que foi solicitado pela PROFAZ, o autor da diligência, após apresentar as justificativas que considerou pertinente, efetuou novas exclusões do débito e apontou um valor remanescente na forma abaixo:

- Mês de maio/96	: R\$ 1.369,38 (Já reconhecido pelo autuado);
- Mês de outubro/97	: R\$ 37.791,33
- Mês de novembro/98	: R\$ 177,08 (Já reconhecido pelo autuado);
- Mês de janeiro/99	: R\$ <u>21,67</u> (Já reconhecido pelo autuado).
- Total devido conforme a ASTEC	: R\$ <u>39.359,46</u>

No que diz respeito ao mês de outubro de 1997, onde o autor da diligência fiscal apontou um débito remanescente na ordem de R\$37.791,33 o mesmo traz como justificativa o fato do recorrente ter apresentado notas fiscais, sobre as quais incidiu a diferença de alíquota, cuja soma atinge o montante de R\$38.425,15. Em razão disto, entendeu que não se pode afirmar que essas notas sejam, necessariamente, aquelas que deram origem ao valor escriturado no livro RAICMS.

Uma vez mais o recorrente volta a se pronunciar nos autos acerca da nova diligência realizada pela ASTEC, contestando o Parecer nº 009/03, por considerar que o mesmo implicou em “fuga a verdade material dos fatos e da correção do procedimento praticado pelo impugnante”.

Volta a discriminar e a apresentar todas as notas fiscais que incidiram no recolhimento da diferença de alíquotas no mês de outubro/97 e o respectivo valor recuperado, detalhando os lançamentos e comprovando que a diferença entre o valor de R\$38.425,14 e o creditado de R\$37.791,34 se deve a um erro de digitação pertinente à Nota Fiscal nº 076.926, o qual demonstra.

Efetua, ainda, a juntada de cópia do DAE pertinente ao recolhimento do débito no valor de R\$1.568,16 anteriormente reconhecido.

Cientificado o autuante, este não se pronunciou.

Finalmente, a douta PROFAZ emitiu o parecer de fl. 2.685, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, acatando o resultado da última revisão efetuada pela ASTEC.

VOTO

Inicialmente cumpre ressaltar que por ocasião do julgamento levado a efeito pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, ocorrido no dia 19 de março de 2002, a manifestação do autuado acerca da primeira diligência realizada pela ASTEC ainda não tinha sido juntada aos autos, a qual, só ocorreu no dia 25 de março de 2002, após o julgamento, conforme atestam os docs. de fls. 2097 e 2284 dos autos.

Em seu primeiro pronunciamento à fl. 2.495 dos autos, a douta PROFAZ aventou a hipótese de *“aplicação do princípio processual da fungibilidade dos recursos e, aplicando subsidiariamente o Código de Processo Civil, deve-se receber estes embargos mas, neste caso, como Recurso Voluntário, que se torna a única possibilidade do contribuinte impugnar a Decisão de Primeira Instância da forma que se apresenta pois, o que pretende é, efetivamente, a reforma da decisão. Acrescenta que, assim procedendo, estar-se-á preservando o direito à ampla defesa”*.

Considerando que na discussão da Pauta Suplementar da sessão realizada no dia 09 de junho de 2002 ficou decidido que os presentes Embargos de Declaração deveriam ser recebidos como Recurso Voluntário e, considerando ainda, as diligências que foram realizadas, entendo que, em consonância com o opinativo da PROFAZ, tal peça recursal deverá ser acolhida e apreciada como Recurso Voluntário.

Desta maneira, analisando os argumentos do recorrente e confrontando-os com os resultados das diligências levadas a efeito pela ASTEC, entendo não restar qualquer dúvida de que o procedimento do recorrente, exceto em relação às parcelas do débito reconhecidas, está correto e não implicou em qualquer descumprimento de obrigação principal.

É importante salientar, que a cada diligência realizada, o débito concernente à infração 1 foi sendo reduzido pelo autor da diligência, restando, por fim, além das parcelas já reconhecidas e quitadas pelo recorrente, o valor de R\$37.791,33 que o autor da diligência não acolheu os argumentos do recorrente por considerar que o somatório das notas fiscais apresentadas, a título de diferença de alíquota, chegou ao montante de R\$38.425,15, superior, portanto, ao autuado. Diante disto aduz que não pode afirmar que essas notas sejam, necessariamente, as que deram origem ao valor escriturado no livro RAICMS. Por conta disto remeteu a decisão aos Conselheiros por entender que o deslinde acerca deste valor não está mais no campo do estritamente técnico e sim, no campo do convencimento, ou seja, o mérito propriamente dito.

Portanto, justamente nesta ótica, é que analisando o pronunciamento do recorrente às fls. 2644 a 2652, principalmente o demonstrativo à fl. 2650 dos autos, é que estou convencido da insubsistência da exigência fiscal em relação à parcela acima indicada já que o recorrente demonstra e comprova a regularidade do seu procedimento, inexistindo, ao meu ver, qualquer tipo de dúvida a este respeito.

Por todo o exposto, restam devidos em relação à infração 1, objeto do presente Recurso Voluntário, apenas os valores de R\$1.369,38, mês de maio de 1996, R\$177,11, mês de novembro de 1998 e R\$21,67 referente ao mês de janeiro de 1999, totalizando o montante de R\$1.568,16, o qual,

deverá ser homologado por quem de direito, com base no doc. à fl. 2.653, após as verificações pertinentes.

Em conseqüência, deixo de acolher o opinativo da douta PROFAZ e voto pelo Provimento Parcial do presente Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, item 2 do Auto de Infração, não há o que se modificar na Decisão recorrida, que o julgou insubsistente, de forma correta, em consonância com a diligência fiscal realizada, a qual acolho. Em suma, a exigência fiscal não restou caracterizada.

Conseqüentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, mantendo-se inalterada a Decisão Recorrida em relação à infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 280328.0004/01-6, lavrado contra **AGIP DO BRASIL S/A. (AGIPLIQUIGÁS S.A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.568,13**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, homologando-se os valores efetivamente já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de Maio de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

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