

PROCESSO - A. I. Nº 206969.0006/04-5
RECORRENTE - COLÔNIA DE PESCADORES Z TRINTA E QUATRO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOVOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0456-01/04
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 19/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-12/06

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Modificada a Decisão recorrida. Corrigidos os valores exigidos, mediante diligência efetuada pela Assessoria Técnica deste órgão julgador. Infração parcialmente procedente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF no Acórdão nº 0456-01/04 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 31/03/2004, para exigir tributos no valor total de R\$28.142,14, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$1.890,00, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Contribuinte ultrapassou em mais de 20% o limite máximo de Receita Bruta Ajustada, em setembro/2000, para enquadramento como Microempresa, sendo o ICMS apurado como Empresa de Pequeno Porte no período 09/2000 a 12/2000, sendo o levantamento fiscal feito com base na escrituração contábil – Livro Diário – conforme discriminado nos Demonstrativos do Débito da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.
2. Recolheu a menor o ICMS, no valor R\$3.677,28, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).
3. Multa no valor R\$690, 00, por deixar de emitir, na condição de estabelecimento varejista, notas fiscais correspondentes às operações realizadas diretamente para consumidor final.
4. Multa no valor de R\$140,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME, relativos a compra (aquisições de mercadorias e serviços) e vendas (saídas de mercadorias e serviços) nos exercícios de 2000 a 2003, constatada através do confronto dos documentos fiscais com a escrituração contábil – Livro Diário.
5. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$21.744,85, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Recolhimento a menor do ICMS nos exercícios de 2001 e 2002, e falta de recolhimento em 2003, apurado através de levantamento fiscal sendo feito a auditoria da conta corrente do ICMS com base nas informações relativas a compras e vendas constantes da escrita contábil do contribuinte (Livro Diário ref. 2000, 20001 e 2002, e Relatório do livro Caixa ref. 2003). Apuração do imposto feita como contribuinte do regime normal de apuração do ICMS, dando todos os créditos a que teria direito como normal (crédito pelas entradas, ICMS recolhido), em decorrência da constatação da prática de comercialização (compra e venda) sem emissão de documentos fiscal, comprovada pelo confronto entre os documentos fiscais e a escrituração contábil, o que levou ao desenquadramento de ofício – com efeito retroativos a 01/01/2001 – do contribuinte do cadastro do SimBahia. Conforme previsto nos artigos 384-A, 386-A, 408-L, 408-S e 408-A, do RICMS/97, e discriminado nos demonstrativos (Auditoria da Conta Corrente do

ICMS e Levantamento das compras e vendas de mercadorias diversas) conf. Escrituração contábil.

O autuado, às fls. 225/226, impugnou às infrações 3 e 5, tendo reconhecido as infrações 1, 2 e 4 no valor de R\$5.707,29.

INFRAÇÃO 3 – Argumenta que vem junto à SEFAZ-Ba, Inspetoria de Ilhéus, deste sua alteração de endereço, registrado no Cartório Especial de títulos e Documentos da Comarca de Ilhéus, nº 28.981, enviando vários pedidos de atualização cadastral pela mudança de endereço, sem êxito, pois o novo Sistema de Cadastro não gera Inscrição Estadual para empresa cujo seu instrumento de constituição não estiver arquivado na JUCEB/BA, por este motivo, até op mês de janeiro do corrente ano estava sem uma solução, onde por fim, através de uma consulta junto a GEIEF/SALVADOR/BA, ofício 015/2003, obtivemos a resposta datada de 21 de janeiro de 2004, ofício nº 02/2004. Salienta que sempre esteve interessado em sanar esta pendência, a fim de regularizar a situação cadastral da sua inscrição.

INFRAÇÃO 5 - Aduz que a autuação é decorrente da produção de gelo, assim, deveria o autuando ter considerado o crédito proporcional referente ao consumo de água, por se tratar de matéria prima deste produto e também da energia elétrica consumida. Diz que elaborou um demonstrativo onde constam os valores apurados pelo autuante, bem como as colunas que demonstram os crédito do ICMS apurados através das contas de energia elétrica e o consumo de água.

Salienta que quase a totalidade deste produto (gelo) é vendida aos associados, pescadores proprietários de barcos de pesca que produzem pescados e outra parte para conservação e resfriamento das câmaras frigoríficas, onde fica armazenado o pescado. Sendo os créditos pleiteados na forma do 93, II, do RICMS/97.

A autuante, às folhas 301/303, assim se manifestou:

INFRAÇÃO 3 – Reconheceu que a existência do problema, por parte da SEFAZ/BA, no sistema de cadastrado. Entretanto, durante o período fiscalizado 11/1999 a 12/2003, foi constatada a falta de emissão de documentos fiscais, apurada através do confronto entre os documentos fiscais e a escrituração contábil do autuado, conforme demonstrativos (fls. 10 a 14), motivo pelo que entende deve ser mantida a infração.

INFRAÇÃO 5- reconheceu o direito ao crédito requerido pelo autuado, porém, sendo necessário quantificar o valor do crédito proporcional de água e energia utilizada no processo produtivo de mercadoria tributada (gelo), o que deverá ser feito pelo autuado.

Em nova manifestação, às folhas 310/311, o defendente reiterou os argumentos defensivos em relação à infração 3 e prestou as seguinte informações em relação à infração 5:

- 1 Sua estrutura de produção do pescado e composta de : 01 silo para produção de “gelo”; 02 câmaras frigoríficas com capacidade para o armazenamento de 12 toneladas e 8 toneladas de pescados; área de manipulação/limpeza do pescado e área administrativa. Ressaltou que a câmara menor para 8 toneladas de pescado, praticamente operada com gelo produzido pela Colônia, por tanto mesmo o pescado sendo isento do ICMS, no Estado da Bahia, o direito ao crédito de ICMS dessas contas efetivamente pagas, é devido, mesmo que não utilizado.
- 2 Diz que, em anexo, encaminha para apreciação Relatório Informativo do “Quadro de Cargas”, mediante Projeto Elétrico elaborado pela CEPLAC/CENEX, onde para a produção do gelo dispôs de um consumo de 34.810 watts de energia elétrica.
- 3 Mediante relatório reformulou o anexo: “Planilha de levantamento de créditos do ICMS decorrente das contas de água e Energia Elétrica”, tendo ressaltado que esse crédito deveria ser na sua totalidade, pois para o processo de produção do pescado, toda a sua estrutura física implica nesse custo de produção.

Ao finalizar, requereu pela procedência parcial da autuação.

À folha 314, o autuado acostou declaração do Presidente da Colônia informando que 69,60% do consumo de energia é destinada a produção de gelo e que 80% da água da embasa é empregada na produção do referido produto.

Às folhas 320/321, a autuante reiterou os argumentos anteriores.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JF decidido por sua conversão em diligência ao sujeito passivo, para apresentar Laudo Técnico contendo as seguintes informações:

- 1 Capacidade máxima de produção de gelo do estabelecimento;
- 2 Quantidade produzida de gelo no período autuado (01/2002 a 12/2003);
- 3 Indicar o percentual de gelo destinado à venda e ao consumo próprio.
- 4 Indicar o percentual de água destinado à produção de gelo.
- 5 Indicar o percentual de energia elétrica consumida na produção de gelo.

Entretanto, embora o sujeito passivo tenha se pronunciado às folhas 372/373, o mesmo não atendeu ao solicitado pela diligência. Informando que sua estrutura foi projetada para o atendimento aos associados, produção e comercialização de pescado e gelo, não entende porque teria que separar a energia e a água consumida para a fabricação do gelo, afim de aproveitamento do crédito do ICMS.

Às folhas 376/377, a auditora esclareceu, mais uma vez, quem conforme ocorrido no curso da ação fiscal, na fase de defesa e na reabertura de prazo para manifestação do sujeito passivo, este não forneceu informações nem documentos para a apuração do crédito a que a empresa teria direito em relação a água e energia elétrica empregada na produção de gelo para venda – mercadorias tributada.

Ressalta que o levantamento fiscal foi feito com base nas informações de venda de gelo no livro diário, não havendo ali (Diário) informações das quantidades e preço do produto (gelo) o que impossibilita a apuração do consumo de água e energia gastos no processo produtivo e a conseqüente atribuição do crédito do ICMS correspondente, conforme pode ser verificado no anexo ao Auto de Infração “Compras de vendas de Mercadorias (diversas) conf. Escrituração contábil” (fl. 10) onde ficam demonstradas a despesa pela compra (entradas) e receita pela vendas de mercadorias isentas e não tributadas e tributadas (gelo), valor do ICMS devido e as folhas do livro diário onde constam as informações; auditoria da conta corrente do ICMS (fls. 17/22), cópias livro Diário e Caixa (fls. 56/215).

Ao finalizar, salienta que, pelo exposto, tendo em vista que o autuante, novamente, não forneceu informações para apuração e atribuição do crédito correspondente às saídas das mercadorias tributada (gelo), a autuante retira os termos de suas informações anteriores, opinando pela procedência do Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Da análise das peças que compõem o presente PAF, verifico que a autuante imputa ao sujeito passivo cinco irregularidades, as quais passo analisar.

Em relação às infrações 1, 2, e 4, foram reconhecidas expressamente pelo autuado. Dessa forma, considero que essas infrações estão devidamente caracterizadas.

Quanto à infração 3, o contribuinte é acusado de deixar de emitir notas fiscais nas vendas realizadas diretamente para consumidor final, tendo o autuando aplicado a multa prevista no art. 42, XIV-A, aliena “a”, do RICMS/97.

O RICMS/97, ao regulamentar as hipóteses em que devem ser emitidos os documentos fiscais, em seu art.201, estabelece que as notas fiscais serão emitidas pelos contribuintes sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS.

No mesmo sentido, o art. 42, XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96, estabelece multa específica para os estabelecimentos comerciais que forem identificados realizando operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente (transcreve).:

O dispositivo é bastante claro, para que a multa seja aplicada, deverá a autoridade fiscal comprovar que durante a ação fiscal identificou o contribuinte “realizando” operação sem a emissão da documentação fiscal.

Entendo que a infração à norma estabelecida no art. 42, XIV-A, “a”, não está caracterizada, pois a auditora autuante não apresentou nenhum documento ou levantamento fiscal, como por exemplo, a auditoria de caixa para comprovar que identificou o contribuinte realizando operação. Desta forma, a infração deve ser excluída do Auto de Infração.

Relativamente à infração 5, a autuante acusa o contribuinte de recolher a menos o ICMS nos exercícios de 2001 e 2002, e falta de recolhimento em 2003, apurado através de levantamento fiscal sendo feito a auditoria da conta corrente do ICMS com base nas informações relativas a compras e vendas constantes da escrita contábil do contribuinte (Livro Diário ref. 2000, 20001 e 2002 e Relatório do livro Caixa ref. 2003). Apuração do imposto feita como contribuinte do cadastrado Normal do ICMS, dando todos os créditos a que teria direito como normal (crédito pelas entradas, ICMS recolhido), em decorrência da constatação da prática de comercialização (compra e venda) sem emissão de documentos fiscal, comprovada pelo confronto entre os documentos fiscais e a escrituração contábil, o que levou ao desenquadramento de ofício – com efeito retroativos a 01/01/2001 – do contribuinte do cadastro do SIMBAHIA. Conforme previsto nos artigos 384-A, 386-A, 408-L, 408-S e 408-A, do RICM/97, e discriminado nos demonstrativos Auditoria da Conta Corrente do ICMS e Levantamento das compras e vendas de mercadorias diversas) conforme Escrituração contábil.

Em sua impugnação o autuado alega que teria direito ao crédito referente ao consumo de água e de energia.

Ocorre que, somente uma parte da água e da energia é consumida no processo produtivo, gerando direito ao crédito, se resultar em saídas de mercadorias tributadas. Outra parte é empregada na parte administrativa e nas demais atividade da empresa, conforme reconheceu o contribuinte em suas peças defensivas, não gera direito ao crédito.

Mesmo na parte que é consumida (água e energia) no processo produtivo do gelo, deve se observar qual é a destinação do referido produto. Não resta dúvida quanto ao fato de que parte é vendida a consumidor final, gerando direito ao crédito proporcional a essas vendas. O parte do gelo é consumido pelo próprio estabelecimento para conservação do pescado que é vendido sem débito do ICMS, portanto não gerando direito ao uso do crédito.

Assim, não resta dúvida o contribuinte somente teria direito a uma parte dos crédito, porém, o mesmo não apresentou os documentos necessários para que a autuante aplicasse a proporcionalidade durante a ação fiscal. Nova oportunidade foi concedida ao autuado e, mais uma vez, o sujeito passivo não apresentou os documentos necessários.

Visando apurar a proporcionalidade, a 1ª JF converteu o PAF em diligência para o autuado apresentasse um Laudo Técnico apresentando os seguintes dados: capacidade máxima de produção de gelo do estabelecimento; quantidade produzida de gelo no período autuado (01/2002 a 12/2003); indicar o percentual de gelo destinado à venda e ao consumo próprio; indicar o percentual de água destinado à produção de gelo e indicar o percentual de energia elétrica consumida na produção de gelo. Ocorre que o contribuinte não atendeu a diligência, impossibilitando apurar qual o percentual de crédito que o mesmo teria direito. Desta forma,

não resta a este relator outra alternativa a não ser manter o crédito reclamado no valor indicado na infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantidas às infrações 1, 2, 4 e 5, devendo ser excluída da autuação a infração 3.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente apresenta demonstrativos relativos à venda de gelo e informações quanto ao consumo de água e energia elétrica, para justificar os créditos de ICMS, objeto da infração 5. A Procuradoria Fiscal sugere a realização de diligência, que submetida à Pauta Suplementar foi aprovada unanimemente. A Auditora Fiscal diligente mediante confecção de conta corrente fiscal dos exercícios de 2001 e 2003, e com base nos elementos anexados pelo recorrente, reduziu o valor do débito de R\$21.744,85 para R\$16.641,29. Devidamente notificados, o autuante e o autuado não se manifestaram.

A PGE/PROFIS opina pela manutenção da infração 5, no valor apontado na diligência efetuada pela ASTEC.

VOTO

A lide resumiu-se apenas à infração 5, que devidamente apurada mediante diligência realizada pela ASTEC definiu o valor do débito em R\$16.641,29, aceito tacitamente pelo autuante e pelo autuado.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo para o valor de R\$16.641,29 o débito referente à infração 5, nos termos do Parecer da ASTEC.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0006/04-5**, lavrado contra **COLÔNIA DE PESCADORES Z TRINTA E QUATRO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.208,58**, sendo R\$5.567,29, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais o valor de R\$16.641,29, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da mesma lei, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “c”, do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS