

A. I. Nº - 269200.0057/07-0
AUTUADO - AGRO INDÚSTRIAS DO VALE DO SÃO FRANCISCO S/A - AGROVALE
AUTUANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 26. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0391-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ESTORNO DE DÉBITO. SAÍDA DE BEM DE USO E CONSUMO. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO. **a) AÇÚCAR.** **a.1) SAÍDAS INTERNAS.** **a.2) SAÍDAS INTERESTADUAIS.** **b) ÁLCOOL HIDRATADO.** Documentação acostada pelo sujeito passivo elide em parte as exigências relativas às infrações 02, 03 e 06, que ficam mantidas parcialmente. **c) ÁLCOOL ANIDRO.** TERMO DE ACORDO. **c.1) APURAÇÃO MENSAL.** **c.2) AJUSTE ANUAL.** A legislação prevê que o crédito presumido somente pode ser apropriado nos percentuais especificados para cada produto e em cada situação específica. Através de revisões fiscais, realizadas mediante diligências, constatou-se que o sujeito passivo fazia jus a créditos fiscais decorrentes de incentivo fiscal previsto no Decreto nº 7.516/99 e no respectivo Termo de Acordo, porém se utilizou de crédito fiscal em valor superior ao previsto, no caso do ajuste anual. A infração 04 resta insubstancial, enquanto que a infração 05 fica mantida de forma parcial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007, foi constituído crédito tributário, com a exigência de ICMS no valor de R\$1.189.322,11, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de maio de 2004, maio e julho a dezembro de 2005, agosto e outubro de 2006, com exigência de R\$60.192,31. Consta que o contribuinte efetuou estornos de débitos referentes a supostos destaques indevidos ou maiores que o devido nos documentos fiscais em operações de saída de mercadorias, conforme demonstrativo Anexo 01;

02 – utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de janeiro, março e maio a dezembro de 2004, junho e setembro de 2005, outubro e novembro de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$9.135,67. Consta que foi utilizado um crédito fiscal presumido em valor maior, referente a saídas internas de açúcar, nos termos do art. 96 do RICMS/97, conforme demonstrativos Anexos 02 a 04;

03 – utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro e setembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$72.313,36. Consta que foi utilizado um crédito presumido em valor maior, referente a

saídas interestaduais de açúcar, nos termos do art. 96 do RICMS/97, conforme demonstrativos Anexos 05 e 06;

04 – utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de maio e agosto a novembro de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$818.445,11. Consta que foi utilizado um crédito presumido sobre as saídas de álcool anidro, em valor maior, conforme Termo de Acordo e Compromisso celebrado entre o contribuinte e a SEFAZ/BA e Decreto nº 7.516/99, conforme demonstrativo Anexo 07;

05 – utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, no mês de maio de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$191.018,16. Consta que foi utilizado um crédito fiscal presumido sobre as saídas de álcool anidro, em valor maior, conforme Termo de Acordo e Compromisso celebrado entre o contribuinte e a SEFAZ/BA e Dec. nº 7.516/99, Cláusula Terceira, inciso IV, em conformidade com o demonstrativo Anexo 08;

06 – utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de julho de 2004, junho e agosto de 2005, março e setembro de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$38.217,50. Consta que o contribuinte utilizou um crédito presumido oriundo das saídas de álcool hidratado, em valor maior, de acordo com os demonstrativos Anexos 09, 10 e 11.

O autuado apresentou impugnação às fls. 797 a 809 (vol. III), aduzindo, a princípio, que acatava parcialmente as exigências correspondentes às infrações 02, 03 e 06, e refutava integralmente as infrações 01, 04 e 05. Em seguida apresenta argumentos correspondentes a cada infração.

Infração 01 – esclarece que a partir de julho de 2004 passou a substituir, em etapas, o programa que utilizava na escrituração fiscal pelo Sistema Integrado de Gestão Empresarial, licenciado através da PROCENGE – Processamento de Dados e Engenharia de Sistemas Ltda., conforme contrato pactuado em 01/07/2004 (fls. 813 a 819). Aduz que apesar das vantagens conquistadas com o novo sistema, alguns procedimentos não funcionaram a contento, a exemplo do cálculo automático do imposto em operações de comprovada inexigibilidade, conforme detalhou por cada ocorrência:

31/05/2005 – o imposto estornado se deveu ao fato de ter sido destacado indevidamente em 25 operações de saída interna de bagaço *in natura* (resíduo industrial), cuja isenção está prevista no art. 20, inciso VI, alínea “j” do RICMS/97. Anexa cópias das notas fiscais às fls. 821 a 846;

31/07/2005 – o estorno se refere a saídas de álcool etílico anidro para fins carburantes, cujo diferimento tem previsão no art. 511, inciso II, alínea “a” do RICMS/97. Argumenta que em sete operações realizadas foi destacado indevidamente o imposto, conforme cópias das notas fiscais anexadas às fls. 846 a 852;

31/08/2005 – situação idêntica à anterior, por se tratar de venda de álcool anidro, enquadrada no diferimento, de acordo com a cópia da Nota Fiscal nº. 240.540, anexada à fl. 853;

31/09/2005 – situação similar às anteriores, conforme cópias das notas fiscais às fls. 854/855;

31/10/2005 – o estorno decorreu de o ICMS ter sido calculado a maior na saída de álcool hidratado para consumo próprio, quando deveria ter sido calculado à alíquota de 19%, nos termos do art. 51-A, inciso I do RICMS/97, tendo sido calculado a 27%, conforme Nota Fiscal nº. 245.495, à fl. 856;

31/11/2005 – o estorno se trata de imposto destacado indevidamente em operações de saídas internas de torta (resíduo industrial), cuja isenção está prevista no art. 20, inciso VI, alínea “j” do RICMS/97, conforme cópias das notas fiscais anexadas às fls. 857 a 862;

31/12/2005 – uma parte do estorno se refere ao destaque a maior do imposto na Nota Fiscal 250.081 (fl. 863), relativa à saída de álcool hidratado para uso próprio, sendo aplicada a alíquota de 27%, quando deveria ser de 19% (art. 51-A, I do RICMS/97), que resultou na diferença de R\$387,53. A diferença restante, de R\$803,25, corresponde a uma operação de retorno de material de uso,

adquirido em empréstimo através da Nota Fiscal nº. 249.665 (fl. 864), com não incidência baseada no art. 6º, inciso XIV, alínea “a” do RICMS/97;

31/08/2006 – situação similar ao caso anterior, conforme Nota Fiscal nº. 258.881 (fl. 865);

31/10/2006 – o estorno resultou de um destaque a maior em operação interestadual, quando o ICMS deveria ter sido calculado com a alíquota de 12%, mas foi feito à razão de 17%, como se vê na Nota Fiscal nº 265.588 (fl. 866);

31/05/2004 – estorno decorrente de destaque indevido na Nota Fiscal nº. 201.479 (fl. 867), por se tratar de operação faturada anteriormente para entrega futura da mercadoria, situação na qual é vedado o destaque do imposto, conforme art. 411 do RICMS/97.

Argumenta que de acordo com a documentação apresentada e na fundamentação legal referida, os destaques indevidos ou a maior são reais, servindo os esclarecimentos para desconstituir a infração. Entende que a falta de emissão de documentos fiscais para registrar os estornos processados, nos termos do art. 113 do RICMS/97, se trata de descumprimento de uma obrigação acessória, devido à inocorrência de fatos geradores que configurem a cobrança do imposto. Afirma restar evidente a inexistência de dolo ou de qualquer tentativa de lesar o fisco estadual.

Infração 02 – dentre as ocorrências apontadas, concorda com as doze primeiras, insurgindo-se contra as duas últimas:

31/05/2004 – como os autuantes não incluíram no demonstrativo Anexo 02 que elaboraram as 47 notas fiscais emitidas em 31/05/2004, cujas cópias estão anexadas às fls. 869 a 916, o crédito presumido de 40% correspondente a esses documentos fiscais, de acordo com o art. 96, inciso XX do RICMS/97 resulta em R\$3.542,78, anulando completamente a exigência;

30/06/2004 – apesar de os autuantes terem indicado no demonstrativo que o crédito presumido utilizado nesse mês fôr de R\$183.689,14 (fl. 917), o crédito apropriado, conforme escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 918) foi de R\$180.796,50, reduzindo o valor da diferença para R\$23,44, que acata como exigível.

Acrescenta que o valor indevido adotado pela fiscalização para esse mês, na realidade se refere ao crédito relativo ao mês de julho de 2004, conforme cópia do levantamento realizado pelos autuantes (fl. 919), bem como cópia do seu livro Registro de Apuração (fl. 920). Tais documentos mostram que os autuantes usaram o mesmo valor para os dois meses.

Esclarece que a parte acatada referente a esta infração se deveu principalmente à indevida inclusão do ICMS relativo às operações de saída de melaço de cana no cálculo do crédito presumido, arguindo que após as correções realizadas, concorda com o valor remanescente, comprometendo-se a quitá-lo no deslinde da ação fiscal.

Infração 03 – concorda com treze das ocorrências assinaladas pelos autuantes, rebelando-se apenas parcialmente contra a ocorrência de 31/05/2004, quando não foram incluídas pelos autuantes em seu Anexo 05 as quinze notas fiscais emitidas em 31/05/2004, relativas a saídas de açúcar, conforme cópias anexadas às fls. 922 a 936, resultando na dedução de R\$5.482,21, correspondente ao crédito presumido de 65% sobre o valor do imposto destacado nas notas fiscais em referência, de R\$8.434,18, passando a exigência para o montante de R\$7.141,43, que acata.

Infrações 04 e 05 – observa que essas duas infrações dizem respeito ao benefício do crédito fiscal de R\$0,08 por litro de álcool etílico anidro vendido, em conformidade com o disposto no Dec. nº. 7.516/99 (fls. 938/939), fundamento legal do Termo de Acordo e Compromisso celebrado entre o impugnante e a Secretaria da Fazenda em 07/06/1999 (fls. 940 a 942). Aduz que foi a partir desses dois

documentos que os autuantes elaboraram os demonstrativos Anexos 07 e 08, cópias anexadas às fls. 943/944, que correspondem respectivamente às infrações 04 e 05.

Realça que essa mesma matéria já havia sido objeto de outro lançamento fiscal através do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, relativo aos exercícios de 1999 e 2000, que teve, entretanto, uma natureza totalmente diversa desta última autuação.

No caso presente a questão se prende à equivocada interpretação feita pelos autuantes da regra do transcrita item IV da cláusula terceira do Termo de Acordo, que trata dos ajustes a serem realizados pelo contribuinte em sua conta gráfica relativa aos créditos presumidos excedentes.

Salienta que uma verificação do Anexo 07 possibilitou o destaque dos seguintes pontos:

- o período examinado correspondeu aos meses de janeiro a dezembro de 2004;
- os dados relativos à quantidade de 20.893.311 litros de álcool anidro divergem do apresentado pelo autuado, fato que ocorre também no que se refere ao Anexo 08;
- não foi observada pela fiscalização a necessidade de inclusão das “quantidades beneficiadas negativas”, quando as vendas são inferiores ao parâmetro de 827.674 litros de álcool mensais, procedimento essencial para possibilitar o fechamento dos dados anuais, como realizado pelo autuado em seus levantamentos. Ressalta que se os autuantes pretendiam isoler as quantidades inferiores aos 827.674 litros de álcool, necessariamente teriam que isoler também essa mesma quantidade nos meses em que se registrou tal circunstância, fato que no exercício de 2004 ocorreu nos meses de janeiro e março;
- os autuantes não procuraram verificar o que tinha acontecido “após decorridos doze meses” anteriores, ou seja, se remanesceu algum saldo anterior relativo ao exercício de 2003 e pendentes de ajuste, conforme determina o dispositivo do Termo de Acordo acima referido. Os prepostos fiscais sequer notaram que no ano de 2003 havia um remanescente expressivo que eliminava totalmente a exigência relativa ao exercício de 2004.

Afirma ser de suma importância demonstrar como ocorreu a acumulação dos créditos a que tem direito desde a vigência do Termo de Acordo. Alega que quando da apresentação da defesa concernente ao Auto de Infração 293873.1204/04-8, juntara o Demonstrativo do Cálculo do Subsídio do Álcool Etílico Anidro para os exercícios de 1999 e 2000 (fls. 945/946), quando constatou-se que em 1999 o autuado tinha se apropriado de créditos excedentes no valor de R\$178.673,16, quantia então reconhecida como devida.

Considerando esse reconhecimento e o comprometimento de quitar o saldo excedente, elaborou o demonstrativo para o ano de 2000, chegando ao saldo a utilizar de R\$224.943,84, que passou para o exercício seguinte, ou seja, “após decorridos doze meses” de 2000 passou a ter o direito de se apropriar desse valor, no momento que lhe fosse adequado.

Frisa que de maneira similar preparou os demonstrativos correspondentes aos exercícios de 2001 a 2004 (fls. 947 a 950), a partir dos quais é possível constatar que nos exercícios de 2001 a 2003 não foram apropriados créditos em sua escrita fiscal, circunstância favorável ao fisco estadual. Afiança que nessa situação devem ser observados os seguintes pontos:

- em conformidade com o decurso do prazo de doze meses previsto no item IV da cláusula terceira do Termo de Acordo, nada impede que o creditamento seja feito no momento oportuno e de forma parcelada, como efetivado no exercício de 2004;
- tal procedimento não visou os seus interesses, pois sempre esteve atento ao desempenho da arrecadação da repartição fiscal de sua jurisdição, a Inspetoria de Juazeiro. Afiança que em maio de 2004 poderia ter se creditado de R\$1.270.374,00, porém o fez de forma parcelada, sem entraves para a arrecadação estadual, enquanto que no período de maio a novembro do mesmo exercício, quando se

creditou de R\$1.450.000,00, também recolheu ICMS normal no montante de R\$2.045.524,05, conforme cópias dos Resumos da Apuração do Imposto (fls. 951 a 957).

Afirma que os demonstrativos que elaborou estão de acordo com as normas constantes do Dec. nº 7.516/99, assim como com o Termo de Acordo, inclusive no que se refere à contagem de quantidades vendidas em níveis abaixo do parâmetro mensal de 827.674 litros de álcool, circunstância não considerada no levantamento de 2004, levada a efeito pelos autuantes.

Enfatiza que em seus demonstrativos destacam-se dois testes de consistência, conferindo segurança quanto às conclusões apontadas, sendo o primeiro aquele que indica a relação entre a quantidade total vendida menos o parâmetro anual de 9.932.086 litros, resultando na quantidade que dá direito ao crédito. O segundo teste mostra que existe relação entre o saldo final da quantidade que dá direito ao crédito multiplicado pelo valor de R\$0,08 por litro de álcool anidro, que resulta necessariamente no valor em reais do saldo a utilizar.

Ressalta que uma comparação entre os dados constantes do seu demonstrativo, referente a 2004 (fl. 950) e aquele feito pelos autuantes (fl. 943), mostra a significativa diferença na quantidade total vendida de 1.036.783 litros de álcool (21.930.094 – 20.893.311). Apesar dos resultados da maior parte dos meses serem iguais, em maio e setembro os números do autuado são maiores, ao passo que em agosto os números dos autuantes são superiores. Alega que entre os dois demonstrativos dos autuantes (fls. 943/944) há inconsistências nos meses de maio, agosto e outubro de 2004.

Argumenta que todos os dados constantes nos demonstrativos que apresentou se baseiam em informações coletadas no livro de Produção Diária – LPD, parte II – Álcool, cuja escrituração está prevista no art. 471, § 4º, inciso II do RICMS/97, anexando cópias do LPD às fls. 959 a 980 (2001), 982 a 1.003 (2002), 1.004 a 1.023 (2003) e 1.025 a 1.050 (2004). Como a escrituração desse livro é feita quinzenalmente, no documento relativo à 2ª quinzena de cada mês consta, de forma manuscrita, o detalhamento das vendas de cada quinzena e o total do mês, estando este relacionado no correspondente demonstrativo do exercício.

Em relação à infração 05, destaca que o próprio título do Demonstrativo do Débito pela falta do Ajuste Anual do Crédito Presumido sobre as Saídas de Álcool Anidro - Anexo 08, elaborado pelos autuantes, permite concluir, ainda que sem convicção, que se pretende que o autuado pague o estranho imposto relativo ao crédito não utilizado, desde quando em 2005 não foram realizados créditos decorrentes do benefício fiscal em evidência, mesmo tendo o autuado encerrado o exercício de 2004 com um saldo a utilizar ou ajustar de R\$459.626,96, conforme se verifica no demonstrativo constante à fl. 950.

Frisa que nessa infração os autuantes repetiram parte da mesma base utilizada para a infração 04, envolvendo dados relativos ao período de maio a dezembro de 2004, com o agravante já mencionado de que os dados de maio, agosto e outubro são divergentes.

Infração 06 – acata a imposição concernente a três das exigências e contesta as outras duas, como segue:

31/07/2004 – os autuantes não incluíram no demonstrativo as três notas fiscais relativas às saídas de álcool hidratado (fls. 1.052 a 1.054), de forma que o crédito presumido calculado em 48,149% sobre o total do imposto de R\$25.537,79, destacado nesses documentos, em conformidade com o art. 96, inciso XX do RICMS/97, resulta em R\$12.296,19, anulando totalmente a exigência.

31/03/2006 – os autuantes não consideraram no demonstrativo a Nota Fiscal nº. 251.393 (fl. 1.055), referente à saída de álcool hidratado, de modo que o crédito presumido calculado em 48,149% sobre o valor do imposto de R\$973,29, destacado nesse documento, de acordo com o art. 96, inciso XX do RICMS/97, resulta em R\$468,64, anulando totalmente esta exigência.

Dirigido-se aos autuantes, argúi ter acatado quase totalmente as infrações 02, 03 e 06, além de ter contestado integralmente as infrações 01, 04 e 05, com base em documentação que apresentou e na

legislação pertinente, pedindo a concordância com as razões de defesa, na conquista da verdade, do mais qualificado julgamento pelo CONSEF e na busca da celeridade processual.

Concluindo, solicita ao CONSEF que julgue o Auto de Infração procedente em parte, uma vez acatadas parcialmente as infrações 02, 03 e 06 e a total improcedência das infrações 01, 04 e 05.

Um dos autuantes apresentou informação fiscal às fls. 1.059 a 1.074, discorrendo a respeito de cada infração.

Infração 01 – o impugnante apenas confirmou a prática da infração, já que admitiu que o estorno de crédito realizado diretamente em seu livro Registro de Apuração do ICMS se originou de valores constantes em documentos fiscais, infringindo, assim, o art. 112, *caput*, do RICMS/BA, que admite o estorno de débito apenas quando não se referir a valor constante em documento fiscal. Ressalta que nos casos de destaque de imposto indevido ou a maior que o devido, o mesmo somente pode ser reavido através da devolução do crédito pelo destinatário da mercadoria, por meio de emissão de nota fiscal específica, considerando que somente é permitida a restituição do imposto a quem comprove ter sofrido seu encargo, que no caso é o destinatário da mercadoria. Somente este tem autoridade para restituir o ICMS, por sofrer o ônus tributário, concluindo-se que a falta de emissão de nota fiscal, neste caso, não se trata de simples descumprimento de obrigação acessória, mas condição essencial para utilização do crédito fiscal correspondente. Mantém integralmente a infração.

Infração 02 – quanto aos valores contestados, concordou com o autuado em relação à ocorrência de 31/05/2004, quando, por equívoco, foram omitidas no levantamento notas fiscais que não constavam do arquivo magnético, além de ter sido verificado na fase de informação fiscal que todos os documentos referidos foram regularmente escriturados no livro Registro de Saídas, devendo ser excluído o valor total lançado; da mesma forma lhe assiste razão quanto à ocorrência de 30/06/2004, quando o valor do débito deve ser reduzido para R\$23,44. Assim, alterou o valor do débito para de R\$2.703,99.

Infração 03 – observa que na data de ocorrência de 31/05/2004 realmente houve omissão de notas fiscais no levantamento, devido a problemas nos arquivos magnéticos apresentados, o que confere razão ao impugnante, devendo ser deduzido do débito o valor de R\$5.482,21, passando para R\$7.141,43, enquanto que o débito remanescente dessa infração passa para R\$ 66.831,15.

Infração 04 – apresenta esclarecimentos a respeito da sistemática do uso do crédito presumido de R\$0,08 por litro de álcool anidro vendido acima da quota mensal de 827.674 litros, pelo contribuinte, com base no Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, que se constitui na realização de ajustes relativos a períodos de doze meses, quando deve ser feita a comparação entre o crédito correspondente a cada mês e a quota anual de produção de 9.932.088 litros. Caso o contribuinte tenha se apropriado de um crédito presumido maior do que o valor do período, ele se torna obrigado a efetuar o estorno da diferença a maior (lançamento a débito), enquanto que sendo o valor creditado a menor, terá direito a efetuar o seu complemento (lançamento a crédito).

Abordando os argumentos defensivos, aduz que através do Auto de Infração citado (nº. 293873.1204/04-8) fora glozado, à época, todo o crédito presumido utilizado, por ter sido verificado que não tinham sido obedecidos os ditames do citado Termo de Acordo. Por essa razão, na situação em tela os autuantes consideraram que o contribuinte não fazia jus ao benefício no período de 2000 a 2003 (safras 2000/2001, 2001/2002, 2002/2003 e 2003/2004, já que as safras são consideradas de maio de um exercício a abril do exercício seguinte). Salienta que o Auto de Infração mencionado encontra-se aguardando o julgamento pelas CJFs, uma vez que já foi julgado como procedente por unanimidade pela 4ª JJF, transcrevendo trecho do voto da relatora.

Observa que através da ação fiscal anterior ficou constatado que o autuado não fez jus ao benefício fiscal, em referência às safras 1997/1998 a 2003/2004, por ter descumprido o compromisso de aumentar a produção de álcool anidro em função da realização de novos investimentos produtivos. Foi com base nesses fatos que foi constituído o crédito tributário desta infração, ou seja, não foi

admitido nenhum crédito presumido decorrente de vendas de álcool anidro relativas a safras anteriores à de 2004/2005 ou anterior a maio de 2004, por ter sido verificado em ação fiscal anterior que o autuado não tinha direito ao uso do benefício fiscal no referido período, entendimento acatado no julgamento de primeira instância administrativa.

Argui ter sido verificado, inicialmente, que o contribuinte utilizara crédito presumido em 2004 no valor de R\$1.450.000,00, quando fazia jus apenas a R\$649.886,88 (Anexo 07 – fl. 615), o que resultou num creditamento indevido de R\$818.445,12, restando um saldo credor não utilizado em dezembro de 2004 no valor de R\$18.332,00 (Anexo 07). Esclarece que os meses de janeiro a abril de 2004 não foram tomados para efeito do cálculo do crédito presumido, tendo em vista a já mencionada falta de direito ao benefício, por descumprimento do termo de acordo.

Realça que o valor do crédito total de 2004 acima apontado, efetuado nos meses de maio (R\$150.000,00), junho (R\$150.000,00), julho (R\$150.000,00), agosto (R\$300.000,00), setembro (R\$300.000,00), outubro (R\$300.000,00) e novembro (R\$100.000,00) foram utilizados extemporaneamente, desde quando no Processo nº. 113278/2004-9 consta apenas um parecer intermediário, de autoria dos mesmos Auditores Fiscais que lavraram o Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, negando o direito ao crédito pleiteado, com base nas mesmas razões que resultaram na lavratura da citada autuação. Assim, poderia ser glozado todo o valor de R\$1.450.000,00 utilizado, ressalvando que, entretanto, por se tratar de crédito da mesma natureza daqueles oriundos das vendas de álcool anidro, foi mantido o direito ao uso dos créditos relativos ao benefício em questão, no decorrer do exercício de 2004, o que beneficia o contribuinte.

Em seguida, o autuante passou a comentar sobre as divergências de valor, mês a mês, entre os demonstrativos anexados ao Auto de Infração (fls. 615/616) e aquele trazido pela defesa (fl. 950).

Maio de 2004 – valor final de venda encontrado: 1.829.106 litros. Deve prevalecer o valor apontado pelo impugnante, considerando que os autuantes lançaram as Notas Fiscais de devolução de nº.s 200.217 e 200.468, referentes às vendas efetuadas através das Notas Fiscais de nº.s 198.901 e 198.903, de abril de 2004. Como o mês de abril de 2004 não foi considerado no levantamento (não gerou crédito presumido), também não deve constar a débito no mês de maio desse ano. Já as Notas Fiscais de venda de nº.s 201.404 e 201.480, por estarem ausentes do arquivo magnético também ficaram ausentes do demonstrativo dos autuantes, devendo integrar o cálculo do crédito presumido as quantidades respectivas de 44.681 e 458.944 litros. Observa que as divergências existentes entre os seus dois demonstrativos não carecem de explicação, uma vez que os valores constantes em ambos e relativos a este período não estão corretos.

Junho de 2004 – valor final de venda encontrado: 3.623.693 litros. Sem divergências.

Julho de 2004 – valor final de venda encontrado: 2.486.299 litros. Sem divergências.

Agosto de 2004 – valor final de venda encontrado: 2.227.864 litros. A divergência decorreu de equívoco dos autuantes, devido a erro na quantidade apresentada pelo arquivo magnético. Assim, a quantidade correta da Nota Fiscal de devolução nº. 208.597 é de 207.280 litros, conforme consta no demonstrativo de fl. 615 e não de 01 litro, como constava no referido arquivo e não em decorrência da elaboração do demonstrativo da fl. 616. Esta circunstância gerou a diferença de 207.279 litros entre os dois demonstrativos. Já a quantidade vendida apontada pelo autuado, de 1.807.805 litros, está errada, por não terem sido consideradas as Notas Fiscais de venda nº.s 211.795, 211.796, 211.798 e 211.799, todas de 28/08/2004, que correspondem às quantidades de 30.657, 186.682, 60.000 e 350.000 litros de álcool etílico anidro (no total de 627.339 litros), assim como não incluiu a Nota Fiscal de devolução nº. 208.597, com 207.280 litros, acima referida.

Setembro de 2004 – valor final de venda encontrado: 1.548.995 litros. Esta quantidade consta nos dois demonstrativos da fiscalização. Na realidade há uma divergência entre esse resultado e aquele apontado pela defesa, de 2.156.334 litros, resultando na diferença de 627.339 litros, decorrente da inclusão indevida das notas fiscais emitidas no mês de agosto e lançadas em setembro, comprovando o equívoco cometido pelo impugnante.

Outubro de 2004 – valor final de venda encontrado: 1.185.179 litros. Aqui também houve erro no arquivo magnético, tendo sido corrigido no demonstrativo de fl. 615 e não naquele de fl. 616, resultando na diferença de 14.851 litros, relativos à Nota Fiscal nº. 217.172, de 19/10/2004, cuja quantidade correta é de 14.852 litros (fl. 615) e não 01 litro (fl. 616). A diferença verificada no demonstrativo do autuado foi motivada pela não inclusão da nota fiscal acima, bem como das Notas Fiscais de devolução nº.s 267.295 e 267.296, ambas de 05/10/2004, nas quantidades respectivas de 29.505 e 4.794 litros. Assim, a quantidade apresentada pelo autuado está errada.

Novembro de 2004 – valor final de venda encontrado: 1.401.910 litros. Sem divergências.

Dezembro de 2004 – valor final de venda encontrado: 1.056.824 litros. A quantidade de 1.054.009 litros apontada pela defesa está equivocada, pois inclusive no demonstrativo que apresentou por conta da informação fiscal confirma os números indicados pela fiscalização.

Janeiro de 2005 – os valores finais de venda não apresentam divergências.

Conclui que o total do ICMS exigido para esta infração, que era de R\$818.445,12, passa para o valor de R\$769.253,76, conforme demonstrativo anexado à fl. 1.075.

Infração 05 – A exemplo do esclarecimento oferecido em relação à infração anterior, observa que neste caso a imputação também decorreu do descumprimento do disposto na cláusula terceira, item IV do Termo de Acordo, no que se refere à determinação de que seja realizado o ajuste da conta gráfica da acordante, relativo ao período de doze meses, com o objetivo de apurar a parcela exata do crédito presumido, comparando-a com os valores das parcelas mensais utilizadas, com base na produção de referência de 9.932.088 litros, que corresponde à safra de 1999/2000.

No período relativo à safra de 2004/2005 (maio de 2004 a janeiro de 2005) o contribuinte utilizou crédito presumido no valor de R\$676.558,48 (considerando-se apenas o valor permitido). Nesse período as vendas alcançaram 16.276.312 litros (já considerando as correções necessárias nos valores de venda mensal, conforme demonstrativo à fl. 1.076). Subtraindo-se dessa quantidade o valor de referência anual, chega-se a 6.062.727 litros, quantidade esta sujeita ao benefício fiscal. A multiplicação desse valor por R\$0,08 resulta no valor máximo permitido a ser utilizado como crédito: R\$485.018,16. A diferença entre a soma dos valores mensais utilizados (o permitido) e crédito presumido calculado em base anual, gera o débito de R\$191.540,32, lançado nesta infração.

Salienta que mesmo existindo divergências entre os demonstrativos da fiscalização e aquele apresentado pela defesa, conforme já demonstrado, os somatórios dos valores dos demonstrativos geram resultados idênticos, não influenciando no valor do débito apurado. Mantém a autuação de forma integral.

Infração 06 – entende assistir razão ao autuado tanto em relação ao lançamento referente à ocorrência de 31/07/2004, no valor de R\$12.296,19, como naquela de 31/03/2006, no valor de R\$468,64, tendo em vista que os autuantes se equivocaram, deixando de incluir no levantamento as Notas Fiscais de nº.s 205.386, 207.028, 207.885 e 251.393, emitidas respectivamente em 06/07/2004, 20/07/2004, 27/07/2004 e 03/03/2006, devendo ser deduzidos os valores correspondentes.

Anexa novo demonstrativo de débito (fls. 1.077 a 1.079), contendo os novos valores apurados.

Observa, ao final, que as considerações prestadas pelo autuado não elidiram completamente a legitimidade dos débitos apurados e solicita que suas colocações sejam acatadas. Sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Tendo sido cientificado a respeito da informação fiscal e seus anexos, o sujeito passivo se manifestou às fls. 1.086 a 1.091, ressaltando que tendo o autuante acatado as razões da defesa concernentes às infrações 02, 03 e 06, discorreria apenas em relação às demais infrações.

Infração 01 – insurge-se contra o posicionamento do autuante ao manter a imputação, mesmo se referindo a operações nas quais não ocorre o fato gerador do ICMS e que decorreram de

circunstâncias verificadas quando da adaptação a novo programa de escrituração fiscal. Argui que seus procedimentos encontram guarda no que dispõe o inciso VIII e o § 5º, inciso I do art. 93 do RICMS/97, que transcreveu.

Insiste que a ocorrência não passa de descumprimento de obrigação acessória, devendo incidir a penalidade de R\$ 50,00, prevista no art. 42, inciso XXII da Lei nº. 7.014/96.

Infração 04 – Contesta a afirmação do autuante de que os levantamentos de produção e venda devem ter por base os períodos das safras, norma descumprida pelo próprio autuante. Afiança que esse entendimento não encontra respaldo no Dec. nº. 7.516/99 nem no Termo de Acordo, onde consta a vigência e direito ao crédito a partir de 01/02/1999 (cláusula sétima). Observa que mesmo contrariando o Termo de Acordo, a circunstância poderia ser irrelevante, desde quando fosse feito o levantamento relativo a doze meses de venda de álcool anidro.

Além dessa novidade, o autuante introduziu mais uma ilegalidade, de graves consequências econômicas, ao pretender cassar o direito de o contribuinte se utilizar dos créditos dos quais é titular, decorrentes das vendas de álcool anidro realizadas nos exercícios de 2001 a 2003. Isso em decorrência da peça defensiva apresentar o irrefutável argumento de que a inclusão do saldo anterior, relativo ao exercício de 2003, no demonstrativo elaborado pelo autuante desconstituiria a exigência, bem como a imposição contida na infração 05.

Aponta que o autuante se contradiz, pois inicialmente apresenta o seu Anexo 07, no qual detalha dados do exercício de 2004 – janeiro a dezembro, tendo, após a apresentação da defesa, trazido novo demonstrativo (fl. 1.075), com dados de maio a dezembro de 2004, sem considerar um período da safra, método que ele adotou como norma.

Acrescenta que nesse demonstrativo os dados foram montados de forma “bem centralizada”, combinando cada mês de uso do crédito fiscal com os dados de venda do mesmo mês, sem fechar um período de 12 meses; depois é apresentada a esdrúxula conclusão de que o impugnante deve R\$769.253,76 mas tem um crédito de R\$18.332,00, fato que também está relatado no segundo parágrafo da fl. 1.067. Observa, ainda, que são apresentados novos números para as vendas realizadas no período de maio a dezembro de 2004, sendo acatados alguns dados trazidos pelo autuado e refutados outros, gerando uma diferença de 253.616 litros entre os dados do impugnante (15.613.486 litros) e do novo demonstrativo do autuante (15.359.870 litros). Aduz que, no entanto, essa diferença não representa uma repercussão econômica significativa (de R\$20.289,28), quando são apresentados todos os dados, inclusive os saldos remanescentes dos exercícios anteriores, podendo essa diferença, se real, ser incluída nos levantamentos do autuado.

Refuta com veemência qualquer tentativa de subtração de seus créditos acumulados em exercícios anteriores, fruto de expressivos investimentos realizados no aumento da fronteira agrícola ou aumento da área plantada, em conformidade com o Dec. nº. 7.516/99, assim como de inversões realizadas na planta industrial, haja vista que a produção de álcool anidro demanda o aporte de significativos recursos financeiros na aquisição de novos equipamentos industriais. Registra, ainda, ter acreditado nos objetivos do benefício fiscal, razão pela qual tanto investiu.

Assim, ratifica os valores apresentados nos demonstrativos relativos aos exercícios de 1999 a 2004 (fls. 945 a 950), sendo que naquele relativo a 2004 ficou provada a existência de um saldo a utilizar de R\$459.626,96, após a dedução dos créditos fiscais escriturados.

Ressalta que o autuante confunde a infração ora em discussão com a infração 05 do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, lavrado em 2004, ao afirmar não ser admissível qualquer crédito presumido relativo às safras anteriores à de 2004/2005, por ter sido verificado na ação fiscal anterior que o autuado não fez jus ao benefício fiscal naquele período. Salienta que, dessa forma, se entende que na visão do autuante o impugnante não tem e nem nunca teve direito ao crédito fiscal. Alega que, no entanto, o Auto de Infração anterior se refere apenas a períodos de ocorrência dos exercícios de 1999 e 2000, portanto distantes das ocorrências de 2002 em diante.

Replica que no citado Auto de Infração acatara parte das exigências concernentes ao exercício de 1999, contestando as exigências relativas ao exercício de 2000, estando seguro quanto ao julgamento favorável na segunda instância do CONSEF, considerando a solidez dos argumentos apresentados, com base, em especial, na contrapartida exigida pelo Dec. 7.516/99, tendo em vista o aumento da área plantada.

Infração 05 – Assevera que o autuante manteve silêncio a respeito da alegação defensiva de que a fiscalização houvera repetido nesta infração parte da base que tinha sido utilizada para a infração 04, em relação a dados correspondentes ao período de maio a dezembro de 2004. Afiança que essa sua afirmação pode ser facilmente constatada, desde quando os mesmos dados que são utilizados no demonstrativo da fl. 1.075 (infração 04) se repetem no demonstrativo da fl. 1.076 (infração 05), com o agravante de que a soma dos dados da coluna “Qtde. beneficiada” está errada, pois não é de 6.344.224 e sim de 8.738.478, o que leva à conclusão que a transferência de um demonstrativo para o outro foi feita de forma incorreta.

Por fim, ratifica os requerimentos apresentados na defesa.

Considerando as alegações do impugnante, referentes às infrações 04 e 05, que os levantamentos de produção e venda devem ser realizados com base em cada período de doze meses, o que não foi atendido pelo autuante nos demonstrativos de fls. 1.075 e 1.076, que, inclusive, não comentou a respeito da argumentação defensiva de que o fisco tinha repetido na infração 05 dados parciais utilizados no demonstrativo referente à infração 04, no período de maio a dezembro de 2004, bem como que o crédito de R\$18.332,00 (fl. 1.075), não fora devidamente utilizado no cômputo do débito apurado; considerando as arguições defensivas de que lhe foi cassado o direito de uso dos créditos relativos aos períodos anteriores à safra 2004/2005, o que, se comprovado, desconstituiria as mencionadas exigências; considerando que os demonstrativos não apresentam de forma clara, como foi efetivada a composição da base de cálculo, deixando de apontar dados necessários ao entendimento por parte do contribuinte, visando oferecer os necessários critérios para a mensuração do fato tributário imponível, de modo a evitar ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material: esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fls. 1.098/1.099), deliberou pelo envio do processo à IFEP Norte, para que os autuantes adotassem as seguintes providências:

01) demonstrassem quais os motivos que os conduziram a desconsiderar os créditos fiscais presumidos a que o contribuinte fazia jus, se fosse o caso, no período anterior à safra 2004/2005; 02) verificassem se são pertinentes as alegações defensivas de que em relação aos demonstrativos concernentes às infrações 04 e 05 (fls. 1.075/1.076), ocorreu repetição dos dados, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos com os ajustes necessários; 03) elaborassem, se fosse o caso, novos demonstrativos de débito referentes às citadas infrações.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas dos papéis de trabalho elaborados pelos autuantes e da solicitação de diligência, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para que o autuado, querendo, se manifestasse. Havendo manifestação do impugnante, deveria ser dada ciência aos autuantes.

Em cumprimento ao pedido de diligência, um dos autuantes apresentou os seguintes esclarecimentos (fls. 1.103/1.104):

- a) os motivos para a desconsideração dos créditos presumidos a que supostamente fazia jus o autuado no período anterior à safra 2004/2005 encontram-se descritos às fls. 1.065 a 1.068;
- b) quanto às alegações defensivas referentes à repetição dos dados nas infrações 04 e 05, informa que as vendas de álcool anidro sobre as quais recai o benefício fiscal necessariamente têm que ser coincidentes.

Salienta que na análise do benefício fiscal têm que ser consideradas duas situações: o direito ao benefício em bases mensais de acordo com as vendas de álcool anidro e a necessidade de realização

do ajuste desses créditos utilizados mensalmente em relação ao período da safra, que vai de maio de um determinado ano a abril do exercício seguinte.

No que se refere à infração 04, argumenta que o contribuinte extrapolou os limites de utilização do benefício em bases mensais, restanto saldo devedor de R\$769.253,76. Explica não ter sido consignado o crédito no valor de R\$18.332,00, relativo ao mês de dezembro de 2004, tendo em vista que os débitos apurados nesta infração foram verificados em datas anteriores.

No caso da infração 05, destaca que a apuração foi feita com base no período anual de safra, que resultou na constatação de que o contribuinte utilizara um crédito fiscal em valor superior ao permitido, no montante de R\$191.540,32.

Conclui, enfatizando que o procedimento adotado e que culminou nas infrações 04 e 05, favoreceu ao autuado, uma vez que o crédito beneficiado utilizado no exercício de 2004 se originou do processo administrativo nº. 113.278/2004-9, através do qual o contribuinte requereu a utilização extemporânea de créditos decorrentes do benefício aqui em discussão, porém de safras anteriores, cujo pedido lhe foi negado. Frisa que, com base na legislação em vigor, o crédito apropriado pelo autuado em 2004, no valor de R\$1.450.000,00, deveria ter sido todo ele glosado. Argumenta que, assim, tendo o autuado direito a créditos da mesma natureza, isto é, originários do mesmo benefício, porém referentes a período posterior (safra 2004/2005), e por ele não apropriados, concluíram pela dedução tão somente da parcela que não ultrapassasse o limite estabelecido no Termo de Acordo.

O contribuinte foi cientificado (fls. 1.105 a 1.108) a respeito do resultado da diligência, porém não se manifestou a respeito.

Tendo em vista que na assentada do julgamento, estando presentes o representante do autuado e um dos autuantes, ficou demonstrado que o presente processo guarda vinculação direta com o resultado do julgamento do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, foi decidido pela sua retirada de pauta, deixando-o sobrestado, em aguardo da decisão da Segunda Instância do referido processo.

Considerando que este processo se encontrava sobrestado; considerando que o benefício do crédito fiscal presumido concernente à produção excedente de álcool etílico anidro carburante – AEAC, está vinculado diretamente ao aumento da área plantada e não ao aumento da quantidade de cana moída ou do aumento da produção de álcool etílico hidratado combustível - AEHC, conforme se conclui da leitura do Decreto nº. 7.516/99 e do correspondente Termo de Acordo e Compromisso, entendimento este corroborado pelo Parecer de nº. 3.034/2004, emitido pela GECOT/DITRI; considerando as afirmações constantes da informação fiscal que o resultado da apuração que redundou na imposição atinente às infrações 04 e 05, decorrera diretamente da glosa dos créditos efetivados através do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8 e que o contribuinte não fazia jus ao benefício relativo às safras de 2000 a 2003, e tendo em vista que através do Acórdão CJF nº. 0103-11/08, emanado da 1ª CJF, foram acatados os dados informados pelo sujeito passivo, significando existirem saldos credores em favor do contribuinte, o que implicou na manutenção apenas de forma parcial do ICMS exigido em relação ao exercício de 1999: esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fls. 1.113/1.114), deliberou pelo envio do processo à ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF –, para que diligente a ser designado adotasse as seguintes providências:

01) intimasse o autuado a apresentar a documentação comprobatória da ocorrência de incremento efetivo da área plantada em referência aos exercícios objeto da autuação;

02) no caso de atendimento à intimação e sendo comprovada a ocorrência de incremento da área plantada nos períodos correspondentes à autuação, apurasse quais os créditos fiscais a que o contribuinte faz jus no que se refere à venda de álcool etílico anidro carburante, elaborando novos demonstrativos referentes às infrações 04 e 05, verificando, inclusive, quanto à possibilidade da existência de saldos credores relativos a períodos anteriores, conforme demonstrativos apresentados pelo autuado às fls. 946 a 950;

03) elaborasse, se fosse o caso, novos Demonstrativos de Débito referentes às mencionadas infrações.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado cópias reprográficas dos novos papéis de trabalho elaborados pelo diligente, assim como da solicitação de diligência, devendo ser informado ao sujeito passivo quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias para que ele, querendo, se manifestasse. Deveria ser dada ciência também aos autuantes.

Através de requerimento acostado às fls. 1.117/1.118, o autuado registrou que tendo tomado ciência dos termos da diligência à ASTEC/CONSEF, deliberada pela 1^a JJF, expõe o que segue:

1 – tendo em vista que a primeira providência se refere à necessidade de “*apresentar a documentação comprobatória da ocorrência de incremento efetivo da área plantada em referência aos exercícios objeto da autuação*”, apresenta cópias de seus Balanços Patrimoniais dos anos de 2003, 2004 e 2005 (fls. 1.119 a 1.121), onde constam publicados, antecipadamente, nas notas explicativas, os dados relativos àqueles anos, provando a expansão da área plantada de 15.253 hectares em 2003, para 15.600 hectares em 2004 e para 16.131 hectares em 2005;

2 – como os exercícios objeto das infrações 04 e 05 são os de 2004 e de 2005, apresenta os dados a partir de 2003, tomados como referência;

3 – vale-se dos mesmos meios de prova que utilizou no processo relativo ao Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, os Balanços Patrimoniais, pois neles se encontram os dados comprobatórios, publicados no Diário Oficial do Estado em maio de 2004, março de 2005 e abril de 2006, portanto em datas bem anteriores à lavratura do presente Auto de Infração, que se deu em 30/03/2007;

4 – como na segunda providência consta a necessidade de se “*apurar quais os créditos fiscais a que o contribuinte faz jus no que se refere à venda de álcool etílico anidro carburante, elaborando novos demonstrativos referentes às infrações 04 e 05, verificando, inclusive, quanto à possibilidade da existência de saldos credores relativos a períodos anteriores*”, informa que após o julgamento do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, efetuou o levantamento completo dos “Demonstrativos do Cálculo Subsídio do Álcool Etílico Anidro”, de 1999 a 2007, que resultaram em planilhas enviadas à Infaz Juazeiro, por meio do processo nº. 079742/2008-4 (fls. 1.122 a 1.133);

5 – com base nos documentos anexados constata-se que, ao contrário do que é exigido através das infrações 04 e 05, nada é devido nos exercícios de 2004 e 2005, pois, conforme se verifica nos demonstrativos correspondentes, apresentam saldos a utilizar de R\$421.543,68 e de R\$3.102.190,08, respectivamente.

Entendendo restar esclarecido e comprovado, pede a juntada ao presente processo desse instrumento e dos documentos a ele anexados.

Em conformidade com o documento de fls. 1.123 e 1.124, encaminhado pelo impugnante à Infaz Juazeiro, é pleiteado o reconhecimento do crédito fiscal total referente ao período de 1999 a 2007, em conformidade com os “Demonstrativos do Cálculo Subsídio do Álcool Etílico Anidro”, que foram anexados, no valor total de R\$5.870.424,24, do qual foi apropriado em sua conta gráfica o montante de R\$4.870.424,24, restando a diferença de R\$1.000.000,00 para fazer frente a eventuais ajustes determinados pela fiscalização em sua revisão. Foi solicitado, também, que fossem determinadas as averiguações pertinentes, visando a homologação dos procedimentos adotados pelo contribuinte.

Ao atender ao pedido de diligência, a Auditora Fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz emitiu o Parecer ASTEC nº. 56/2009 (fls. 1.135 e 1.136), esclarecendo que consta nas notas explicativas dos Balanços Patrimoniais (fls. 1.119 a 1.121), no sub item “contexto operacional”, informações sobre a área plantada, as quais evidenciam o seu incremento nos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

Observa que através da infração 05 do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, o contribuinte foi acusado de utilizar crédito fiscal presumido em valor superior ao permitido, sob o entendimento de

que a empresa não fazia jus ao benefício fiscal, por não ter ficado comprovado o incremento da área plantada. No julgamento de 2ª Instância (fls. 1.137 a 1.150) ficou estabelecido que no exercício de 1999 o contribuinte tinha direito ao benefício, ficando comprovada, entretanto, a apropriação de créditos superiores aos permitidos, no valor de R\$178.673,16.

Lembra que no presente lançamento os autuantes acataram a comprovação da área plantada e refizeram o cálculo (planilha às fls. 615/616), conforme Termo de Acordo. No entanto, o impugnante discordou dos valores apurados, sob o entendimento que a fiscalização não considerara, em janeiro de 2004, os créditos acumulados não utilizados durante os exercícios de 2000 a 2003, no montante de R\$946.233,76, os quais demonstrou nas planilhas de fls. 1.126 a 1.130.

Acrescenta que essas planilhas fazem parte do processo nº. 079742/2008-4, dirigido à Infaz Juazeiro, atinente à comunicação de crédito fiscal, nos termos do Dec. nº. 7.516/99. Esse processo se encontra em mãos do Auditor Fiscal João Flávio Marques de Faria (fl. 1.151), para fins de análise e emissão de parecer.

Conclui que no caso do item 01 da diligência restou evidente, através da análise das notas explicativas constantes nos Balanços Patrimoniais, o incremento da área plantada nos exercícios de 2003 a 2005. Quanto ao atendimento dos itens 02 e 03, sugere que o processo seja encaminhado ao Auditor Fiscal que se encontra analisando o pleito relativo ao crédito fiscal acumulado utilizado em janeiro de 2004 e não considerado pela fiscalização, para que se pronuncie a respeito.

O contribuinte e os autuantes foram cientificados (fls. 1.553 a 1.558) quanto ao resultado da diligência, não constando dos autos nenhuma manifestação a respeito.

Considerando que de acordo com o Parecer ASTEC nº. 56/2009, restou demonstrado, com base na documentação acostada aos autos pelo contribuinte, que ocorreu incremento da área plantada durante os exercícios objeto da autuação; considerando que a diligente esclareceu que o contribuinte ingressara com pedido de apreciação, na INFAZ Juazeiro, dos créditos fiscais acumulados e não utilizados nos exercícios de 2000 a 2003, no montante de R\$946.233,76 e tendo em vista que o resultado desse pleito refletirá de forma direta na apuração concernente às infrações 04 e 05: esta 1ª JJF deliberou pelo envio do processo em diligência à IFEP Norte (fl. 1.561), para que o Auditor Fiscal João Flávio Marques de Faria, que analisou o processo acima referido (nº. 079742/2008-4) informasse a respeito do resultado do pleito correspondente, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos de débito referentes às mencionadas infrações.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado cópias reprográficas dos papéis de trabalho juntados pelo diligente, assim como do pedido de diligência, devendo ser informado ao sujeito passivo quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias para que ele, querendo, se manifestasse. Havendo manifestação do contribuinte, deveria ser dada ciência aos autuantes.

Em resposta ao pedido de diligência e considerando o Parecer ASTEC nº. 56/2009, o Auditor Fiscal João Flávio Marques de Faria prestou as seguintes informações (fls. 1.567 e 1.568):

- 1) após ter sido reconhecido pelo CONSEF que o autuado faz jus aos créditos do ICMS, nos termos do Decreto nº. 7.516/99, procedeu à análise do montante acumulado no período de 2000 a 2008;
- 2) a análise dos mencionados créditos foi realizada em função dos processos de nº.s 079742/2008-4 e 028497/2009-1, em conjunto, sendo emitido o correspondente Parecer opinativo;
- 3) visando atender a solicitação, quantificou os créditos do ICMS, de acordo com o referido Decreto, sendo suficiente a abordagem referente ao período de maio de 2000 a 30/04/2006, que abrange as safras 2000/2001, 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005 e 2005/2006;
- 4) para tanto, elaborou demonstrativos específicos (fls. 1.569 a 1.580), nos quais evidencia os valores de movimentação do produto álcool anidro combustível e o respectivo valor do crédito do ICMS beneficiado, em conformidade com o Decreto nº. 7.561/99;

5) os demonstrativos que compõem o Anexo 01 se referem ao cálculo do crédito de ICMS acumulado, discriminado mensalmente, dentro de cada exercício. Frisa que em todo mês de maio há uma variação do crédito acumulado em relação ao mês anterior;

6) essa variação decorre do ajuste anual, realizado sempre no início de cada nova safra, que se dá em maio de cada exercício;

7) o ajuste anual por safra se encontra nos demonstrativos compreendidos no Anexo 02;

8) desta forma, verificou que em junho de 2000 houve utilização a maior do ICMS beneficiado, no valor de R\$7.779,04, conforme demonstrativo constante do Anexo 01 – Exercício de 2000;

9) quanto aos ajustes anuais, em abril de 2005 houve uma utilização a maior do ICMS beneficiado, no valor de R\$21.317,76, conforme demonstrativo juntado ao Anexo 02 – Safra 2004/2005;

10) de maio de 2006 até o final do exercício ocorreram novas acumulações de crédito de ICMS incentivado, já que não existiu nenhuma utilização pelo autuado, resultando num saldo a utilizar de R\$2.754.413,60.

Após ser cientificado a respeito do pedido de diligência e do respectivo resultado, o autuado se manifestou às fls. 1.587 a 1.590, quando ressaltou que de acordo com diligência anterior, de 23/04/2008, dirigida à ASTEC/CONSEF (fl. 1.113), a apreciação do Auto de Infração “guardava vinculação direta com o resultado da decisão a ser proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal em referência ao Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8”.

Observa que no mesmo Termo de Diligência consta que “*tendo em vista que através do Acórdão CJF nº. 0103-11/08, emanado da 1ª CJF, foram acatados os dados informados pelo sujeito passivo, significando existirem saldos credores em favor do contribuinte, o que implicou na manutenção apenas de forma parcial do ICMS exigido em relação ao exercício de 1999*”.

Em vista disso, entende como absolutamente pacificado o entendimento de que a decisão da 1ª CJF, por meio do citado Acórdão, estabeleceu um referencial para os procedimentos sobre a questão relativa ao crédito fiscal referido no Decreto nº. 7.516/99, destacando o seguinte trecho do voto do relator: “*cabe razão ao recorrente e acato os demonstrativos do cálculo do subsídio do álcool etílico anidro, por ele elaborados, apurando para o ano de 1999 a utilização de R\$178.673,16 acima do que teria direito, cuja diferença deveria ter sido debitada na escrita do ICMS no mês de janeiro de 2000, conforme inciso IV da cláusula terceira do referido Termo de Acordo e Compromisso*”, segundo consta na 13ª página do Acórdão (fls. 1.137 a 1.150).

Afiança que essas alegações são essenciais para dirimir a questão relacionada à metodologia do levantamento dos quantitativos de venda de álcool anidro que dão origem ao crédito fiscal em discussão, expresso em valores à razão de R\$0,08 por cada litro vendido, conforme Dec. 7.516/99.

Registra que o Auto de Infração que deu origem ao Acórdão nº. 0103-11/08 foi lavrado com base em dados anuais, tanto que a parte julgada procedente, relativa a 1999, de R\$178.673,16, referida pelo relator, se encontra apurada no anexo “demonstrativo”, atinente a esse exercício (fl. 1.591).

Consigna que ao realizar os novos levantamentos, o diligente incluiu procedimentos estranhos, tanto ao Decreto 7.516/99, como ao Termo de Acordo e Compromisso e ao Acórdão CJF nº. 0103-11/08, pois nenhum desses documentos determina ou permite o ajuste como realizado pelo diligente no mês de maio de cada ano. De forma contrária, o relator disse que a diferença deveria ter sido debitada na escrita no mês de janeiro de 2000, em conformidade com o inciso IV da cláusula terceira do Termo de Acordo.

Assevera que o ajuste deveria ser feito no final de cada ano, após a apuração dos créditos, dos valores utilizados e da apropriação de eventuais saldos ou a restituição de valores utilizados acima do que tinha direito, conforme expresso no Termo de Acordo. Observa que nunca teve absoluta certeza sobre os procedimentos a serem adotados para a correta apropriação dos créditos fiscais, tendo, inclusive, formulado consulta à Diretoria de Tributação, enquanto que o fisco lavrou o Auto

de Infração nº. 293873.1204/04-8. Entende que somente com a decisão emanada do CONSEF o assunto tomou um norte definitivo.

Por essa razão, preparou vários demonstrativos do cálculo do subsídio do álcool etílico anidro, de 1999 a 2007, que apresentou à INFRAZ Juazeiro através do Processo nº. 079742/2008-4 (fls. 1.123 a 1.133), destacando que esses “demonstrativos” foram elaborados em bases anuais, metodologia acatada pelo relator do processo que resultou no citado Acórdão.

Esclarece que a montagem dos “demonstrativos” parte dos dados relativos às quantidades vendidas até a conclusão dos valores a utilizar. Ressalta que de acordo com as mencionadas planilhas, o valor acumulado a utilizar, base 31/12/2007, era de R\$5.870.424,24, enquanto que o diligente chegou a valores bem diferentes, conforme consta em suas planilhas relativas aos anos de 2000 a 2006 (fls. 1.570 a 1.576).

Frisa que despreza os valores que apurara, acatando integralmente os quantitativos levantados pelo diligente. Assim, o crédito final para 31/12/2007, que era de R\$5.870.424,24 passa para R\$5.800.294,24, reduzido em R\$70.130,00, que corresponde à quantidade de 876.625 litros de álcool.

Acrescenta que adota essa medida porque considera desnecessário discutir, no momento, os detalhes que resultaram nas diferenças, uma vez que tem uma grande necessidade de concluir o assunto, até porque parte do saldo, qualquer que seja, está comprometida com o pagamento do valor remanescente do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, cujo pedido foi formulado em tempo hábil, mas inexplicavelmente a Procuradoria Fiscal inscreveu o referido valor remanescente na Dívida Ativa e, lamentavelmente, já se encontra em fase de execução perante o Poder Judiciário.

Salienta que ao acatar os quantitativos, os valores seriam iguais, o que não ocorre, devido à metodologia vulnerável adotada pelo diligente nos seus levantamentos. Isto porque, por exemplo, no ano de 2000 o autuado apurou um saldo em dezembro, de R\$R\$202.727,36, enquanto que o diligente tem o valor de R\$338.090,00 (fl. 1.750), por não haver considerado os períodos nos quais as vendas foram inferiores ao parâmetro de 827.674 litros.

Entende que, salvo melhor interpretação, os “demonstrativos” elaborados pelo diligente com base num regime de safras (fls. 1.578 a 1.580) são desnecessários.

Afirma que se encontra seguro sobre a regularidade dos procedimentos adotados na construção dos seus “demonstrativos”, pois se baseou em dados anuais, lançando todos os usos apropriados, além de realizar dois testes de consistência para os dados apurados, conforme detalhado nos Docs. 01 a 09 (fls. 1.591 a 1.599), relativos aos exercícios de 1999 a 2007.

Pede, ao final, que sejam acatados os dados agora apresentados, devidamente revisados para ajuste dos quantitativos apurados na diligência, para efetiva conclusão da questão relacionada com o crédito fiscal objeto do Decreto nº. 7.516/99.

Às fls. 1.602 e 1.603 os autuantes deram ciência da manifestação interposta pelo contribuinte, porém não se pronunciaram a respeito.

VOTO

Ressalto, inicialmente, que o procedimento fiscal não violou as regras contidas nos artigos 18, incisos II e IV, alínea “a” e 39, inciso III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara e precisa, tendo sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal. Além do que, o autuado, tendo recebido cópias dos correspondentes demonstrativos, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito, verifico que os autuantes imputaram ao sujeito passivo seis irregularidades. Por questões de método, analisarei as infrações na mesma sequência abordada pela defesa.

A infração 01 se referiu ao estorno de débito de ICMS destacado em documentos fiscais referentes a operações de saída de mercadorias, em desacordo com os ditames da legislação tributária específica. O sujeito passivo alegou que o procedimento decorreu da implantação de novo sistema de processamento de dados em seu estabelecimento, que terminou por gerar inconsistências, que resultaram na emissão de notas fiscais de saída com destaque do ICMS em valores superiores aos efetivamente devidos ou o destaque do imposto em situações nas quais não cabia tributação, a exemplo das seguintes situações: operações beneficiadas com isenção, com diferimento e com não incidência do ICMS.

Divirjo do entendimento do impugnante, de que a irregularidade aqui tratada se constitui meramente no descumprimento de uma obrigação acessória, pois da leitura dos dispositivos do RPAF/99 e do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, que apresento em seguida, concluo que ao promover a saída de mercadorias através de notas fiscais, nas quais foi feito o destaque do ICMS, o contribuinte gerou um crédito a ser utilizado pelo estabelecimento destinatário, caso em que para fazer jus ao correspondente estorno o emitente teria que protocolar o competente pedido de restituição junto à Repartição Fiscal de seu domicílio, procedimento que não adotou.

RPAF/99:

“Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.”

RICMS/97:

“Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

§ 2º É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.

...

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.”

“Art. 113. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”.”

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

VIII - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, mediante lançamento, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro (arts. 112 e 113);”

Deste modo, está qualificada a prática da irregularidade imputada, pelo que a infração 01 resta plenamente caracterizada.

No caso da infração 02 foi utilizado crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação, referente a saídas internas de açúcar. Observo que neste caso a imputação está amparada na disposição contida no art. 96, inciso XX, alínea “a” do RICMS/97, tendo os autuantes elaborado os demonstrativos correspondentes, apontando os casos de utilização do citado crédito presumido em percentuais superiores ao previsto de 40%.

Verifico que o impugnante acatou a imposição fiscal concernente a doze meses, contestando o lançamento relativo ao mês de maio de 2004, sob a arguição de que os autuantes não tinham considerado 47 notas fiscais, fato aceito pelo autuante que prestou a informação fiscal, que, de forma correta, excluiu essa parcela da exigência fiscal.

No que se refere ao valor referente ao mês de junho de 2004, o autuado comprovou que apesar de os autuantes terem assinalado que o crédito presumido utilizado fora de R\$183.689,14, na realidade o crédito apropriado, conforme escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS foi de R\$180.796,50. Acertadamente, o autuante concordou com as provas trazidas aos autos, reduzindo o valor do débito desse mês, que originalmente era de R\$2.916,08 para R\$23,44.

Assim, mantendo esta infração parcialmente, no valor de R\$2.703,99, com a exclusão do lançamento relativo ao mês de maio de 2004, com a modificação do débito correspondente ao mês de junho de 2004 para R\$23,44, restando inalterados os valores das demais ocorrências.

A infração 03 também decorreu da utilização do crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação, neste caso referente a saídas interestaduais de açúcar. Aqui a imposição tributária está baseada no art. 96, inciso XX, alínea “b” do RICMS/97, tendo sido elaborados os demonstrativos correspondentes, apontando os casos de utilização do citado crédito presumido em percentuais superiores ao previsto de 65%.

Vejo que o autuado concordou com treze das ocorrências apontadas pelos autuantes, rebelando-se apenas parcialmente contra aquela referente ao mês de maio de 2004, alegando que não haviam sido incluídas quinze notas fiscais emitidas em 31/05/2004. O autuante esclareceu que devido a problemas nos arquivos magnéticos, realmente não tinham levado em consideração as citadas notas fiscais, de modo que concordou com o pleito do impugnante, reduzindo, acertadamente, o débito daquele mês, de R\$12.623,64 para R\$7.141,43.

Com base nesse resultado, mantendo a infração 03 parcialmente, no valor de R\$66.831,15, sendo alterado tão somente o valor do débito relativo ao mês de maio de 2004.

As infrações 04 e 05 foram motivadas pela utilização de crédito fiscal presumido de ICMS sobre as saídas de álcool anidro, em valor maior que o permitido pelo Termo de Acordo e Compromisso celebrado entre o contribuinte e a SEFAZ/BA e pelo Decreto nº 7.516/99. Enquanto a infração 04 se referiu aos meses de maio e agosto a novembro de 2004, a infração 05 correspondeu ao mês de maio de 2005. Esta última decorreu de erro nos cálculos dos ajustes da conta gráfica relativa ao período de doze meses, para apurar a parcela exata do crédito presumido, comparando-a com os valores das parcelas mensais utilizadas.

Da leitura do Termo de Acordo e do referido Decreto, concluo que o direito ao crédito presumido de R\$0,08 pela venda de cada litro de álcool etílico anidro combustível - AEAC, necessariamente está

condicionado ao atendimento dos pontos a seguir indicados e que entendo de relevante importância no deslinde desta questão:

- 1) o benefício alcança apenas as quantidades que excedam o total de produção dessa mercadoria no período de 1º/05/1997 a 30/04/1998, que no caso do autuado representou um total de 9.932.088 litros;
- 2) o benefício se aplica exclusivamente à mercadoria resultante da utilização de cana de açúcar produzida na Bahia, não sendo extensivo a álcool anidro adquirido de terceiros, nem pode ser resultante do deslocamento da moagem de cana de açúcar destinada à produção de álcool etílico hidratado combustível - AEHC;
- 3) a cada mês o contribuinte pode utilizar-se do benefício referente à média mensal, tomando por base o total anual já mencionado, que no caso do impugnante se refere ao total de 827.674 litros;
- 4) a cada período de doze meses, deve ser ajustada a conta gráfica do contribuinte, lançando a quantidade excedente vendida em comparação com o limite citado no ponto 1, ou lançar em “Outros Débitos” no livro Registro de Apuração do ICMS, a parcela do crédito presumido lançada a maior no mesmo período;
- 5) o contribuinte deve comprovar semestralmente a execução do cronograma de investimentos;
- 6) o contribuinte deve comprovar, também, o aumento efetivo da área plantada.

Saliento que tendo o sujeito passivo se insurgido contra alguns dos procedimentos adotados pelos autuantes concernentes a essas duas infrações, no que se refere aos cálculos relativos à utilização dos créditos fiscais presumidos e quanto à composição da base de cálculo, o processo foi convertido em diligências à Repartição Fiscal de origem e à ASTEC/CONSEF, tendo sido trazidas aos autos explicações correspondentes aos pontos suscitados.

Tendo sido incluído em pauta de julgamento, durante a realização da sessão ficou demonstrado que o presente processo guardava vinculação direta com o resultado do julgamento do Auto de Infração nº. 293873.1204/04-8, tendo em vista que ambos decorriam da utilização de créditos fiscais incentivados, e por essa razão foi decidido que o mesmo deveria ficar sobreestado, aguardando a decisão da Segunda Instância relativa ao referido processo.

A questão primordial que precisava ser elucidada nos dois casos se referia à necessidade de se esclarecer quais os parâmetros efetivos que deveriam ser observados na análise dos créditos incentivados a que o autuado tinha direito, tanto em relação aos períodos mensais como em base anual. O mencionado Auto de Infração trazia em seu item de nº 05 uma infração de mesma natureza das duas da presente lide, aqui tratadas.

Tendo ocorrido o julgamento atinente ao Auto de Infração, os autos deste processo retornaram a este relator, quando foi observado que a decisão adotada 1ª CJF, consubstanciada no Acordão de nº. 0101-11/08, se fundamentou no teor dos seguintes documentos: do Decreto nº 7.516/99, no Termo de Acordo e Compromisso firmado entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte e no Parecer DITRI/GECOT nº. 3.034/2004, resultando na conclusão de que o direito à utilização do benefício em discussão estava atrelado ao atendimento das seguintes condições básicas: aumento da área plantada, incremento da quantidade de venda de álcool etílico anidro, que a produção dessa mercadoria resultasse de cana-de-açúcar produzida na Bahia e que o excedente da venda do produto não decorresse da aquisição junto a terceiros ou da transformação do álcool hidratado.

Com base nessa análise, a conclusão à qual chegou a 2ª Instância deste Conselho Administrativo foi que não tinha sustentação a alegação da fiscalização, de que o autuado teria perdido o direito ao benefício fiscal em decorrência do fato de que o incremento da produção do álcool anidro teria decorrido da redução da produção do álcool hidratado e devido à redução da quantidade de cana moída. Por outro lado, ficou delineado que assistia razão ao sujeito passivo, haja vista que se encontravam presentes as comprovações de que todas as condições necessárias ao uso do benefício tinham sido atendidas, sendo a principal delas a demonstração de que efetivamente ocorreu

incremento da área plantada. Como conclusão, a infração em questão foi mantida apenas de forma parcial, no montante utilizado pelo contribuinte, que excedera aos valores do crédito fiscal ao qual fazia jus.

Tendo em vista que, conforme dito acima, as exigências contidas nas infrações aqui tratadas guardam perfeita correlação com o objeto da apreciação verificada no referido julgado e considerando que alinho meu entendimento com as conclusões expressadas de forma tão brilhante pelo Relator da 1ª CJF, transcrevo trechos do voto proferido pelo Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo, para melhor alicerçar a presente decisão.

“Assim, cabe-me determinar se a legislação regente estabelece, na situação descrita pelos autuantes, se o contribuinte autuado efetivamente perdeu o benefício do crédito presumido de R\$0,08 por litro vendido de álcool etílico anidro carburante, conforme previsto no Decreto nº 7.516/99.

“Inicialmente, devo salientar que o objetivo do Decreto nº 7.516/99 está definido claramente em sua introdução, em razão da “necessidade de fomentar o aumento de área plantada e a geração de emprego e renda nos setores rural, industrial e comercial baianos”.

...

A Cláusula terceira, inciso VI, do Termo de Acordo e Compromisso, acima transscrito, previa que o benefício fiscal seria invalidado quando se constatasse que o aumento da produção do álcool etílico anidro combustível (AEAC) decorreu do deslocamento da moagem de cana destinada à produção do álcool etílico hidratado combustível (AEHC), sem que houvesse aumento efetivo da área plantada e, logicamente, sem a execução do cronograma de investimentos para o aumento da referida área plantada, exatamente o objetivo do Decreto nº 7.516/99, como dito anteriormente.

Em 30/04/04, em resposta a uma Consulta formulada pelo recorrente sobre o procedimento correto a ser adotado para o aproveitamento do crédito presumido, a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda exarou o Parecer DITRI/GECOT nº 3034/2004 (fls. 671 e 672) em que diz textualmente, ratificando o parecer anteriormente emitido pela GEINC – Gerência de Indústria e Comércio Exterior, que:

“Torna-se fundamental e crucial, para fins de melhor compreensão do referido benefício, que seu uso, cálculo e ajuste anual está voltado especificamente para a produção e comercialização do álcool etílico anidro combustível, não havendo qualquer tipo de vínculo ou possíveis associações com a produção e comercialização do álcool hidratado combustível. Logo, o referencial é especificamente o piso da produção do álcool etílico anidro combustível definido no Termo de Acordo e Compromisso”.

Sendo assim, parece-me claro que o benefício fiscal em tela está vinculado às seguintes premissas ou condições:

1. *que haja aumento da área plantada, o que foi comprovado pelo recorrente de acordo com os documentos apensados aos autos;*
2. *que a quantidade vendida de álcool etílico anidro para fins carburantes tenha sido superior àquela produzida na safra que serviu de parâmetro, consoante previsto no Decreto multicitado (safra 97/98);*
3. *que a produção do álcool etílico anidro para fins carburantes tenha sido resultante de cana-de-açúcar produzida no território baiano, o que se ajusta perfeitamente ao objetivo da norma (aumento da área plantada);*

4. que o excedente de venda do álcool etílico anidro para fins carburantes não tenha sido decorrente da aquisição a terceiros ou da transformação do álcool hidratado, o que também vai ao encontro do objetivo da norma (aumento da área plantada).

Ressalte-se que, em nenhum momento, o Decreto nº 7.516/99 estabelece que, ao lado do aumento na produção do álcool etílico anidro para fins carburantes, o contribuinte tenha que manter ou também aumentar a produção do álcool etílico hidratado combustível, em relação à safra 97/98, a qual serviu de parâmetro ou piso para a concessão do crédito presumido para o álcool etílico anidro combustível. Dessa forma, se o contribuinte aumentou a venda e, consequentemente, a produção do álcool anidro combustível e também comprovou o aumento da área plantada, a meu ver, atendeu às determinações previstas na legislação para usufruir o crédito presumido.

Cabia à fiscalização demonstrar, na situação em análise, a fim de impedir o uso do benefício fiscal por parte do autuado, que: não houve o aumento da área plantada; ou o álcool anidro não foi produzido pela empresa, mas adquirido de terceiros; ou o álcool anidro foi produzido com cana-de-açúcar plantada em outro Estado; ou, ainda, o álcool anidro foi oriundo da transformação do álcool hidratado. Quanto a esta última hipótese, observo que a legislação estabeleceu uma condição que é quase impossível de comprovação por parte da fiscalização, haja vista que o processo produtivo do álcool é contínuo e pré-determinado pelo setor comercial das empresas. Não há que se falar em “desvio” da produção de álcool hidratado em álcool anidro, porque o processo produtivo é contínuo, retirando-se progressivamente a água existente no produto até chegar a um grau de pureza determinado por cada fabricante e pelo mercado consumidor.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que, no caso concreto, apesar de se constatar que houve o aumento da produção do álcool etílico anidro combustível e, simultaneamente, a diminuição da produção do álcool etílico hidratado combustível, assim como o desincremento da moagem de cana, conforme demonstrado às fls. 459/460, mesmo assim, não ficou caracterizada a perda da fruição do benefício fiscal, pois para tal conclusão necessitaria a constatação da ocorrência de que não houve o “aumento efetivo da área plantada”, conforme interpretação sistemática da Cláusula terceira, inciso VI, do Termo de Acordo e Compromisso firmado entre o contribuinte e a Secretaria da Fazenda.

Observo, por fim, que a própria Secretaria da Fazenda, por meio da Gerência de Indústria e Comércio Exterior (GEINC) e da Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação (DITRI/GECOT), reconheceu que o uso, cálculo e ajuste anual do benefício fiscal “está voltado especificamente para a produção e comercialização do álcool etílico anidro combustível, não havendo qualquer tipo de vínculo ou possíveis associações com a produção e comercialização do álcool hidratado combustível”, demonstrando, de forma inofensiva, que a produção de álcool hidratado não tem repercussão na concessão do crédito presumido estabelecido pelo Decreto nº 7.516/99.

Meu entendimento, portanto, é de que, uma vez não ocorrido o aumento da área plantada, restaria comprovado que o aumento da produção do álcool etílico anidro combustível decorreu do deslocamento da moagem de cana destinada à produção do álcool etílico hidratado combustível. Porém, comprovado o aumento da área plantada, são relevantes as razões recursais de que:

Por outro lado, comprometer-se com o aumento na moagem de cana, seria algo inaceitável, considerando que a moagem, produção industrial, depende da produção agrícola, que, por sua vez, depende de diversos fatores fora do controle e da vontade

do autuado, em especial das condições climáticas, as chuvas ou falta delas, condições do solo, dentre outras.

Portanto, estou convicto de que a premissa em que se fundamenta a acusação fiscal, ou seja, a “Falta de atendimento ao Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7516/99”, em razão do desincremento na moagem de cana, constatando-se aumento da produção do álcool etílico anidro combustível em função do deslocamento da moagem de cana destinada à produção do álcool etílico hidratado combustível, só poderia ser aceita caso não houvesse aumento efetivo da área plantada, o que configuraria uma intenção do contribuinte em burlar o estabelecido na legislação.

Assim, com base nas premissas estabelecidas no Termo de Acordo e Compromisso, entendo caber razão ao recorrente e acato os demonstrativos do cálculo do subsídio do álcool etílico anidro, por ele elaborados, apurando para o ano de 1999 a utilização de R\$178.673,16 acima do que teria direito, cuja diferença deveria ter sido debitada na escrita do ICMS no mês de janeiro de 2000, conforme inciso IV da cláusula terceira do referido Termo de Acordo e Compromisso, consoante fl. 900 dos autos.”

Após o julgamento em referência, este processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF e, posteriormente, à Repartição Fazendária do domicílio do autuado, considerando que o impugnante ingressara com pedido de apreciação dos créditos fiscais a que fazia jus, sendo que um dos Auditores Fiscais autuantes fora encarregado de realizar esse levantamento.

Observo que o Auditor Fiscal João Flávio Marques de Faria esclareceu que após proceder à análise do montante do crédito acumulado no período de 2000 a 2008, elaborou demonstrativos específicos, nos quais apontou quais os valores de movimentação do produto álcool anidro combustível e os valores do crédito do ICMS beneficiado, em conformidade com o Decreto nº. 7.561/99. Por meio do Anexo 01 (fls. 1.570 a 1.576), indicou os valores dos créditos com base mensal, sendo que de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 1.574, o contribuinte teve em seu favor créditos fiscais decorrentes do incentivo aqui tratado, que permaneceram positivos, mesmo após o lançamento pelo diligente de todo o montante do crédito fiscal que houvera sido utilizado pelo contribuinte, no importe de R\$1.450.000,00, do qual os autuantes tinham glosado a cifra de R\$818.445,11, por meio da infração 04. Estes resultados indicam que, de forma contrária àquela inicialmente apurada pelo fisco estadual, o impugnante não somente fazia jus aos créditos fiscais lançados, como ainda era possuidor de excedentes de créditos, que não fizera uso, no total de R\$264.771,44. Esta conclusão torna a infração 04 insubstancial.

Quanto aos cálculos do ajuste anual por safra, o diligente os consolidou no Anexo 02 (fls. 1.578 a 1.580). Verifico que de acordo com o demonstrativo de fl. 1.580, ocorreu uma utilização do crédito fiscal decorrente do ajuste da safra anual, que representou o ICMS no valor de R\$21.317,76. Este resultado decorreu da soma do saldo positivo da safra anterior (R\$1.046.368,32) com o ajuste da safra 2004/2005 (R\$382.313,92), de cujo total foi deduzido o montante utilizado no período (R\$1.450.000,00), redundando na diferença apurada. Desta forma, a infração 05 resta parcialmente caracterizada, no montante de R\$21.317,76.

Observo que ao se manifestar a respeito dessa última diligência, o contribuinte trouxe aos autos planilhas concernentes ao período fiscalizado, nas quais indicou resultados que se mostram divergentes daqueles apresentados nos demonstrativos elaborados pelo diligente, entretanto tais elementos não foram suficientes para elidir integralmente a imposição tributária acima analisada. Considerando que após a devida análise concluí que os resultados contidos na diligência se mostram corretos, mantendo os dados finais contidos nos demonstrativos elaborados pelo Auditor Fiscal diligente.

No que diz respeito à alegação do contribuinte que o levantamento com base anual deveria ter sido efetivado dentro do exercício fechado, isto é, de janeiro a dezembro, saliento que tendo em vista

que o período das safras da cana de açúcar se inicia em maio, encerrando-se em abril do ano seguinte, concluo que o método aplicado pelo diligente está correto.

A infração 06 se deveu à utilização de crédito fiscal presumido de ICMS nas saídas de álcool hidratado, em valor superior ao permitido pela legislação em vigor. Neste caso, o lançamento tributário está lastreado na disposição contida no art. 96, inciso XXIII, alínea "a" do RICMS/97, tendo sido elaborados os demonstrativos correspondentes, apontando os casos de utilização do citado crédito presumido em percentuais superiores ao previsto de 48,149%.

Noto que o sujeito passivo concordou com a imposição concernente a três das exigências, contestando as outras duas, sendo que aquela referente ao mês de julho de 2004, pelo fato de não terem sido incluídas três notas fiscais de saída, enquanto que na ocorrência relativa ao mês de março de 2006 por não ter sido consignada a Nota Fiscal nº. 251.393. Constatou que o autuante agiu com acerto ao acatar as ponderações da defesa, sob a arguição de que quando do levantamento inicial haviam se equivocado ao não lançar as notas fiscais apresentadas na defesa, o que anula totalmente a exigência em referência a esses dois meses.

Desta forma, a infração 06 fica mantida de forma parcial, no valor de R\$25.452,67, sendo excuídas as exigências relacionadas aos meses de julho de 2004 e março de 2006, ficando mantidos sem alterações os valores atinentes às demais ocorrências.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, ficando mantida integralmente a infração 01, parcialmente as infrações 02, 03, 05 e 06, e restando insubsistente a infração 04, conforme tabela abaixo:

INFRAÇÃO	VALOR ORIGINAL (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)
01	60.192,31	60.192,31
02	9.135,67	2.703,99
03	72.313,36	66.831,15
04	818.445,11	-
05	191.018,16	21.317,76
06	38.217,50	25.452,67
TOTAL	1.189.322,11	176.497,88

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0057/07-0**, lavrado contra **AGRO INDÚSTRIAS DO VALE DO SÃO FRANCISCO S/A - AGROVALE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$176.497,88**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alínea "f" e VII, alínea "a" do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício 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, 11 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR