

A. I. N° - 380214.0012/07-2
AUTUADO -VIACÃO ÁGUIA BRANCA S/A
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 21.10.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0303-05/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração não elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Após a realização de diligências, foi diminuído o valor originariamente exigido. Negado o último pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2007, exige ICMS, totalizando o valor histórico de R\$ 87.868,06, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. (Valor histórico: R\$ 35.369,99; 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. (Valor histórico: R\$ 52.498,07; percentual da multa aplicada: 60%).

O autuado, por meio de representante legal, ingressa com defesa às fls. 120 a 131, com suporte nas seguintes alegações:

Preliminarmente, argumenta que ambas as infrações, apontadas pelo autuante, não podem subsistir, uma vez que, quanto à primeira, trata-se de simples equívoco no preenchimento do Livro de Apuração, tendo sido o imposto devidamente recolhido, ressaltando que os valores relativos aos abatimentos do Programa Faz Cultura foram, erroneamente, subtraídos das deduções na apuração do ICMS; com relação à segunda infração, alega que foi violado o direito de defesa da empresa, tendo em vista que o autuante não especificou sobre quais produtos reporta-se a infração, bem como que as mercadorias consideradas pela fiscalização consistem em insumos, destinados à prestação do serviço de transporte, o que afasta a cobrança de diferencial de alíquota.

No que tange especificamente à infração 1, explica que, após ter preenchido todos os requisitos para a fruição dos benefícios concedidos pelo FazCultura, a empresa recebeu da Comissão Gerenciadora os Títulos de Incentivo de n°s 6900, 6945 e 6996, os quais deram lastro ao aproveitamento de crédito correspondente ao valor de R\$ 74.522,87, conforme documentação anexa (Docs. 3, 4 e 5). Neste turno, informa que, em cumprimento das determinações constantes da Portaria n° 288/02, exarada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, a empresa procedeu ao registro, em seu livro Registro de Apuração, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006, no campo 014 – Deduções, a informação “Faz Cultura”, tendo abatido do ICMS a pagar, respectivamente, os valores de R\$ 4.947,03, R\$ 16.024,37 e R\$ 15.059,63. Todavia, nessas circunstâncias, afirma que, em função de “um lapso no preenchimento do Livro de Apuração”,

os créditos do referido programa foram subtraídos das deduções regulares da empresa, implicando a diminuição do valor das reduções, majorando o ICMS a pagar, salientando que, não obstante o cometimento do aludido equívoco, os valores referentes ao imposto foram devidamente recolhidos.

Ademais, afirma que, com base no inciso V do artigo 505-A do Decreto nº 6.284/1997, a empresa é optante do regime de apuração do ICMS que permite a aplicação do percentual de 5% sobre a receita de transporte de passageiros, assim como, relativamente às receitas de encomendas, realiza a apuração do ICMS utilizando-se do crédito presumido de 20%, com fulcro no artigo 96, XI, “b”, aplicando também a alíquota de 12% sobre as transferências para outros Estados, nos termos do artigo 50, II, do mesmo Decreto nº 6.284/1997.

Apresenta um resumo, detalhando os lançamentos mensais, e em face dessa demonstração reitera que houve um erro no preenchimento do Livro Apuração do ICMS, esclarecendo que, ao invés de adicionar os créditos oriundos do FazCultura às quantias supra apontadas, a empresa abateu tais créditos do *quantum* obtido como dedução, criando um suposto ICMS devido.

A respeito da infração 2, argüi a nulidade da ação fiscal, sob a justificativa de que o autuante descumprira o quanto disposto no artigo 18, IV, “a” do Decreto 7.629/99. A título exemplificativo, questiona quais notas fiscais servem de embasamento para o montante de R\$ 1.926,54, considerado como “diferencial de alíquotas a recolher” no mês de janeiro de 2006, ressaltando que o tal cerceamento de defesa refere-se a todos os meses autuados, conforme dão conta os demonstrativos de apuração da diferença de alíquotas.

Por fim, supondo que as mercadorias relacionadas à infração referem-se a pneus, defende a improcedência da infração 2, haja vista que tais produtos, em se tratando de uma empresa prestadora de serviço de transporte, não podem ser considerados como bens de uso e consumo, mas sim como insumos, além de alegar violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Ante o exposto, propugna pela improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 306 a 309, nos seguintes termos:

Primeiramente, com relação aos argumentos preliminares do autuado, aduz, quanto à infração 01, que os créditos do Faz Cultura registrados no livro Registro de Apuração do ICMS, referentes aos meses de janeiro a abril de 2006, são os anexados às fls. 104 a 114 do presente PAF, salientando que, conforme o espelho do livro Registro de Apuração (fls. 11 a 19), a empresa efetuou pagamento do ICMS devido a menor, embora fosse considerado o crédito do FazCultura.

Alega que o autuado, embora tenha utilizado o incentivo proveniente do supra referido programa, nos meses de janeiro a abril de 2006, tendo operacionalizado da mesma forma em todos os meses, verifica-se saldo devedor do ICMS, quanto aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006, o que comprova que tal incentivo, nos três primeiros meses, foi deduzido em duplicidade.

No tocante à infração 02, assevera que as alegações são meras suposições, desprovidas de qualquer elemento de prova, rechaçando o argumento de cerceamento do direito de defesa com a informação de que o demonstrativo elaborado na ação fiscal (fls. 26 a 81) é suficientemente detalhado.

A respeito das razões de mérito, apresenta os mesmos argumentos acima, para efeito de refutação das alegações do autuado, salientando, no que tange especificamente à infração 2, que foram juntadas à peça impugnatória diversas notas fiscais (fls. 183 a 272), todas relativas a compras de pneus, sendo que nenhum destes documentos fiscais constam do levantamento efetuado, conforme fls. 26 a 81.

Por último, informa que os produtos adquiridos por meio das notas fiscais relacionadas, referem-se exclusivamente a materiais de consumo.

Com base nas informações acima, opina pela manutenção da presente ação fiscal.

Tendo sido constatado que não se encontra especificado o tipo de produto, na infração 02, a 4ª JF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante especificasse o tipo de produto, individualmente, nas planilhas de fls. 26 a 81, e estornasse os produtos que a empresa tem direito ao crédito fiscal.

A final, elaborasse novos demonstrativos, inclusive o de débito, fornecendo cópias ao contribuinte e reabrindo-se o prazo de defesa de 30 dias, para nova manifestação. (fls. 312)

Em resposta à intimação fiscal do diligente, a empresa informou que não questiona o diferencial de alíquota – ICMS – dos materiais de uso e consumo que teriam sido recolhidos, mas que a defesa administrativa discute, apenas, a exclusão das notas fiscais de aquisição de itens classificados como insumos do processo de prestação de serviço de transporte, bem como os pneus, sujeitos à substituição tributária. Ressalta que os valores apurados envolvendo o FazCultura continua sendo objeto de discussão administrativa no processo em tela.

Outrossim, considera que as notas fiscais, objeto de substituição tributária (aquisição de pneus), já constam no processo em referência, não sendo necessário a apresentação de novas cópias. (fls.365)

O diligente, em cumprimento ao solicitado, concluiu no seu trabalho que (fls. 366 a 368):

1. O ramo de atividade do autuado é de Transporte Rodoviário Coletivo de Passageiros, e que no Auto de Infração emitido na fiscalização dos exercícios de 2004 e 2005, pelo auditor Otacílio Bahiense de Brito Júnior, a PGE determinou que fossem excluídos da base de cálculo da diferença de alíquotas, os pneus, câmaras de ar e protetores, por terem sido substituídos no momento da aquisição pela matriz do autuado, no Espírito Santo. Desta maneira não comporia a base de cálculo da diferença de alíquota, no momento da transferência daqueles produtos para a filial na Bahia. Assim, foram excluídos nesta diligência.
2. Os demonstrativos de fls. 26 a 81, foram elaborados a partir de dados obtidos dos documentos e livros fiscais, nos quais estão discriminados o número da nota fiscal, a data, UF de origem, CFOP, a alíquota, o valor total da nota fiscal, o valor da base de cálculo, o valor do crédito e por fim, o valor do diferencial de alíquotas apurado, ausente apenas o nome dos produtos por razão de prazo, visto a quantidade de produtos por documento e a quantidade de páginas do demonstrativo.
3. A alegação da impossibilidade do exercício de ampla defesa é impertinente, vez que os documentos e livros fiscais de onde foram retirados os dados para compor o demonstrativo pertencem e estão sob a guarda do autuado, estando à disposição do fisco no prazo e por determinação legal.
4. O autuado se manifestou por meio de ofício, protocolado na Infaz Itabuna sob nº 087136/2008-5, esclarecendo que discutia apenas os itens classificados como insumos no processo de prestação de serviços de transporte, bem como os pneus, sujeitos à substituição tributária.
5. Diante da decisão da PGE, quando da análise do PAF, dos exercícios de 2004 e 2005, foram deduzidos do demonstrativo de fls. 26 a 81, os valores dos produtos sujeitos à substituição tributária, constantes das notas fiscais acostadas à defesa, fls. 183 a 272.
6. Caso o CONSEF julgue ser imprescindível a especificação dos produtos, sugere o retorno do PAF à INFAZ Itabuna, para que a inspetoria seja cientificada da imprescindibilidade pois consumirá, no mínimo duas semanas de trabalho no manuseio, verificação e digitação de cada um dos produtos inseridos nas notas fiscais, relacionadas fls. 26 a 81.
7. Quando intimado, o autuado, informou que o objeto da discussão era produto da substituição tributária, para os quais já havia juntado cópia das notas fiscais à sua defesa, fls. 183 a 272.

8. Depois de deduzidos os valores relativos a combustíveis, pneus, câmaras de ar e protetores, a infração 02 perfaz o total de R\$ 21.251,61, consoante demonstrativo que elabora.

A empresa em resposta à diligência efetuada, manifesta-se fls. 423, com as seguintes explicações:

1. Diz que o valor apontado a título de diferencial de aliquotas, com saldo final de R\$ 21.251,61, ainda não representa o valor correto, e que há necessidade de nova diligência.
2. Conforme demonstrativo Anexo 1 – foi apurado suposto diferencial de alíquota com base na fatura de prestação de serviço de telecomunicações, com endereço no Rio de Janeiro, (doc. comercial) e não utilizando as notas fiscais de prestações de serviços da Embratel (doc fiscal), com endereço da Bahia, logo não há que se falar em diferença de aliquotas. Ajuste de R\$ 3.058,66;
3. Conforme demonstrativo Anexo 2 – não foi considerado na exclusão da base de cálculo do ICMS as notas fiscais referente à transferência de pneus. Ajuste de R\$ 1.467,66.
4. Conforme demonstrativo Anexo 3 – foi considerado de forma indevida as notas fiscais em anexo, referente à devolução de material enviado para reparo (retorno de conserto) – ajuste de R\$ 1.092,02.
5. Conforme demonstrativo Anexo 4 – foi considerado alíquota cheia de 17%, na apuração do ICMS das notas fiscais, sem considerar o imposto já recolhido na origem, a título de substituição tributária (alíquota de 7%, ou 12%), entre outros casos, além do imposto pago no destino (alíquota de 10% ou 5%), conforme relatório de diferencial de alíquota mensal e respectivas guias de recolhimento. Ajuste de R\$ 15.555,93.
6. Pede a revisão do trabalho e consideração dos novos números apresentados.

Em vista das considerações acima, a 4ª JF diligenciou o PAF à inspetoria de origem, para que o autuante se manifestasse, elaborasse novos demonstrativos, inclusive o de débito. Fls. 1168 a 1169.

Em nova diligência fiscal, fl. 1.170, o auditor fiscal autuante, presta as seguintes retificações:

1. Foram identificadas diversas notas fiscais emitidas pela Embratel e pela Telemar, relacionadas indevidamente no demonstrativo que apurou o ICMS por diferença de aliquotas.
2. Com base no CNPJ das empresas Telecom, e nos documentos acostados, fls. 432 a 797, excluiu da base de cálculo todos os valores inerentes aos serviços de telecomunicações.
3. Excluiu os valores correspondentes à transferência de pneus, das notas fiscais 06000, 6026 e 6127, anexadas fls. 799 a 801.
4. Excluiu todos os valores correspondentes aos retornos dos materiais, permanecendo os valores dos produtos vendidos para concretização dos reparos, devidamente destacados na nota fiscal.
5. Quanto à alegação da defendente, de que foi utilizada alíquota cheia, sem considerar o ICMS destacado na nota fiscal, e que constaram notas com ICMS pagos por substituição, além do ICMS Diferença de Alíquotas, pago, vide fls. 853 a 1165, as notas fiscais relacionadas foram examinadas, e aquelas que tinham o ICMS cobrado por substituição, foram excluídas da base de cálculo. Além disso, todos os pagamentos efetuados foram somados e inseridos mês a mês.
6. Assim, os valores após o saneamento da infração 2, totalizaram R\$ 14.084,45.

O contribuinte após ser intimado da diligência acima, manifesta-se, fls. 1309 a 1310 e assevera que o ICMS diferencial de alíquota com saldo final de R\$ 14.084,45 ainda não representa o valor correto da diligência efetuada. Aduz que os argumentos e documentos que anexa comprovam a necessidade de nova revisão, pois:

1. O RICMS estabelece no art. 69 que para o cálculo da diferença de alíquotas será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem, para as operações ou prestações interestaduais.
2. Observa que parte relevante das aquisições em tela foram de pessoas jurídicas, optantes pelo Simples, onde conforme legislações estaduais é vedado o destaque do ICMS, com fundamento legal citado no campo de informações complementares da Nota Fiscal nº 1121, de 04/04/2006, da empresa Juliana dos Santos Silva, ME/MEE, CNPJ 05.887.630/0001-43, proveniente do ES.

Exemplifica que os Estados de Santa Catarina e, mais recentemente, de Minas Gerais, consideram que mesmo nas aquisições de empresas optantes pelo Simples Nacional, será devido o diferencial de alíquotas, porém deverá ser considerado para cotejamento das alíquotas, a alíquota interestadual do Estado de origem.

Diante do exposto, solicita a revisão e exclusão da cobrança do diferencial, feita com base na alíquota interna cheia, sem o referido cotejamento entre a alíquota interna e interestadual. Ajuste no valor de R\$ 11.328,97, conforme anexo 1.

3. Não foi considerado a retirada integral da cobrança do diferencial de alíquotas sobre as notas fiscais de devolução de materiais enviados para reparo (retorno de conserto). Ajuste de R\$ 303,68, conforme anexo 1.

A 5ª JJF diante das alegações acima relatadas, deliberou que os autos fossem diligenciados ao autuante, para que, após a análise dos documentos e razões apresentadas pela defendente, elaborasse novos demonstrativos, caso necessário, intimando o contribuinte para tomar ciência e manifestar-se no prazo legal de 10 dias.

O autuante, em resposta ao solicitado, examinou cada uma das notas fiscais juntadas, à luz do art. 69, parágrafo único inciso I, “a”, “b”, elaborou novas planilhas, e ajustou o valor da infração para R\$ 12.650,14. Quanto ao valor de R\$ 303,68, inserido pelo autuado em sua planilha, coluna denominada de “título cobrado”, fls. 1314 a 1317, foram inclusos mês a mês, no demonstrativo.

O contribuinte, tendo recebido cópias de fls. 1426 a 1427 e 1429 a 1477, referentes à diligência e informação fiscal, respectivamente, ingressa com pedido de revisão fiscal, anexando cópias de diversas notas fiscais de microempresa, que não possuem destaque do imposto, requerendo que sejam consideradas no cálculo da diferença a ser paga, o cotejo entre a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Ressalta que a falta de destaque do ICMS nos documentos fiscais, constantes no demonstrativo elaborado pelo fiscal, ocorreram devido às vedações previstas à época, nas legislações das unidades federadas de origem às empresas enquadradas como microempresas estaduais. Reconhece o valor devido de R\$ 4.505,95, e requer o ajuste no valor de R\$ 8.124,60. Pede a revisão dos trabalhos e a consideração dos números apresentados, de forma que os valores, a título de diferencial de alíquota sejam corrigidos.

VOTO

Nego o último pedido de diligência efetuado pela empresa, pois os documentos trazidos ao processo administrativo fiscal, (notas fiscais de microempresas), não foram objeto da autuação, conforme será apreciado quando da análise da matéria relativa à infração 2. Outrossim, foram realizadas quatro diligências saneadoras, e o resultado alcançado foi satisfatório para elucidar as dúvidas e incorreções do levantamento originário.

O autuado argüi a nulidade da ação fiscal, com relação à infração 2, sob a justificativa de que o autuante descumprira o quanto disposto no artigo 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, no momento em que questiona quais notas fiscais servem de embasamento para o montante de R\$ 1.926,54, considerado como “diferencial de alíquotas a recolher”, no mês de janeiro de 2006, e nos demais

meses autuados, por não estarem discriminados nos demonstrativos o tipo de produto, individualmente, nas planilhas de fls. 26 a 81. Ocorre que esta falta de informação foi saneada, e o sujeito passivo recebeu cópia dos novos levantamentos, com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, para que a empresa apresentasse nova defesa fiscal, salvaguardando assim os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, face à convalidação do lançamento, por meio de atividade saneadora da JJF, não há motivo para a decretação de nulidade da infração 02, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99:

“§ 1º 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-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, está sendo exigido na infração 01 ICMS recolhido a menos em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

O autuado explica na sua impugnação, que, após ter preenchido todos os requisitos para a fruição dos benefícios concedidos pelo FazCultura, a empresa recebeu da Comissão Gerenciadora os Títulos de Incentivo de nºs 6900, 6945 e 6996, os quais deram lastro ao aproveitamento de crédito correspondente ao valor de R\$ 74.522,87, conforme documentação anexa (Docs. 3, 4 e 5). Neste turno, informa que, em cumprimento das determinações constantes da Portaria nº 288/02, exarada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, a empresa procedeu ao registro, em seu Livro Registro de Apuração, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006, no campo 014 – Deduções, a informação “FazCultura”, tendo abatido do ICMS a pagar, respectivamente, os valores de R\$ 4.947,03, R\$ 16.024,37 e R\$ 15.059,63. Todavia, nessas circunstâncias, afirma que, em função de “um lapso no preenchimento do Livro de Apuração”, os créditos do referido programa foram subtraídos das deduções regulares da empresa, implicando a diminuição do valor das reduções, majorando o ICMS a pagar, salientando que, não obstante o cometimento do aludido equívoco, os valores referentes ao imposto foram devidamente recolhidos.

Dessa forma, apresenta um resumo, detalhando os lançamentos mensais, nos quais reitera que houve um erro no preenchimento do livro Registro de Apuração do ICMS, esclarecendo que, ao invés de adicionar os créditos oriundos do FazCultura às quantias supra apontadas, a empresa abateu tais créditos do *quantum* obtido como dedução, criando um suposto ICMS devido.

O autuante ao analisar as razões de defesa esclareceu que os créditos do FazCultura, registrados no livro Registro de Apuração do ICMS, referente aos meses de janeiro a abril de 2006, são os anexados às fls. 104 a 114 do presente PAF, salientando que, conforme o espelho do Livro de Apuração (fls. 11 a 19), a empresa efetuou pagamento do ICMS devido a menor, embora fosse considerado o crédito do FazCultura. Ressalta ainda que, embora o estabelecimento tenha utilizado o incentivo proveniente do supra referido programa, nos meses de janeiro a abril de 2006, tendo operacionalizado da mesma forma em todos os meses, verifica-se saldo devedor do ICMS quanto aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006, o que comprova que tal incentivo, nos três primeiros meses, foi deduzido em duplicidade.

Deste modo, de acordo com a análise acima efetuada pelo autuante, e diante dos documentos tais como o livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 11 a 19, e do demonstrativo de fl. 25, mantenho a infração em sua totalidade, haja visto que restou comprovado o recolhimento a menos do ICMS, nos meses objeto da autuação.

Infração mantida.

Na infração 2, está sendo exigido 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.

O impugnante supondo que as mercadorias relacionadas à infração referem-se a pneus, defende a improcedência da infração 2, haja vista que tais produtos, em se tratando de uma empresa prestadora de serviço de transporte, não podem ser considerados como bens de uso e consumo, mas sim como insumos, além de alegar violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Embora o autuante tenha assegurado que todas as notas fiscais, objeto da infração, referem-se a produtos de consumo, tendo sido constatado, por este Relatora, que não se encontrava especificado o tipo de produto, o autuante em cumprimento de diligência, especificou-os, individualmente, nas planilhas de fls. 26 a 81, tendo sido cientificado o contribuinte e reaberto o prazo de defesa, para nova manifestação. (fls. 312)

A empresa questionou apenas a exclusão das notas fiscais de aquisição de itens classificados como insumos do processo de prestação de serviço de transporte, bem como os pneus, sujeitos à substituição tributária. Outrossim, considerou que as notas fiscais, objeto de substituição tributária (aquisição de pneus), já constam no processo em referência, não sendo necessário a apresentação de novas cópias de notas fiscais. (fls.365)

O diligente, em cumprimento ao solicitado, concluiu no seu trabalho que (fls. 366 a 368), que em processo anterior, de empresa do mesmo ramo de atividade, a PGE determinou que fossem excluídos da base de cálculo da diferença de alíquotas, os pneus, câmaras de ar e protetores, por terem sido substituídos no momento da aquisição pela matriz do autuado, no Espírito Santo. Desta maneira não comporia a base de cálculo da diferença de alíquota no momento da transferência daqueles produtos para a filial na Bahia.

Em consonância com o opinativo da PGE, quando da análise do PAF dos exercícios de 2004 e 2005, foram deduzidos, pelo autuante, do demonstrativo de fls. 26 a 81, os valores dos produtos sujeitos à substituição tributária, constantes das notas fiscais acostadas à defesa, fls. 183 a 272.

Depois de deduzidos os valores relativos a combustíveis, pneus, câmaras de ar e protetores, a infração 02 perfaz o total de R\$ 21.251,61, consoante demonstrativo.

A empresa em resposta à diligência efetuada, manifesta-se à fl. 423, e diz que o valor apontado a título de diferencial de alíquotas, com saldo final de R\$ 21.251,61, ainda não representa o valor correto, e que há necessidade de nova diligência, pois foi apurado suposto diferencial de alíquota com base na fatura de prestação de serviço de telecomunicações, com endereço no Rio de Janeiro, (doc. comercial) e não utilizando as notas fiscais de prestações de serviços da Embratel (doc fiscal), com endereço da Bahia, logo não há que se falar em diferença de alíquotas. Ajuste de R\$ 3.058,66. Conforme demonstrativo Anexo 2, afirma que não foi considerado a exclusão da base de cálculo do ICMS das notas fiscais referente à transferência de pneus, ajuste de R\$ 1.467,66. Pede também que sejam retiradas as notas fiscais referente à devolução de material enviado para reparo (retorno de conserto) ,com ajuste de R\$ 1.092,02.

Argumenta também que foi considerada a alíquota cheia de 17%, na apuração do ICMS das notas fiscais, sem atentar para o fato de que o imposto já fora recolhido na origem, a título de substituição tributária (alíquota de 7%, ou 12%), entre outros casos, além do imposto pago no destino (alíquota de 10% ou 5%), conforme relatório de diferencial de alíquota mensal e respectivas guias de recolhimento. Pede o ajuste de R\$ 15.555,93.

Em vista das considerações acima, nova diligência foi efetuada, fls. 1170, na qual o auditor fiscal autuante, presta as seguintes retificações:

1. Foram identificadas diversas notas fiscais emitidas pela Embratel e pela Telemar, relacionadas indevidamente no demonstrativo que apurou o ICMS por diferença de alíquotas.

2. Com base no CNPJ das empresas Telecom, e nos documentos acostados, fls. 432 a 797, excluiu da base de cálculo todos os valores inerentes aos serviços de telecomunicações.
3. Excluiu os valores correspondentes à transferência de pneus, das Notas Fiscais nºs 06000, 6026 e 6127, anexadas fls. 799 a 801.
4. Excluiu todos os valores correspondentes aos retornos dos materiais, permanecendo os valores dos produtos vendidos para concretização dos reparos, devidamente destacados na nota fiscal.
5. Quanto a alegação da defendente, de que foi utilizada alíquota cheia, sem considerar o ICMS destacado na nota fiscal, e que constaram notas com ICMS pagos por substituição, além do ICMS Diferença de Alíquotas, pago, vide fls. 853 a 1165, as notas fiscais relacionadas foram examinadas, e aquelas que tinham o ICMS cobrado por substituição, foram excluídas da base de cálculo. Além disso, todos os pagamentos efetuados pelo autuado foram somados e inseridos mês a mês.
6. Assim, os valores após o saneamento da infração 2, totalizaram R\$ 14.084,45.

O contribuinte após ser intimado da diligência acima, manifesta-se, fls. 1309 a 1310 e assevera que o ICMS diferencial de alíquota com saldo final de R\$ 14.084,45 ainda não representa o valor correto da diligência efetuada, pois parte relevante das aquisições em tela foram de pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional e deverá ser considerado para cotejamento das alíquotas, a alíquota interestadual do Estado de origem.

Diante do exposto, solicita a revisão e exclusão da cobrança do diferencial feita com base na alíquota interna cheia, sem o referido cotejamento entre a alíquota interna e interestadual. Ajuste no valor de R\$ 11.328,97, conforme anexo 1.

Pede também que seja considerado a retirada integral da cobrança do diferencial de alíquotas sobre as notas fiscais de devolução de materiais enviados para reparo (retorno de conserto), ajuste de R\$ 303,68, conforme anexo 1.

O autuante, em resposta ao solicitado, examinou cada uma das notas fiscais juntadas, à luz do art. 69, parágrafo único inciso I, “a”, “b”, elaborou novas planilhas, e ajustou o valor da infração para R\$ 12.650,14. Quanto ao valor de R\$ 303,68, inserido pelo autuado em sua planilha, coluna denominada de “título cobrado”, fls. 1314 a 1317, foram inclusos mês a mês, no demonstrativo.

O contribuinte, recebido cópias de fls. 1426 a 1427 e 1429 a 1477, diligência e da informação fiscal, respectivamente, ingressa com pedido de revisão fiscal, anexando cópias de diversas notas fiscais de microempresa, que não possuem destaque do imposto, requerendo que sejam consideradas no cálculo da diferença a ser paga, o cotejo entre a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Como visto, depois das diligências realizadas, em que foram saneadas uma a uma as incorreções apontadas pela empresa, quando devidas, esta ainda traz cópias de notas fiscais, fls. e argumenta que o valor encontrado pelo autuante de R\$ 12.650,14, ainda não estaria correto, pois deveria ser considerado o valor do imposto não destacado nos documentos fiscais de aquisições, pelo fato de os remetentes estarem inscritos no Simbahia, ou no Simples Nacional.

Ocorre que analisando os documentos fiscais, *prima facie*, verifiquei que não foram objetos da autuação, a exemplo das notas fiscais, pois não constam do demonstrativo originário fls. 26 a 81.

- Nota Fiscal nº 2699, fl. 1532, emitida em 08/06/06.
- Nota Fiscal nº 1634, fl. 1578, emitida em 15/08/2006.
- Nota Fiscal nº 9854, fl. 1616, emitida em 29/09/2006.
- Nota Fiscal nº 245, fl. 1623, emitida em 11/10/2006.
- Nota Fiscal nº 18522, fl. 1636, emitida em 30/10/2006.

Portanto, concluo que restou saneado o demonstrativo originariamente elaborado, de fls. 26 a 81, e a infração passa a ser exigida no valor de R\$ 12.650,14, consoante demonstrativo.

O demonstrativo de débito passa a ter a seguinte configuração:

Data Ocorr	Data Venc	Base de calculo	Alíquota	ICMS
30/04/2006	09/05/2006	8.823,47	17	1.499,99
31/05/2006	09/06/2006	5.678,47	17	965,34
30/06/2006	09/07/2006	11.580,11	17	1.968,62
31/07/2006	09/08/2006	7.947,47	17	1.351,07
31/08/2006	09/09/2006	9.286,11	17	1.578,64
30/09/2006	09/10/2006	8.352,76	17	1.419,97
31/10/2006	09/11/2006	4.187,00	17	711,79
30/11/2006	09/12/2006	7.939,70	17	1.349,75
31/12/2006	09/01/2007	10.617,41	17	1.804,96
Total				12.650,14

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0012/07-2**, lavrado contra **VIACÃO ÁGUIA BRANCA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.020,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 08 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR