

A. I. Nº - 232903.0403/10-1
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTES - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 10.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Mantida a exigência inicial. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Mantida a exigência inicial, o autuado não elide a infração imputada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE CONSUMO. PAGAMENTO A MENOS. Infração devidamente caracterizada. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração devidamente comprovada; 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO. Infrações 05 e 07, subsistentes; b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração subsistente. 6. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS E NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não elidida pelo impugnante, considerada subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/06/2010, impõe ao autuado as seguintes infrações:

Infração 01 – deixou de recolher o ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 34.326,12, multa de 50%;

Infração 02 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa. ICMS no valor de R\$ 56.432,92, multa de 70%;

Infração 03 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 10.783,53, multa de 60%;

Infração 04 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 6.379,57, multa de 60%;

Infração 05 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.961,65, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Multa de 60%;

Infração 06 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 2.424,03, multa de 60%;

Infração 07 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$ 1.420,34, Multa de 60%;

Infração 08 – deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 246,54. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 406 a 410, apresenta sua defesa, afirmando que a infração 01 é improcedente, pois a empresa em maio de 2010 solicitou da SEFAZ uma Certidão Negativa de Débito, para se por acaso tivesse algum débito em aberto, aproveitar a isenção de multas e juros da Lei nº. 11.908/2010 e obtendo tal certidão conforme cópia em anexo, conclui que a empresa estava “quites com a SEFAZ”.

Alega, em relação à infração 02, que o auditor fiscal recebeu para verificação todos os livros contábeis, tais como: Diário, Exercício 2008, Livro Razão Exercício 2008, como os devidos Balanços Patrimoniais e Demonstrativos Contábeis, sendo que constam nesses demonstrativos todas as dívidas da empresa, tais como: empréstimos bancários, Cédula de Crédito Bancário, Banco Bradesco SA, Agencia Teixeira de Freitas, Contratos de Arrendamento Mercantil – Leasing Financeiro, Bradesco Leasing, como consta em seus Demonstrativos Financeiros, (especialmente no passivo da Empresa), conforme cópias dos documentos em anexo, não omitindo receita, pois o seu Passivo aumentou a cada ano, como a maioria das empresas do nosso ramo. Estando com saldo de caixa insuficiente, tanto é, segundo ele, que deixou de cumprir seus compromissos em dia, que foram postergadas por falta de caixa, acumulando-nos maiores despesas por causa dos juros, nesta época nos recorremos a Bancos, conforme mostra os documentos em anexo, e contabilizados da data em nossos livros contábeis.

Assegura ser a infração 03 improcedente, pois a empresa tem como ramo de atividade a indústria de Materiais de Construção, tais como britamento de pedras para construção civil, e tais mercadorias foram aproveitados como insumos em seu processo de industrialização.

Argumenta que improcede a infração 04, pois todas as vendas da empresa, seja nesse estado ou em outros estados, o frete ocorre sempre por conta do destinatário, não sendo incluído no valor da mercadoria.

Considera improcedente a infração 04, pois a empresa utilizou 17% e não 15% como é devido, se assim fosse, a infração seria de 2%, que é a diferença de 15% para 17%, e não de 17% como afirma o auto.

Argui a improcedência da infração 06, pois a empresa utilizou de créditos fiscais de ICMS referente à aquisição de insumos e não de material de consumo, como reza no auto.

Entende ser improcedente a infração 07, pois toda operação de entradas de combustíveis e lubrificantes foi para uso de consumo da empresa na produção de sua atividade a fins.

Defende a improcedência da infração 07, pois todos os documentos fiscais estão lançados em nossos próprios livros fiscais, de acordo com os documentos, conforme documentos e lançamentos em anexos.

Consigna que o autuante não alertou para o art. 82 do Regulamento do ICMS/BA, no que se refere a Redução da Base de Cálculo das Operações com Minerais, em seu inciso III, “É reduzida a base de cálculo das operações com produtos minerais, nas saídas internas de pedra britada e de mão, calculando-se a redução de 33,33% (trinta e três inteiros e trinta e três centésimos por cento), aplicando à Base de Cálculo total é a alíquota de 17%, não observando a nossa redução de Base de Cálculo.

Requer a nulidade do auto de infração, considerando-se as ilegalidades apontadas, bem como as acusações e autuações efetuadas de forma equivocada, requer que seja considerada improcedente as infrações de nº. 02 a nº 08, anulando-a em seus inteiros termos.

O autuante, às fls. 832 a 834 apresenta a informação fiscal, argüindo, em relação à infração 01, trata-se de imposto lançado e não recolhido pelo próprio contribuinte, conforme demonstrado às fls.nº. 12 a 14, não cabendo ao contribuinte o seu desconhecimento, mantém na integralidade a referida infração.

Quanto à infração 02 afirma que procedeu a todos os exames necessários, nos livros e documentos apresentados, inclusive foi procedida à reconstituição do Caixa da Empresa, ajustando assim a falta de apropriação de diversos pagamentos e despesas realizadas, conforme podem ser constatados, nas fls. 16 a 95, demonstrando inclusive através dos anexos 01 a 03 às fls.nº. 50 a 95, todas as aquisições e pagamentos efetuados que serviram de base para a apuração de saldo credor de caixa, com também o próprio Razão Analítico da empresa, nas contas fornecedores. As alegações da defesa, portanto, não procede, vez que na reconstituição do referido caixa foi excluído diversos pagamentos lançados pela contabilidade, favorecendo assim ao contribuinte, uma vez que tais pagamentos já haviam sido alvos de Autuação conforme fls. 29 a 32. Além do que, afirma o autuante, a defesa não apresenta nenhum comprovante que conteste os lançamentos feitos pela fiscalização.

Em relação à infração 03, afirma que, conforme demonstrativo e documentos às fls. 96 a 202, trata-se de falta de pagamento e pagamento a menor de diferença de alíquota, nas aquisições de produtos para uso e consumo em operações fora do Estado, principalmente em relação às operações de transporte FOB. Salienta que o ICMS diferença de alíquota em relação às mercadorias transportadas a frete FOB, teve o seu imposto pago. Alude que mantém a infração, inclusive a empresa não apresenta nenhum documento que comprove que tais operações foram em relação a insumos utilizados em seu processo de industrialização.

Assegura, em relação à infração 04, que a empresa não recolheu o ICMS devido, sobre o valor do frete destacados nas operações de saída para outras unidades da federação. Inclusive tais valores são acrescidos ao valor total das notas fiscais, conforme documentos fls.nº. 203 a 335. Conclui que não procede a alegação de que o frete ocorre sempre por conta do destinatário.

No que diz respeito à infração 05, afirma que o contribuinte, efetivamente tem direito a tal crédito, conforme foi concedido pela fiscalização e demonstrado as fl.nº. 335, contudo a infração apurou que a empresa utilizou tal crédito fiscal, em valor superior ao estabelecido na legislação.

Entende que os valores lançados na sua escrita, não observaram os valores efetivamente recolhidos, tanto do imposto normal como do antecipado, realizados pela Refinaria. Alude que foi utilizado como crédito do imposto a base de 17%. Diante de tal constatação, continua o autuante, procedeu consulta formal a DITRI, conforme e-mail que anexamos a presente informação, onde esclarece que os valores do imposto a ser creditado, tanto do normal como do antecipado, teria que ser a princípio o valor cobrado pela refinaria na operação de venda para o distribuidor, e não o valor da mercadoria cobrada pelo fornecedor na referida venda.

Salienta que o valor da operação de aquisição é superior ao valor efetivo de venda na primeira operação, sendo agregados outros custos ao valor original, a exemplo: lucro do distribuidor, impostos e outras despesas.

Assegura que, conforme ainda o parecer e inciso XIX do Art. 87 do RICMS, a base de cálculo do imposto, em se tratando de óleo diesel, a redução da base de cálculo é de 40%, sendo a alíquota de 25%, passando assim a uma carga efetiva total de 15%. Complementa que, diante de tal parecer, e dos procedimentos utilizados e aplicados pela INFAZ Barreiras, na concessão de crédito fiscal nas operações com óleo diesel, destinadas a produtor rural, como também por não ter sido apresentado pelo contribuinte, o valor efetivamente recolhido na operação de venda da Refinaria para o Distribuidor, foi utilizado como valor do crédito devido, a alíquota de 15%, sobre valor da mercadoria, sendo assim, foi apurada a diferença do imposto creditado à maior.

Argumenta que a infração 06 trata-se efetivamente de material de uso e consumo, não sendo comprovado pela defesa que tais mercadorias integram o seu produto final. Assegura que trata-se de matérias para manutenção e de peças de reposição dos equipamentos, conforme fls.nº.361/372.

Considera, em relação à infração 07, apurado o crédito devido nas operações com lubrificantes, em relação ao ICMS normal, apesar do destaque ser como ICMS Substituído. Conforme

estabelecido em convênio, o remetente fará a retenção do imposto nas operações com lubrificantes, referente à diferença de alíquota, quando esse for consumidor final, portanto não há que se cobrar MVA. Procedemos conforme demonstrativo as fls., nº. 373 e 374, a exclusão dos valores em relação ao MVA, sendo concedido crédito apenas em relação ao valor do produto.

Quanto à infração 08, alinha que, conforme podem ser constatadas as fls., nº. 394 a 400 foi lançado no livro de saída, valor inferior ao destacado e devido de ICMS nas notas fiscais de venda.

VOTO

O presente Auto de Infração exige imposto ao sujeito passivo atribuindo-lhe 08 infrações, que foram todas impugnadas conforme defesa apresentada.

Não há como acolher a argüição de nulidade do autuado, na medida em que não fixa claramente as razões de tal entendimento, pois, no que se refere à infração 01, a certidão negativa de débito é concedida em conformidade com o disposto no art. 103 do RPAF/BA, não homologando lançamentos efetuados pelo sujeito passivo, in verbis:

“Art. 103. A Secretaria da Fazenda expedirá, sempre que requerida, certidão a respeito da situação fiscal de contribuinte ou responsável.

§ 1º A certidão negativa será expedida em relação ao contribuinte que estiver em situação de regularidade fiscal.

§ 2º Terá os mesmos efeitos da certidão negativa a em que constar a existência:

I - de créditos não vencidos, inclusive na hipótese de parcelamento, desde que não haja atraso no pagamento das respectivas parcelas;

II - de créditos em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetuada a penhora;

III - de crédito cuja exigibilidade esteja suspensa, ou cujo vencimento tenha sido adiado, o que deverá ser comprovado pelo interessado.”

A primeira infração atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Assim, o imposto foi lançado e não recolhido pelo próprio contribuinte, conforme documentos constantes às fls., nº. 12 a 14, não cabendo a alegação de que solicitou certidão negativa e lhe foi concedida, na medida em que a aludida certidão não homologa os lançamentos efetuados pelo sujeito passivo, conforme já alinhado, bem como não demonstra o autuado o recolhimento da aludida diferença, razões pelas quais considero subsistente a infração 01.

A segunda infração se refere omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa. O autuante procedeu à reconstituição do Caixa da Empresa, ajustando a falta de apropriação de diversos pagamentos e despesas realizadas, constantes, as fls. 16 a 95. Demonstra o autuante, através dos anexos 01 a 03 às fls. nº. 50 a 95, todas as aquisições e pagamentos efetuados que serviram de base para a apuração de saldo credor de caixa, com também o próprio Razão Analítico da empresa, nas contas fornecedoras. As alegações da defesa são genéricas, na medida e não apresenta nenhum elemento material que elida exigência imposta. A infração 02, por conseguinte, é subsistente.

A terceira infração se refere à falta de recolhimento do 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.

Em relação a tal infração, verifico constar demonstrativo e documentos às fls. 96 a 202, indicando a falta de pagamento e pagamento a menos de diferença de alíquota, nas aquisições de produtos para uso e consumo em operações fora do Estado. Assim, apesar de alegar, o impugnante não apresenta nenhum documento ou elemento elucidador que comprove que tais operações foram em relação a insumos utilizados em seu processo de industrialização, razão pela qual considero o procedente a exigência fiscal.

A quarta infração foi imputada por falta de recolhimento do ICMS em razão de o sujeito passivo ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

No presente caso ficou demonstrado, pelo autuante, que o sujeito passivo não recolheu o ICMS sobre o valor dos fretes destacados nas operações de saída para outras unidades da federação. Tais valores, inclusive, são acrescidos ao valor total das notas fiscais, conforme demonstra o autuante através dos documentos fls.nº. 203 a 335. Assim, não cabe a alegação de que o frete ocorre sempre por conta do destinatário. Infração subsistente.

A quinta infração se refere à utilização indevidamente de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Ocorre que na questão em lume, o autuante apurou que os valores lançados na escrita fiscal do sujeito passivo, não correspondem aos valores efetivamente recolhidos pelo respectivo fornecedor, tanto do imposto normal como do antecipado, realizados pela Refinaria. Aqui o autuado utilizou-se do crédito do imposto a base de 17%. Diante de tal constatação, agiu corretamente a autuante ao efetuar consulta formal a DITRI, conforme e-mail constante de sua informação fiscal, o qual esclarece que os valores do imposto a ser creditado, tanto do normal como do antecipado, teria que ser a princípio o valor cobrado pela refinaria na operação de venda para o distribuidor, e não o valor da mercadoria cobrada pelo fornecedor na referida venda.

O § 1º do art. 359 do RICMS, determina que “.... para aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses indicadas, não podendo o destaque de o imposto ter base de cálculo superior a adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal....”.

O valor da operação de aquisição é, efetivamente, superior ao valor de venda na primeira operação, sendo agregados outros custos ao valor original, a exemplo: lucro do distribuidor, impostos e outras despesas.

Conforme o aludido parecer e determinado no inciso XIX do Art. 87 do RICMS, a base de cálculo do imposto, em se tratando de óleo diesel, a redução da base de cálculo é de 40%, sendo a alíquota de 25%, passando assim a uma carga efetiva total de 15%.

Assim, conforme explica o autuante a concessão de crédito fiscal nas operações com óleo diesel, destinadas a produtor rural, como também por não ter sido apresentado pelo contribuinte, o valor efetivamente recolhido na operação de venda da Refinaria para o Distribuidor, foi utilizado como valor do crédito devido, a alíquota de 15%, sobre valor da mercadoria, sendo assim, foi apurada a diferença do imposto creditado à maior (e não exigido o total dos 17%, conforme alegado), pois não há como conceder créditos, no presente caso, cujo imposto não foi recolhido, razão pela qual considero procedente a autuação.

A sexta infração trata de proveitamento indevido de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Quanto a essa infração, mais uma vez o impugnante não comprova ou demonstra que os itens constantes da aludida exigência são mercadorias que integram o seu produto final. Trata-se de materiais para manutenção e de peças de reposição dos equipamentos, conforme demonstram as relações às fls.nº. 361 a 372, constante dos autos. Considero, portanto, procedente a infração 06.

A infração sete foi por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. No presente caso, conforme estabelecido em convênio, o substituto tributário deve fazer a retenção do imposto nas operações com lubrificantes, referente à diferença de alíquota, quando esse for consumidor final, portanto não há que se fazer tal recolhimento adicionando-se o MVA. O autuante, acertadamente, apresentou demonstrativo, às fls. 373 e 374, com a exclusão dos valores em relação ao MVA. Assim, considero procedente a infração 07.

A infração oito foi imputada por ter o autuante apurado divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Conforme consta, às fls. 394 a 400, foi lançado no livro de saída, valor inferior ao destacado e devido de ICMS nas notas fiscais de venda. O autuado não consegue justificar ou demonstrar o recolhimento de tal diferença, razão pela qual considero a aludida infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232903.0403/10-1**, lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$118.974,70**, acrescido da multa de 50% sobre R\$ 34.326,12, multa de 60% sobre R\$28.215,66 e multa de 70% sobre R\$ 56.432,92, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA