

A. I. N° - 114135.0001/07-2
AUTUADO - PROFERTIL PRODUTOS QUÍMICOS E FERTILIZANTES LTDA.
AUTUANTES - EBERT BARBOSA DE PEREIRA CARDOSO e MANUEL PEREZ MARTINEZ
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.07.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0188-02/07

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Refeitos os cálculos com redução do valor. **Infração parcial subsistente. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COM NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTOS COMPROBATÓRIO DO CRÉDITO. Infração caracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/02/2007, para constituição do crédito tributário relativo ao ICMS no valor de R\$22.305,89, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS, no valor R\$4.511,97, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.
2. Deixou de recolher ICMS, no valor R\$5.238,07, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme Anexo 3.
3. Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$12.555,85, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, referente aos serviços de transportes prestados pela Transportadora Órbita, conforme Anexo 2.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, folhas 33 a 40, mediante advogados legalmente habilitados nos autos, insurgindo-se contra as infrações 1 e 3.

Quanto a infração 1, aduz que houve erro dos autuantes que desconsideram a substituição tributária efetivada durante todo o período do ano de 2003, transcrevendo o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal e citando a Lei Complementar nº 87/96, que autorizam o procedimento da substituição tributária. Frisa que, conforme observa-se das notas fiscais (doc. 04), houve substituição tributária do ICMS, razão pela qual não recolheu o diferencial de alíquota. Como se não bastasse, durante este período, a fiscalização está utilizando uma nova base de cálculo para a avaliação da diferença de alíquota, onde já se encontra incluído o ICMS substituto.

Argumenta que, para uma melhor verificação dos débitos indevidamente apurados pela fiscalização faz-se necessário expor cada competência separadamente:

1- Fevereiro de 2004 - O autuante apurou o valor de R\$105,98, o que não condiz com a realidade, tendo em vista que a alíquota de origem da Nota Fiscal nº 276.623 (doc. 05) foi de 12% e não 7% como considerou a fiscalização. Decorrendo, por consequência, num diferencial de alíquota de 5%, o qual foi corretamente recolhido pela impugnante.

2- Maio de 2004 - O autuante apurou o valor de R\$189,92, o que não condiz com a realidade, tendo em vista que o autuante não considerou a redução da base de cálculo constante das Notas Fiscais nºs 010814, 2761 e 008056 (doc. 06).

3- Junho de 2004 - O autuante apurou o valor de R\$39,23, entretanto houve a substituição tributária conforme consta da Nota Fiscal nº 82814 (doc. 07), não cabendo a cobrança da diferença de alíquota.

4- Agosto de 2004 - O autuante apurou o valor de R\$74,89, o que não condiz com a realidade, tendo em vista o autuante não considerou a redução da base de cálculo constante da Nota Fiscal nº 008509 (doc. 08).

5- Outubro de 2004 - O autuante apurou o valor de R\$135,14, o que não condiz com a realidade, tendo em vista que a alíquota de origem da Nota Fiscal nº 299074 (doc. 09) foi de 12% e não 7% como considerou a fiscalização. Decorrendo, por consequência, num diferencial de alíquota de 5%, o qual foi corretamente recolhido pela impugnante.

Novembro de 2004 - O autuante apurou o valor de R\$982,23, entretanto houve a substituição tributária conforme consta da Nota Fiscal nº 088227 (doc. 10), não cabendo a cobrança da diferença de alíquota.

Também, não considerou a redução da base de cálculo constante das Notas Fiscais nºs 009091 e 009107 (doc. 10).

De igual modo, o autuante não considerou que os produtos da Nota Fiscal nº 3730 (doc. 10), foram devolvidos em sua totalidade conforme Nota Fiscal nº 127.493 (doc. 10).

No tocante a infração 3, aduz que a responsabilidade é da transportadora, segundo se depreende da análise dos conhecimentos (doc 11), onde se encontram destacados os valores do ICMS e ainda, da análise dos comprovantes de pagamento dos mencionados fretes.

Argumenta que, como se verifica nos conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, que já se encontram discriminados os valores correspondentes ao ICMS cobrado e ainda, de acordo com os comprovantes de pagamentos este imposto já está incluído, sendo indevida desta forma qualquer obrigatoriedade de novo pagamento por parte do autuado, em face do princípio da vedação do *bis in idem* e da verdade material, transcrevendo doutrina sobre este último princípio.

Ao finalizar, requer a improcedência das infrações 1 e 3.

À folha 245, o autuado requer a emissão de DAE para recolhimento do débito relativo a infração 2, com os benefícios da redução da multa.

O autuante ao prestar a informação fiscal, à fl. 283, em relação a infração 1, diz que: “Foram efetuadas as correções reclamadas pela empresa, passando o valor da infração para R\$1.425,62, conforme anexo 1, modificado.” Às folhas 284 a 287, acostou o novo levantamento do débito.

Quanto a infração 03, aduz que o autuado não apresentou comprovante de recolhimento do ICMS, referente prestações sucessivas de serviços de transporte, de acordo com o artigo 382, inciso I do RICMS/97, em que o tomador do serviço assumirá a responsabilidade pelo imposto devido pelo prestador na condição de sujeito passivo por substituição.

Ao finalizar, opina pelo acatamento das reduções justificadas e a manutenção do restante do valor autuado.

À folha 289, o autuado recebeu cópia da informação fiscal e da nova planilha relativa a infração 1, mediante recibo, tendo sido informado do prazo legal para se manifestar.

Em nova manifestação, folhas 291 a 294, o autuado, em relação a infração 1, constata que mesmo com as retificações procedidas na informação fiscal, não foram corretamente analisadas as Notas Fiscais n.ºs. 269976, 269977, 10224, 40974, 10814, 72761, 8056, 8509, 9091, 9107 e 3730, uma vez que não deve prosperar qualquer alegação de diferença a ser recolhida, conforme será demonstrado a seguir:

1- Novembro 2003 - O autuante não considerou que a alíquota de origem da Notas Fiscais n.ºs 269976 e 269977 (doc. 02) foi de 12% e não 7%. Decorrendo por consequência num diferencial de alíquota de 5%, o qual foi corretamente recolhido pela impugnante.

2- Dezembro 2003 - O autuante não considerou a redução da base de cálculo constante das Notas Fiscais n.ºs 10224 e 40974 (doc. 04).

3- Maio de 2004 - O autuante não considerou a redução da base de cálculo constante das Notas Fiscais n.ºs 010814, 72761 e 008056 (doc. 04).

4- Agosto de 2004 - O autuante não considerou a redução da base de cálculo constante da Nota Fiscal n.º 008509 (doc. 05).

5- Novembro de 2004 - O autuante não considerou a redução a redução da base de cálculo constante das Notas Fiscais n.ºs 009091 e 009107 (doc. 06). De igual modo, o autuante não considerou que os produtos da Nota Fiscal n.º 3730 (doc. 07), foram devolvidos em sua totalidade conforme Nota Fiscal n.º 127.493 (doc. 08).

No tocante a infração 3, aduz que a responsabilidade é da transportadora, segundo se depreende da análise dos conhecimentos já anexados quando da defesa, onde se encontram destacados os valores do ICMS e ainda, da análise dos comprovantes de pagamento dos mencionados fretes.

Argumenta que, como se verifica nos conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, que já se encontram discriminados os valores correspondentes ao ICMS sobrado e ainda, de acordo com os comprovantes de pagamentos, este imposto já está incluído, sendo indevida desta forma qualquer obrigatoriedade de novo pagamento por parte do autuado, em face do princípio da vedação do *bis in idem* e da verdade material, transcrevendo doutrina sobre este último princípio.

Ao finalizar, requer a improcedência das infrações 1 e 3.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 03 (três) infrações.

Na peça defensiva, o autuado não impugnou a infração 2 e requereu a emissão de DAE para recolhimento do débito com os benefícios da redução da multa, estando acostado aos autos à folha 371 extrato do Sistema INC - Informação do Contribuinte - Relação de DAE's - abril/2007, constando os dados relativos ao recolhimento do débito. Portanto, não existe lide em relação a referida imputação, estando devidamente caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 1 e 3, as quais passo a analisar.

Na infração 1 é imputado ao autuado que deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Em sua manifestação defensiva, após a informação fiscal, o autuado constata que mesmo com as retificações procedidas na informação fiscal, não foram corretamente analisadas as Notas Fiscais

nºs 10224, 40974, 10814, 72761, 8056, 8509, 9091 e 9107, uma vez que o autuante não considerou a redução da base de cálculo constante nos referidos documentos.

O RICMS/97, ao tratar da base de cálculo para fins de pagamento da diferença de alíquotas, determina no artigo 69, que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Por sua vez, o artigo 72, do mesmo regulamento, estabelece que:

“Art. 72. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas relativo a operações ou prestações com redução da base de cálculo, observar-se-á o seguinte:

I - tendo a operação ou prestação sido tributada com redução da base de cálculo decorrente de convênio, a apuração do valor a pagar será feita em função do mesmo valor resultante daquela redução;”

Assim, para que o autuado goze do benefício de calcular a diferença de alíquota em função do mesmo valor resultante daquela redução da operação com base de cálculo reduzida, é necessário que a redução na operação anterior decorra de convênio, situação que o autuado não comprovou. Assim, este argumento defensivo não pode ser acolhido.

Entretanto, entendo razão assistir ao autuado em relação ao mês de novembro 2003, uma vez que o autuante não considerou, equivocadamente, a alíquota de 7% quanto às Notas Fiscais nºs 269976 e 269977, quando o correto é 12%, pois o emitente encontra-se localizado no Estado do Espírito Santo. Assim, o débito relativo ao fato gerador de novembro de 2003 deve ser excluído da infração.

De igual modo, também, acolho o argumento defensivo em relação a devolução das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 3730, pois o autuado comprova que foram devolvidas, acostando ao PAF cópia da Nota Fiscal nº 127.493. Logo, do débito do mês de novembro de 2004, o valor de R\$635,00, reduzindo o imposto exigido neste mês para R\$122,41.

Considerando as exclusões acima, bem como as realizadas pelo autuante na informação fiscal, a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$404,54, conforme abaixo:

DTA OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO CONFORME INFORMAÇÃO FISCAL	EXCLUSÕES	ICMS DEVIDO APÓS JULGAMENTO
30/11/2003	386,08	386,08	0,00
31/12/2003	17,72		17,72
31/5/2004	189,92		189,92
31/8/2004	74,49		74,49
30/11/2004	757,41	635,00	122,41
TOTAL	1.425,62	1.021,08	404,54

Na infração 3 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, referente aos serviços de transportes prestados pela Transportadora Órbita.

Em sua defesa, o autuado aduz que a responsabilidade é da transportadora, pois nos conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, que já se encontram discriminados os valores correspondentes ao ICMS cobrado e ainda, de acordo com os comprovantes de pagamentos, este

imposto já está incluído, sendo indevida desta forma qualquer obrigatoriedade de novo pagamento por parte do autuado, em face do princípio da vedação do *bis in idem* e da verdade material, transcrevendo doutrina sobre este último princípio.

Na tentativa de amparar o lançamento dos valores utilizados à título de créditos fiscais, o autuado emitiu as Notas Fiscais de Entradas nºs 101549, 102435, 103514, 104745 e 106136, folhas 25 a 30 dos autos, tendo como remete à Transportadora Órbita Ltda., no campo “Descrição dos Produtos” apenas a observação: “NOTA FSICAL EMITIDA CONF. ART. 1º INCISO 7º DEC. 6.284/97 DO RICMS/BA.”

Ocorre que o citado dispositivo não ampara a utilização dos créditos, senão vejamos:

“Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

(...)

VII - a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

Por sua vez, caberia ao autuado comprovar os créditos fiscais mediante apresentação dos Conhecimentos de Transportes das respectivas notas fiscais constante da planilha de folha 21 dos autos, sem apresentar os documentos fiscais comprovando o destaque do ICMS nas referidas operações, não há que se falar em crédito de ICMS. Apesar de ter acostado aos autos diversas cópia de Conhecimentos de Transportes em sua defesa, nenhum deles se refere as notas fiscais consignadas na referida planilha que embasou a autuação.

Assim, não resta dúvida que a utilização do referido crédito não teve sua origem comprovada, estando caracterizada a infração em tela.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114135.0001/07-2**, lavrado contra **PROFERTIL PRODUTOS QUÍMICOS E FERTILIZANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.198,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2007

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR