

A. I. Nº - 232946.0004/05-9
AUTUADO - AGANOR GASES E EQUIPAMENTOS S/A
AUTUANTE - EBERT BARBOSA PEREIRA CARDOSO e MANUEL PEREZ MARTINEZ
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 21. 03. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0069-04/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.
a) DOCUMENTO FISCAL LANÇADO EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. b) OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA DE TRANSPORTE INTRAMUNICIPAL. Infração reconhecida. c) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Restou comprovado tratar-se de aquisição de bens destinados à locação, hipótese em que a legislação tributária não autoriza a utilização de crédito. Infração subsistente. **2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS.** Infração reconhecida. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO.** Infração não elidida. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Infração não defendida. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. Rejeitados a preliminar de nulidade e os pedidos de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2005, exige ICMS no valor de R\$ 56.884,74, em função das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Valor lançado R\$ 619,84.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal, no valor de R\$ 11.904,38.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Diferença de créditos indevidos e complemento aos reclamados através do Auto de Infração nº 232946.0003/04-4, nos exercícios de 2001, 2002 e 2003, decorrentes de bens do ativo imobilizado destinados à locação. Valor lançado R\$ 12.599,68.
04. Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro de Saídas e o escriturado no Livro de Apuração do ICMS, na quantia de R\$ 6.108,29.
05. Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor lançado R\$ 2.666,97.
06. Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 22.884,74.

O autuado, através de seu representante legalmente constituído, apresenta defesa tempestiva às folhas 321 a 329, preliminarmente informando que já providenciou o recolhimento dos valores exigidos nas infrações de nº 01, 02, 04, 05 e 06, razão pela qual a impugnação se restringirá à infração 03.

Ressalta que exerce atividade de industrialização e comercialização de gases industriais e medicinais, altamente inflamáveis, classificados como perigosos que requerem a utilização de cilindros especiais com características também especiais. Para viabilizar a comercialização dos gases formaliza a cessão temporária dos referidos cilindros para seus clientes, por meio de comodato ou locação, sendo tais equipamentos essenciais para a consecução do objetivo social da empresa.

Aduz que a Lei Complementar 87/96 e o Decreto Estadual 6.284/97 dão direito ao crédito de ICMS relativo aos bens adquiridos para integrar o ativo permanente, por isso os referidos créditos foram lançados na escrita fiscal na proporção de 1/48, na forma da Lei. Acrescenta que a infração ora guerreada é um complemento do Auto de Infração nº 232946.0003/04-4 que atualmente se encontra em fase de Recurso Voluntário neste CONSEF.

Em seguida, cita o art. 97, Inciso IV do RICMS e diz que o autuante não apontou qual a alínea do referido artigo a infração se enquadra.

Salienta que por não conter o Auto de Infração elementos suficientes que permitam individualizar quais operações objeto da autuação, bem como a metodologia de cálculo utilizada, o mesmo afronta o princípio constitucional da ampla defesa e do devido processo legal, sendo, portanto nulo. Afirma ainda que a única forma de suprir as lacunas da peça vestibular seria através de diligência fiscal ou perícia contábil para que se comprove a exatidão do lançamento dos créditos de ICMS relativos aos bens do ativo permanente.

Continua a sua defesa citando o princípio da não cumulatividade apontado no art. 155 da Constituição Federal, bem como a Lei Complementar 87/96 e conclui que os cilindros disponibilizados pela empresa a seus clientes, em locação ou comodato, atendem as condições para crédito do ICMS descrito no art. 20 da LC 87/96.

Ao final, requer a improcedência do presente Auto de Infração.

Os autuantes na informação fiscal às fls. 338 a 340, esclarecem que em relação à alegação do autuado de que não houve creditamento a maior, basta verificar os demonstrativos do anexo 3 para constatar os fatos que discriminam mês a mês as diferenças apuradas.

Assevera que com base nas planilhas do CIAPs apresentadas pelo contribuinte, excluiu-se os bens para o ativo imobilizado e destinados à locação, conforme preceitua o art. 97, inciso IV, “c”, parágrafo 2º, inciso I do RICMS/BA, elaborando-se novos CIAPs, apresentado ao autuado e anexo ao processo. Diz que os exercícios de 2000, 2001 e 2002 foram auditados no ano anterior e a validade dos registros nos CIAPs bem como a identificação de bens em comodato e locados foram feitos por ele e pela ASTEC em função de diligência convertida pelo relator do processo nº 232946.0003/04-4, onde foram mantidos os bens cedidos em comodato locados anteriormente, tendo como base a decisão exarada no Acórdão JJF nº 0456-03/05 de 07/09/2005.

Por fim, mantém na íntegra os valores de ICMS reclamados no lançamento fiscal.

VOTO

Inicialmente, nego o pedido de perícia e diligência suscitada pela defesa, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento de julgador, ao teor do disposto no art. 147, I “a”, II, “b” do RPAF/99.

Em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada, uma vez que o Auto de infração preenche todas as formalidades legais previstas, não havendo, dessa forma, do que se falar em cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, observo que o autuado reconheceu as infrações: 01, 02, 04,05 e 06, portanto, não existe lide em relação às mesmas, razão pela qual devem ser mantidas na autuação.

A infração 03, objeto da presente lide, refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Ao analisar as peças que compõem a acusação, constatei que o procedimento fiscal refere-se à complementação do Auto de Infração nº 232946.0003/04-4, nos exercícios de 2001 e 2002, julgado procedente em 1ª instância pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu, por unanimidade, a vedação do creditamento de ICMS referente aos bens adquiridos para locação a terceiros, além do crédito indevido apropriado em 2003, conforme demonstrativos anexos às folhas 89 a 91 do PAF.

De acordo com o art. 97 do RICMS/BA “*É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:*

(...)

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

c) se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

§ 2º - Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

I - os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens do ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de uso ou consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto”.

Diante do exposto, acompanho entendimento esposado na decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão nº 0456-03/05 de 07/09/2005 e voto pela procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232946.0004/05-9**, lavrado contra **AGANOR GASES INDUSTRIAIS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 56.783,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA