

A. I. Nº - 206941.0105/02-1
AUTUADO - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
AUTUANTE - CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 21.05.03

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-04/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** PARA CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. **b)** PARA ATIVO FIXO. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento fiscal, datado de 30/12/2002, exige ICMS no valor de R\$81.883,01, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;
3. Como nos termos do item anterior, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento;

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 70 a 77 dos autos descreveu, inicialmente, como ocorreu a autuação, bem como transcreveu, por exercício fiscalizado, as infrações que lhe foram imputadas.

Em seguida, apresentou os seguintes argumentos para refutar a autuação:

- 1) Decadência – Alega a decadência do Fisco Estadual em revisar os lançamentos por homologação relativos ao exercício fiscal de 1997, oportunidade em que transcreveu o teor do § 4º, do art. 150, do CTN, para embasar a sua alegação. Diz que, no caso versado, não se discute a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, logo, se aplica a regra geral, ou seja, a de que o Fisco tem 5 (cinco anos) a contar da data do fato gerador para homologar o lançamento, senão, considerar-se-á tacitamente homologado.

Argumenta que no tópico da infração 1 consta as ocorrências que indica e levando em conta os fatos geradores, o Fisco Estadual tinha até 30/11/2002 para revisar os referidos lançamentos, no entanto, a autuação ocorreu em 30/12/2002.

Prosseguindo em sua defesa, aduz que o mesmo vício acima, macula as cominações contidas no tópico da infração 2, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 71 e 72, motivo pelo qual os referidos lançamentos não podem ser revistos, razão pela qual nada é devido, face a imprecisão do trabalho fiscal procedido.

2. Divergências de Planilha – Erro no trabalho fiscal – Salienta que houve flagrante erro entre a planilha “demonstrativo de débito” e a planilha “demonstrativo de apuração do diferencial de alíquota do ICMS s/ uso e consumo” quando do levantamento fiscal.

À fl. 72 o autuado elaborou uma planilha para comprovar a imprecisão do levantamento fiscal e diz que se a autuação visa o recolhimento dos valores “devidos” por conta de diferença de alíquotas, não pode haver discrepância entre a tal diferença de alíquotas, apurada pelo autuante e os valores cobrados como débito fiscal. Transcreve decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de S. Paulo, que propugnou pela anulação de Auto de Infração, em razão de erro flagrante no levantamento fiscal, para embasar o seu argumento. Argumenta que existem outros equívocos, mais gritantes ainda, como discrepancia entre os valores recolhidos pela empresa e constantes em seus livros de Registro de Apuração do ICMS anexos, nos períodos autuados e os valores considerados quitados pelo autuante em seu levantamento, oportunidade em elaborou às fl. 73 a 74 uma planilha, como suporte para a sua alegação. Aduz, com base em tudo que foi dito, que o trabalho fiscal não primou pela precisão, sendo que o erro no levantamento fiscal considerou a menos os valores pagos a título de diferença de alíquotas, nos períodos autuados, sendo, por conseguinte, nula a autuação em toda sua extensão.

3) Não cumulatividade – Argumenta que o ICMS, tributo plurifásico, incide sobre as diversas fases de uma determinada cadeia produtiva. Segundo o autuado, por conta dessa característica e para desonrar a atividade industrial e mercantil e, principalmente, fomentar o consumo, evitando o acúmulo da carga tributária incidente nas operações anteriores ao consumo final do bem/serviço, restou constitucionalmente consagrado o princípio da não-cumulatividade, oportunidade que transcreveu o teor do art. 155, seu inciso II, § 2º, I, da Constituição Federal, além do art. 114, do RICMS/BA, como suporte para o seu argumento. Assevera que no período de 1997, a empresa adquiriu o insumo tolueno, utilizado para pintura dos vasilhames do seu ativo fixo, antes do envase do gás liquefeito de petróleo - GLP e sua ulterior comercialização. Por força da referida aquisição, diz que ao creditar-se do ICMS a empresa exerceu direito constitucionalmente assegurado, aliado a constatação da decadência, são motivos, também, para a improcedência da “infração 1”.

4. Crédito de ICMS - RICMS/BA - Aduz, com base no que preceitua a Constituição Federal, bem como no art. 93, do RICMS/BA., que não pode o autuante restringir o direito ao crédito. Cita o teor do referido artigo e de seu § 11º, para embasar o seu argumento. Salienta que os bens adquiridos nos períodos autuados, em verdade não constituem bens de “uso e consumo”, mas, na realidade, insumos da cadeia produtiva que leva o produto até o consumidor final e, por conta disso, integram o seu custo.

Ao concluir, requer o julgamento improcedente do Auto de Infração, cancelando o débito fiscal lançado, bem como a multa imputada em sua totalidade.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal fls. 97 a 99 dos autos assim se manifestou:

1. Sobre a decadência questionada pelo autuado, em que invoca o art. 150, do CTN, em seu § 4º, esclarece que o RICMS, em seu artigo 965, estabelece o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, cujo teor transcreveu, pelo que concluiu não proceder o argumento defensivo;

2. Quanto a impugnação referente a divergência na planilha, reconhece que houve uma falha na transcrição “erro de boa”, pois, ao invés de lançar o valor do débito em alguns itens do demonstrativo de débito do Auto de Infração, por equívoco, consignou o valor da diferença de alíquota sem deduzir o crédito devido. À fl. 98, elaborou uma planilha com os valores do imposto corretamente calculado, relativos aos meses e anos que indica;

3. Com referência a alegação do autuado de discrepância entre os valores recolhidos (lançados no livro RAICMS no quadro débito do imposto – outros débitos) e os valores considerados como quitados no seu demonstrativo de apuração da diferença de alíquota do ICMS sobre uso e consumo, informa que o autuado está desconsiderando que dentro deste valor lançado no referido livro no quadro de outros débitos, estão os valores lançados a título de diferença de alíquota na aquisição de ativo imobilizado, oportunidade em que elaborou às fls. 98 e 99 um novo demonstrativo. Ressalta, com base no referido demonstrativo, que o argumento defensivo não prospera;

4. No tocante à infração 1, em que o autuado alega que o insumo tolueno é utilizado para pintura dos vasilhames pertencentes ao seu ativo imobilizado, diz ser material de manutenção, não sendo amparado pelo RICMS a utilização do seu crédito.

Ao concluir, aduz manter a ação fiscal, com exceção do item referente a tabela 1, onde foram retificados os valores do levantamento fiscal, pelo que requer o julgamento procedente com relação ao levantamento fiscal de 1998 a 2001 e que seja reconhecido o demonstrativo de 1997 a 2000, com as correções efetuadas.

Face o autuante, por ocasião da sua informação fiscal haver anexado novos documentos aos autos, a COFEP/DAT/Norte, intimou o contribuinte para tomar conhecimento, conforme intimação à fl. 108, devidamente assinada pelo preposto da empresa.

Em nova intervenção às fls. 111 a 118 dos autos o autuado apresentou, em duplicidade, a sua manifestação nos seguintes termos:

1. Com referência a tentativa do autuante de refutar a preliminar de decadência, relativamente aos valores lançados no exercício de 1997, aduz que lei estadual não pode transcender as diretrizes gerais dadas pela Lei Complementar nº 5172/66, que instituiu o Código Tributário Nacional. Diz que a análise da temática relativa à decadência do crédito tributário deve ser operada à luz do art. 150, § 4º, do CTN, conforme já consignado em sua defesa inicial, oportunidade em que transcreveu o art. 146, seu inciso III e sua alínea “b”, da Constituição Federal, para embasar o seu argumento;

2. Aduz que além do ataque ao que dispõe o CTN, diz que o Auto de Infração padece do denominado “erro de boa”, uma vez que o trabalho fiscal deve pautar-se pela precisão e que eventual erro significa lesão ao patrimônio do contribuinte, que terminará por recolher a maior o tributo guerreado. Segundo o autuado, com base nos precedentes administrativos citados em sua defesa, o Auto de Infração ora discutido deveria ser anulado, para que fosse efetuado uma nova auditoria fiscal no estabelecimento, pois o erro perpetrado na auditoria, caso passasse despercebido, custaria a empresa a importância de R\$5.402,46;

Continuando em sua defesa, o autuado repete argumentos já espostos em sua impugnação inicial, segundo a qual existem outros equívocos, bem como discorre sobre a não cumulatividade, onde cita dispositivos da Constituição Federal e do RICMS.

Ao concluir, reitera os termos da defesa e requer seja julgada insubsistente a autuação fiscal, cancelando o débito fiscal lançado, bem como a multa imputada em sua totalidade.

Em nova manifestação à fl. 122 o autuante aduziu que, após a contestação da defesa quando reconheceu alguns equívocos incorridos conforme fl. 98, o PAF retornou ao autuado para conhecimento. De acordo com o autuante, o autuado apenas reproduziu a sua tese inicial, não acrescentando fato novo aos autos.

Ao finalizar, diz manter a autuação, com as retificações às fls. 97 a 99 do PAF.

VOTO

Inicialmente, não acato a preliminar de decadência alegada pelo autuado, para os fatos geradores relativos ao exercício de 1997. É que de acordo com o disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5172/66), o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso desta autuação, por se reportar uma parte a fatos geradores do exercício de 1997, a contagem do prazo iniciaria em 01/01/98, cujo prazo final se daria em 31/12/2002, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2002.

No tocante a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado em sua defesa, sob o argumento de que o trabalho fiscal deve pautar-se pela precisão e que eventual erro significa lesão ao patrimônio do contribuinte, não merece o meu acolhimento. Como justificativa, esclareço que o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, diz que as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se no ato da intimação cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre ele se manifestar.

Ressalto que o autuante ao prestar a sua informação fiscal fez as devidas correções, oportunidade em que elaborou um novo Demonstrativo de Débito às fls. 103 a 107, reduzindo o valor do imposto originalmente cobrado na importância de R\$81.883,01 para R\$76.319,44, tendo entregue cópia ao autuado, conforme recibo assinado pelo seu preposto.

Além da providência acima, a COFEP/DAT/Norte intimou o contribuinte, conforme intimação à fl. 108, estipulando o prazo de dez dias para se manifestar, querendo, oportunidade em que o autuado apresentou às fls. 111 a 118 novos argumentos.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar os elementos que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Reporta-se a utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento.

Com referência a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, pois os produtos adquiridos pela empresa foram lançados em seu livro Registro de Apuração do ICMS como aquisições de material de uso e consumo (ver fls. 24 a 36). Nessa situação, é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto, conforme dispõe os arts. 97, II, do RICMS/96 e 93, VII, “a”, do RICMS/97, pelo que mantenho a autuação.

Infrações 2 e 3 - Dizem respeito a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento.

Ao se defender das acusações, o autuado se limitou a alegar quem tem direito ao crédito fiscal, face o princípio da não cumulatividade do ICMS, assunto diverso das infrações imputadas.

De acordo com o disposto no art. 5º, I, do RICMS/96 e RICMS/97, ocorre o fato gerador do ICMS para fins de pagamento do diferencial de alíquotas, na entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Ressalto, com base nos levantamentos de fls. 16/21, de 39/43, de 46/53, de 55/60, de 62/64 e de 65/ 66 elaborados pelo autuante como prova das infrações, que o autuado efetuou recolhimentos a título de diferencial de alíquotas no período objeto da autuação, tendo sido exigido o imposto apenas sobre as compras em que o mesmo deixou de ser recolhido e/ou que foi feito a menos, fato que demonstra o acerto da ação fiscal, não procedendo, portanto, o argumento defensivo.

Com base na explanação acima, considero parcialmente correta a exigência fiscal no valor de R\$26.723,18 para a infração 2, após as devidas correções dos equívocos feita pelo autuante quando prestou a sua informação fiscal e, em sua totalidade, no tocante à infração 3, na importância de R\$46.436,72.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no montante de R\$76.319,44, conforme demonstrativo às fls. 103 a 106.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206941.0105/02-1, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$76.319,44**, sendo R\$19.199,22, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$57.120,22, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da lei citada, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR