

A. I. Nº - 121644.0007/05-9
AUTUADO - NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LIMA DE MENEZES
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02.10.08

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0290-04/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Autuante refez o lançamento eliminando equívocos, o que diminuiu o valor originariamente exigido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E USO E CONSUMO. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS. Infração parcialmente comprovada em virtude de retificações no lançamento original, efetuada pelo autuante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/07/2005, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 378.163,65, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Efetuou estorno dos débitos lançados a título de diferencial de alíquota, no quadro 002 – outros débitos referentes a recuperação de diferencial de alíquota sem ativo fixo, sem amparo legal na legislação (Valor histórico: R\$ 275.634,60; percentual da multa aplicada: 60%).
2. 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 a consumo do estabelecimento. Recolheu a menor ICMS referente a diferença de alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento. (Valor histórico: R\$102.529,05; percentual de multa aplicada: 60%).

O autuado, através de seu procurador, ingressa com defesa às fls. 98 a 114, com suporte nas seguintes alegações:

Quanto à infração 01, alega inicialmente a inexigibilidade dos valores referentes ao exercício do ano de 2000, levando-se em consideração que nesse período a apropriação do crédito fiscal do ativo imobilizado era integral, não havendo restrições ao mesmo, nem, por via de consequência, que se falar em procedimento indevido quanto à recuperação do diferencial de alíquota, referente a esse período fiscal.

Afirma que a fiscalização não analisou o livro CIAP da impugnante, de forma a comprovar a existência de crédito que, se não absorverem todo o débito referido, ao menos o diminuirá.

Ressalta que a recomposição da conta Gráfica da impugnante será imprescindível, para que se afaste a presente exigência, uma vez que, em razão dos saldos credores de ICMS, foi suspensa a apropriação de créditos, referente aos insumos e ao ativo imobilizado, preservando-se, entretanto, o direito ao crédito que está garantido através dos documentos fiscais respectivos, bem como da comprovação de que não houve apropriação dos créditos referentes aos mesmos. Assim, ao se efetuar tal recomposição, através da apropriação dos valores do saldo credor, referente às entradas de imobilizado na proporção de 1/48 avos, verificar-se-á o limite necessário para anular o débito apurado.

Observou que a fiscalização desconsiderou o direito ao crédito do impugnante, quando glosou os estornos de débitos que se cingiam somente ao aproveitamento de créditos extemporâneos que fazia jus, nos períodos de dezembro de 2002, janeiro a abril de 2003, e junho de 2003.

Manifesta-se acerca do princípio da não cumulatividade e transcreve julgados do CONSEF.

Afirma que a fiscalização incorreu em equívoco, quando não observou que o autuado devolveu os bens referentes ao estorno de R\$2.458,96, documento fiscal de devolução esse que foi regularmente escriturado nos livros fiscais.

Quanto à infração 02, alega também ser aplicável os argumentos referentes ao saldo credor a que faz jus o impugnante, além de diversos erros grosseiros no levantamento, que são:

1. A fiscalização incluiu diversos documentos fiscais em relação aos quais as mercadorias neles inclusas estavam amparadas pela isenção ou pela não-incidência. Com isso tais valores devem ser excluídos da base de autuação, em obediência ao art. 7º do RICMS/97.
2. A fiscalização desconsiderou o mecanismo criado pela própria legislação do Estado da Bahia, com relação ao pagamento do diferencial de alíquotas, nas operações sujeitas à redução da base de cálculo, importando na inclusão indevida dos valores constantes em diversas notas fiscais, que enumera.
3. Inclusão de uma série de itens indevidos, tais como: a duplicidade do lançamento da Nota Fiscal nº 199834; a inclusão de valores referentes à prestação de serviços de cálculo do diferencial cobrado, a exemplo do ocorrido em relação a Nota Fiscal nº 5749; a inclusão de valores referentes às mercadorias devolvidas, Notas Fiscais nºs 596 e 597.
4. A fiscalização desconsiderou o fato de a Nota Fiscal nº 3140 se referir a insumo produtivo e que, portanto, não gera a obrigação do pagamento do diferencial de alíquotas.
5. Inclusão de valores sujeitos à sistemática da substituição tributária, em meio à cobrança do diferencial de alíquotas, através da inclusão, equivocada, de notas fiscais nºs 500, 92875, 929878, 929876, 929874, 929877.

Requer assim a total improcedência da autuação, em face da impossibilidade de manutenção de exigência fiscal, embasada em levantamento físico-quantitativo incorreto. Caso não seja esse o entendimento, pede que seja recomposta a conta Gráfica, de modo que se possibilite fazer prova de inexistência de prejuízo ao erário, em face do saldo credor a que faz jus a ora impugnante.

Requer ainda a realização de prova pericial sobre todos os documentos fiscais, livros e demonstrativos, para demonstrar a refutabilidade dos números constantes do levantamento fiscal.

O autuante presta informação fiscal, fls. 125 a 130, nos seguintes termos:

Sustenta que na ação fiscal verificou, conforme fls. 29 a 93, que em cada mês de apuração era lançado a débito, no RAICMS, o valor do aludido diferencial de alíquotas. Contudo, dentro do mesmo período, era lançado no mesmo livro, como estorno de débito, o valor relativo ao diferencial de alíquota por aquisições para o imobilizado. Com isto ficaram anulados os débitos relativos ao diferencial de alíquota, relativo ao imobilizado que, assim, deixou de ser pago.

Quanto aos argumentos apresentados pela defesa, da inexigibilidade total dos valores relativos ao período de 2000, o autuante alega que embora a exigência da proporcionalidade na utilização dos créditos decorrentes das aquisições para o imobilizado só veio a ser expressa a partir de 01.01.2001, a exigência do diferencial de alíquota nas aquisições, em operações estaduais por contribuinte, de bens para o imobilizado, continuou em vigor, pois já previsto na Lei nº 7.014/96, art. 2º, IV.

Alega ainda que os únicos créditos existentes são os indevidos estornos, e ressalta que o livro CIAP não foi exibido.

Salienta que as planilhas de fls. 12 a 27 demonstram, de forma individualizada, os cálculos e respectivas diferenças. Os documentos fiscais e respectivos valores foram extraídos dos arquivos

SINTEGRA, fornecidos pela empresa. Esclarece que a fiscalização teve que ser prorrogada para que se oportunizasse o conserto dos arquivos, anteriormente apresentados, com erros e falhas.

Afirma com relação à infração 02, que fica evidente a tentativa de procrastinar a autuação pelas alegações dispostas nas fls. 110, 111 e 112 para sugerir a exclusão, no levantamento, das notas fiscais apontadas.

Mantêm integralmente a exigência fiscal e opina favoravelmente a que se faça a diligência solicitada, para averiguação do quanto está consignado nas notas fiscais, cuja exclusão requer.

O autuado se manifesta nas fls. 139 a 143, acerca da Informação Fiscal, produzida pelo autuante, alegando que acolhe em parte a infração 01 de referência ao exercício de 2000 e que descabe a imposição, porque até aquele exercício todo o valor pago seria objeto de creditamento, como tem decidido o CONSEF. Quanto ao período de 2001 a 2004 deixou ele de considerar que a empresa, neste período, lançou a débito e a crédito os valores correspondentes da diferença de alíquota, relativo ao imposto incidente sobre os bens do ativo.

Reitera os argumentos da defesa, afirmando que a fiscalização incluiu, em seu levantamento, diversas notas fiscais com mercadorias amparadas pela isenção ou não incidência. Também aponta notas fiscais amparadas pelo regime de redução de base de cálculo. Lançamento em duplicidade da nota fiscal 199834; inclusão de valores referentes às prestações de serviço dentro do diferencial cobrado, a exemplo da nota fiscal nº 5749; inclusão dos valores referentes às mercadorias devolvidas, conforme nota fiscal 596597; cobrança do diferencial em relação a insumo, nota fiscal 3140. Reclama que notas fiscais recebidas com tributação antecipada foram também incluídas no levantamento do diferencial de alíquotas.

Alega ser necessário uma diligência para apurar se há realmente imposto a recolher. Com isso reitera o pedido de diligência e nomeia contador para acompanhar a perícia.

O autuante informa que o autuado nada falou em seu novo pronunciamento, quanto às planilhas que lhe serviram à obtenção de novo prazo de defesa, repetindo argumentos anteriormente apresentados, já devidamente refutados na informação fiscal. Ressalta que o perito indicado é o próprio procurador do autuado, tendo a diligência mero caráter protelatório. Ratifica o auto de infração em todos os seus termos.

O presente PAF foi diligenciado à ASTEC, fl. 154, para que o contribuinte fosse intimado a apresentar o livro CIAP, com os documentos que geraram o lançamento; apurasse os valores de “estorno de débito”, efetuados a maior, caso existentes.

Também com relação à infração 02, verificasse se o autuante incluiu no levantamento, notas fiscais de mercadorias isentas ou com não incidência de ICMS, notas especificadas na fl. 109.

Também se foi observado a redução da base de cálculo, no pagamento da diferença de alíquotas, constantes nas notas fiscais, fl. 111, e notas fiscais em duplicidade, de mercadorias devolvidas, e de mercadorias sujeitas à substituição tributária, excluindo-as e elaborando novo demonstrativo de débito.

A final, fosse dado ciência ao autuado, e ao autuante, com reabertura do prazo de defesa, de 30 dias.

Auditor fiscal estranho ao feito, elaborou o Parecer ASTEC nº 0036/2006, fls. 157/158, no qual entendeu que esta diligência deve ser convertida ao fiscal autuante, para sanar os questionamentos suscitados pelo autuado, na expectativa do reexame das infrações 01 e 02, objetivando os esclarecimentos dos fatos.

O assistente do Conselho de Fazenda, à fl. 201 encaminhou os autos à Infaz de origem, para que o auditor fiscal autuante ou outro a ser designado, cumprisse a diligência na forma solicitada por esta Relatora, entendendo ser necessário a reescrituração do livro CIAP, dos exercícios de 2000 a 2005, o que implica em uma fiscalização completa, fugindo à competência da ASTEC.

O autuante declara entender que o ônus de proceder ao refazimento da escrita é do autuado, que deveria ter feito no momento da apresentação da defesa. Ademais, a sugerida reescrituração refere-se a um período de seis exercícios, o que demandaria uma nova fiscalização, sem decretação da nulidade do auto de infração. Assim, sugere o encaminhamento à instância a quo, para que as apreciando, acolhesse a preclusão do direito de refazimento da escrita, pelo autuado, ou se assim, não entendesse, consignasse prazo razoável, ao autuado, para ele mesmo gerar o seu novo elemento de defesa.

Na fl. 207 consta o Termo de Encaminhamento dos autos à Infaz Santo Amaro, para que o auditor fiscal autuante ou outro a ser designado, cumpra a diligência na forma solicitada por esta Relatora, lembrando que esta se reporta a duas infrações que devem ser corrigidas, não se tratando, em verdade, de uma nova fiscalização, mas de correções de equívocos, porventura cometidos pelo autuante.

O autuante, em cumprimento ao solicitado, emite o documento de diligência, fls. 209/210 no qual esclarece que foram adotados os seguintes procedimentos:

- 1) Revisão de todos os documentos alusivos à aquisição de bens para o ativo imobilizado, durante o período fiscalizado, com vistas a determinar os créditos de ICMS passíveis de compensação. O procedimento foi realizado em cotejo das notas fiscais com o livro CIAP apresentado e a legislação pertinente. Daí resultou o Anexo 1, no qual são demonstradas as aquisições para o Ativo Imobilizado e respectivos créditos compensáveis. Referido anexo se reporta aos exercícios de 2001 a 2004. Quanto ao exercício de 2000, a legislação vigente à época autorizava a compensação do crédito pelo total, no próprio mês de aquisição, sendo desnecessário para os fins do presente, a apuração da relação 1/48. Lembra que no período não houve operações de saídas de mercadorias, com abrigo da não incidência ou isenção do imposto, não havendo pois, proporcionalidade que ensejasse estornos de parte de tais créditos.
- 2) Apurados os créditos compensáveis por aquisições para o ativo imobilizado, operação por operação, e relação 1/48, elaborou o Anexo II, para cálculo dos valores apropriáveis, acumuladamente, em cada mês, tendo em vista a aquisição sucessiva de bens para o ativo imobilizado, geradora de novas parcelas de crédito. O anexo se reporta ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2004.
- 3) Reexaminou todos os documentos que ensejaram a produção dos valores atinentes à infração 02, com exclusão de valores consignados indevidamente, ou a maior, na autuação, do que resultou o Anexo III.
- 4) Assim, identificou os valores apontados erroneamente, refez o conta corrente fiscal do ICMS, de acordo, com as normas regulamentares e valores depurados de eventuais erros, anteriormente, cometidos pelo auditor. Daí resultaram os anexos IV, V, VI, VII e VIII, nos quais são demonstrados os saldos remanescentes, mesmo considerando a existência de saldos credores, conforme alegado pela defesa, o que resultou modificação na exigência fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.
- 5) Conclui que a infração 01 passa a ter o valor de R\$ 63.354,22 e a infração 02, R\$ 45.218,74, sendo o total do auto de infração R\$ 108.572,96.

O autuado, devidamente cientificado da informação acima, não se manifestou.

Consta nos autos demonstrativo de pagamento, do SIGAT, fls. 426/430, no valor de R\$ 108.572,96.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações.

No mérito, na infração 01 foi detectado que o contribuinte adotou procedimento irregular ao lançar no livro Registro de Apuração de ICMS, o valor relativo ao diferencial de alíquotas em aquisições para o ativo fixo, procedentes de outras unidades da Federação. Contudo, incorreu na prática de registrar, no campo outros créditos, imediatamente, a mesma quantia com os históricos seguintes: “recuperação diferencial de alíquota ativo fixo, diferencial transferência de ativo, diferencial do ativo fixo, recuperação diferencial de ativo fixo”, procedimento que contraria o disposto nos arts. 112 e 113 do RICMS/97.

Os valores individuais, por mês, estão demonstrados no Auto de Infração, relatados nas cópias do livro RAICMS, cujas cópias encontram-se anexas, fls. 28 a 93.

O contribuinte após apontar a ocorrência de equívocos no levantamento fiscal, justificou a necessidade de diligência do processo administrativo fiscal, no que foi atendido, sendo que o auditor fiscal autuante, após revisão do lançamento emitiu o documento de diligência, fls. 209/210 no qual esclareceu que foram adotados os seguintes procedimentos:

- 1) Revisão de todos os documentos alusivos à aquisição de bens para o ativo imobilizado, durante o período fiscalizado, com vistas a determinar os créditos de ICMS passíveis de compensação. O procedimento foi realizado em cotejo das notas fiscais com o livro CIAP apresentado e a legislação pertinente. Daí resultou o Anexo 1, no qual são demonstradas as aquisições para o Ativo Imobilizado e respectivos créditos compensáveis. Referido anexo se reporta aos exercícios de 2001 a 2004. Quanto ao exercício de 2000, a legislação vigente à época autorizava a compensação do crédito pelo total, no próprio mês de aquisição, sendo desnecessário para os fins do presente, a apuração da relação 1/48. Lembra que no período não houve operações de saídas de mercadorias, com abrigo da não incidência ou isenção do imposto, não havendo pois, proporcionalidade que ensejasse estornos de parte de tais créditos.
- 2) Apurados os créditos compensáveis por aquisições para o ativo imobilizado, operação por operação, e relação 1/48, elaborou o Anexo II, para cálculo dos valores apropriáveis, acumuladamente, em cada mês, tendo em vista a aquisição sucessiva de bens para o ativo imobilizado, geradora de novas parcelas de crédito. O anexo se reporta ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2004.
- 3) Assim, identificou os valores apontados erroneamente, refez o conta corrente fiscal do ICMS, de acordo, com as normas regulamentares e valores depurados de eventuais erros, anteriormente cometidos pelo auditor. Daí resultaram os anexos IV, V, VI, VII e VIII, nos quais são demonstrados os saldos remanescentes, mesmo considerando a existência de saldos credores, conforme alegado pela defesa, o que resultou modificação na exigência fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

A final, concluiu que a infração 01 passa a ter o valor de R\$ 63.354,22, no que concordou o autuado, ao não mais se manifestar sobre o resultado da diligência, e promover, inclusive o pagamento deste valor, conforme extrato do SIGAT, fls. 426/430 do PAF.

Concordo com o resultado da diligência que saneou os erros originariamente cometidos, ficando o valor do ICMS em R\$ 63.354,22, conforme demonstrativo de débito, fls. 260 a 262, abaixo transscrito:

Data Ocorr	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
30/03/2001	09/04/2001	55.627,00	17%	9.456,62
30/04/2001	09/05/2001	231.147,00	17%	39.294,99
30/06/2001	09/07/2001	21.413,11	17%	3.640,23
31/07/2001	09/08/2001	7.205,52	17%	1.224,94
31/08/2001	09/09/2001	18.080,82	17%	3.073,74
30/11/2001	09/12/2001	612,00	17%	104,04
31/12/2001	09/01/2002	12.732,82	17%	2.164,58
28/02/2002	09/03/2002	13.207,23	17%	2.245,23
30/03/2002	09/04/2002	12.646,11	17%	2.149,84
TOTAL				63.354,21

Na infração 02, foi constatado que o contribuinte deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo e a ativo fixo do estabelecimento.

Após a realização de diligência, o autuante constatou que havia cometido equívocos na apuração do ICMS originariamente exigido, e refez o lançamento, com exclusão de valores consignados indevidamente, ou a maior, na autuação, do que resultou o Anexo III, fls. 223 a 254, passando a infração a ter o valor de R\$ 45.218,74.

Concordo com o resultado da diligência, e o demonstrativo de débito assume a configuração constante na fls. 262 a 263, que reproduzo abaixo:

Data Ocorr	Data vencimento	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
30/09/2001	09/10/2001	11.930,52	17%	2.028,19
31/10/2001	09/11/2001	2.292,70	17%	389,76
30/11/2001	09/12/2001	14.964,17	17%	2.543,91
31/12/2001	09/01/2002	97.896,70	17%	16.642,44
28/02/2002	09/03/2003	13.872,52	17%	2.358,33
31/05/2002	09/06/2002	1.712,76	17%	291,17
30/06/2002	09/07/2002	21.219,35	17%	3.607,29
31/07/2002	09/08/2002	10.022,17	17%	1.703,77
31/08/2002	09/09/2002	154,76	17%	26,31
30/09/2002	09/10/2002	1.970,82	17%	335,04
31/01/2001	09/02/2001	14.025,94	17%	2.384,41
28/02/2001	09/03/2001	2.634,23	17%	447,82
31/01/2003	09/02/2003	6.477,23	17%	1.101,13
28/02/2003	09/03/2003	6.892,47	17%	1.171,72
30/03/2003	09/04/2003	365,29	17%	62,10
30/04/2003	09/05/2003	5.128,11	17%	871,78
30/06/2003	09/07/2003	123,29	17%	20,96
30/09/2003	09/10/2003	4.099,52	17%	696,92
31/10/2003	09/11/2003	585,88	17%	99,60
30/11/2003	09/12/2003	419,05	17%	71,24
31/01/2004	09/02/2004	14.232,00	17%	2.419,44
28/02/2004	09/03/2004	34.081,29	17%	5.793,82
30/04/2004	09/05/2004	490,88	17%	83,45
31/05/2004	09/06/2004	6,05	17%	1,03
30/06/2004	09/07/2004	98,35	17%	16,72
31/08/2004	09/09/2004	205,94	17%	35,01
31/10/2004	09/11/2004	18,35	17%	3,12
31/10/2004	09/11/2004	72,17	17%	12,27
				45.218,75

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

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 121644.0007/05-9, lavrado contra **NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 108.572,96, acrescido da multa de 60%, prevista no

art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR