

PROCESSO - A. I. Nº 380214.0012/07-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VIACÃO ÁGUA BRANCA S/A.
RECORRIDOS - VIAÇÃO ÁGUA BRANCA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0303-05/09
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 13/02/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0003-12/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Constatado erro na escrituração no livro RAICMS, porém, não configurado falta de recolhimento do imposto. Modificada a Decisão recorrida. Infração elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Após a realização de diligências, foi reduzido o valor originariamente exigido. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso de Ofício e Voluntário referentes ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2007, que exige ICMS no valor histórico de R\$ 87.868,06, em razão das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. (Valor histórico: R\$ 35.369,99; percentual da multa aplicada: 60%).
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 52.498,07; percentual da multa aplicada: 60%).

A infração 1, após julgamento de 1º grau, foi mantida na sua inteireza pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal. Já a infração 2 foi julgada Procedente em Parte, ficando reduzido o seu valor principal histórico para R\$12.650,14. Portanto, a referida infração foi alvo do Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, atendendo preceito legal.

Inconformado com tal Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, insurgindo-se contra as duas infrações, ou seja, contra o valor da infração 1 e contra o valor remanescente da infração 2.

De acordo com o apurado no PAF, verifica-se que após a autuação o sujeito passivo interpôs defesa exordial, nos termos postos às fls. 120 a 131. Concluiu, propugnando pela Improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 306 a 309.

Com base nas informações prestadas, opinou pela manutenção da presente ação fiscal.

Foi solicitado pela JJF que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante especificasse o tipo de produto, individualmente, nas planilhas de fls. 26 a 81, e estornasse os produtos que a empresa tem direito ao crédito fiscal, em relação à infração 2 e ao final, elaborasse novos demonstrativos, inclusive o de débito, fornecendo cópias ao contribuinte e reabrindo-se o prazo de defesa de 30 dias, para nova manifestação (fls. 312).

Em resposta à diligência efetuada, o sujeito passivo manifesta-se à fl. 423, com várias explanações e pede a revisão do trabalho e consideração dos novos números apresentados

Em face das considerações do contribuinte, a JJF diligenciou outra vez o PAF à inspetoria de origem, para que o autuante se manifestasse e elaborasse novos demonstrativos, inclusive o de débito fls. 1168 a 1169.

Em nova diligência fiscal, fl. 1.170, o auditor fiscal autuante retifica a imputação fiscal 2, que passou a totalizar R\$ 14.084,45.

Cientificado da retificação, o contribuinte manifesta-se, fls. 1309 a 1310 e assevera que o ICMS diferencial de alíquota com saldo final de R\$ 14.084,45 ainda não representa o valor correto da diligência efetuada. Aduz que os argumentos e documentos que anexa comprovam a necessidade de nova revisão, pois assevera existirem falhas na diligência realizada.

A 5ª JJF diante das alegações da defesa deliberou que os autos fossem, mais uma vez, diligenciados ao autuante, de modo a analisar o teor das alegações defendentes e, caso fosse necessário, se elaborasse novos demonstrativos.

Em resposta ao solicitado, o auditor autuante examinou todas as notas fiscais juntadas pelo autuado, ora recorrente, à luz do art. 69, parágrafo único inciso I, “a”, “b”, tendo elaborado novas planilhas, e ajustado o valor da infração para R\$ 12.650,14. Quanto ao valor de R\$303,68, inserido pelo sujeito passivo em sua planilha, coluna denominada de “título cobrado”, fls. 1314 a 1317, foram inclusos mês a mês, no demonstrativo.

O sujeito passivo ao ser cientificado do teor da diligência, ingressou com pedido de revisão fiscal, anexando cópias de diversas notas fiscais de microempresa, *“que não possuem destaque do imposto, requerendo que sejam consideradas no cálculo da diferença a ser paga, o cotejo entre a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais(...)”. Reconhece o valor devido de R\$4.505,95, e requer o ajuste no valor de R\$8.124,60. Pede a revisão dos trabalhos e a consideração dos números apresentados, de forma que os valores, a título de diferencial de alíquota sejam corrigidos”*.

Após a devida análise de todas as peças acostadas aos autos, a 5ª JJF proferiu a seguinte Decisão, abaixo transcrita:

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

O autuado argui a nulidade da ação fiscal, com relação à infração 2, sob a justificativa de que o autuante descumprira o quanto disposto no artigo 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, no momento em que questiona quais notas fiscais servem de embasamento para o montante de R\$ 1.926,54, considerado como “diferencial de alíquotas a recolher”, no mês de janeiro de 2006, e nos demais meses autuados, por não estarem discriminados nos demonstrativos o tipo de produto, individualmente, nas planilhas de fls. 26 a 81. Ocorre que esta falta de informação foi saneada, e o sujeito passivo recebeu cópia dos novos levantamentos, com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, para que a empresa apresentasse nova defesa fiscal, salvaguardando assim os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

“§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

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

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

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

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

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

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

Infração mantida.

Na infração 2, está sendo exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

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

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

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

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

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

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

A empresa em resposta à diligência efetuada, manifesta-se à fl. 423, e diz que o valor apontado a título de diferencial de alíquotas, com saldo final de R\$ 21.251,61, ainda não representa o valor correto, e que há necessidade de nova diligência, pois foi apurado suposto diferencial de alíquota com base na fatura de

prestação de serviço de telecomunicações, com endereço no Rio de Janeiro, (doc. comercial) e não utilizando as notas fiscais de prestações de serviços da Embratel (doc fiscal), com endereço da Bahia, logo não há que se falar em diferença de alíquotas. Ajuste de R\$ 3.058,66. Conforme demonstrativo Anexo 2, afirma que não foi considerado a exclusão da base de cálculo do ICMS das notas fiscais referente à transferência de pneus, ajuste de R\$ 1.467,66. Pede também que sejam retiradas as notas fiscais referente à devolução de material enviado para reparo (retorno de conserto), com ajuste de R\$ 1.092,02.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Nota Fiscal n° 2699, fl. 1532, emitida em 08/06/06.*
- Nota Fiscal n° 1634, fl. 1578, emitida em 15/08/2006.*
- Nota Fiscal n° 9854, fl. 1616, emitida em 29/09/2006.*
- Nota Fiscal n° 245, fl. 1623, emitida em 11/10/2006.*

– Nota Fiscal nº 18522, fl. 1636, emitida em 30/10/2006.

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

O demonstrativo de débito passa a ter a seguinte configuração:

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

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

Isto posto, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

Cientificado da Decisão de 1º grau, o sujeito passivo, inconformado com a mesma, interpôs Recurso Voluntário visando elidir as duas infrações julgadas.

No que tange à **infração 1**, o sujeito passivo alegou na sua peça recursal que inexistiu ICMS recolhido a menos, já que, no seu entendimento, houve equívocos fáticos no livro de Registro de Apuração, nos termos abaixo consignados no Recurso Voluntário. Segundo o recorrente, “Apesar das informações contidas na manifestação fazendária, o recorrente ressalta a inexistência de utilização em duplicidade do benefício concedido pelo FAZCULTURA, sendo que o suposto crédito tributário exigido é oriundo de mero equívoco em seu registro contábil. Conforme se observa da autuação combatida, a insuficiência no recolhimento do imposto decorre de divergência entre os montantes escriturados no Livro Registro de Apuração e o ICMS recolhido”.

De acordo com o recorrente, a diferença entre o valor escriturado e o montante recolhido deveu-se a um equívoco no preenchimento das informações e relativas aos abatimentos do FazCultura e não representa insuficiência no pagamento do ICMS devido pelo recorrente, ou seja, “o recorrente manifestou interesse em patrocinar o Projeto Cultural João de Barro, aprovado pela Comissão Gerenciadora do Fazcultura, por meio do processo 0241-006/05, a fim de, entre outros motivos, gozar dos benefícios fiscais concedidos pela Lei 7.015/96 (o que permitiria abatimento de 5% do seu ICMS, num total de R\$ 74.522,87)”. Alegou, também que, “Após ter preenchido todos os requisitos para fruição dos benefícios concedidos pelo referido programa, o recorrente recebeu da Comissão Gerenciadora os títulos de incentivo nºs 6900, 6945 e 6996, em que restou autorizado o aproveitamento dos seguintes créditos:

<i>TÍTULO</i>	<i>D. DA CONCESSÃO</i>	<i>VLR DO CRÉDITO</i>	<i>VÁLIDO A PARTIR DE</i>	<i>DOCT.</i>
6900	26/12/2005	R\$37.261,44	JANEIRO DE 2006	3
6945	30/01/2006	R\$18.630,72	FEVEREIRO DE 2006	4
6996	22/02/2006	R\$18.630,71	MARÇO DE 2006	5
TOTAL		R\$74.522,87		

Com base nos regramentos da Portaria nº 288/02 do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, o recorrente registrou em seu livro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006, no campo “014 — Deduções” a informação “FazCultura” e abateu do ICMS a pagar, respectivamente, os seguintes valores: R\$4.947,03, R\$16.024,37 e R\$15.059,63.

Com base nos regramentos da Portaria nº 288/02 do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, o recorrente registrou em seu livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, fevereiro

e março de 2006, no campo “014 — Deduções” a informação “FazCultura” e abateu do ICMS a pagar, respectivamente, os seguintes valores: R\$ 4.947,03, R\$ 16.024,37 e R\$15.059,63.

Todavia, segundo o recorrente, houve um lapso no preenchimento do livro Registro de Apuração. Por conseguinte, os créditos do Faz Cultura foram subtraídos das deduções regulares do recorrente. Esse equívoco material no cumprimento de uma obrigação acessória acarretou a diminuição do valor das “reduções”, aumentando assim, equivocadamente, o ICMS a pagar lançado no livro. Ainda de acordo com o teor do Recurso Voluntário, *“esse erro refere-se exclusivamente ao preenchimento do Livro de Apuração, e não sobre a apuração do imposto ou sobre o montante devido ao erário, que, frise-se, foi corretamente recolhido”*.

Para melhor elucidar os equívocos alegados, demonstrando que os valores apontados como “deduções” estão corretos, o recorrente procedeu, sucintamente, sobre a apuração desses créditos. Segundo o recorrente, o mesmo *“é optante do regime de apuração do ICMS estabelecido pelo artigo 505-A, inciso V, do Decreto 6.284/1997, que permite a aplicação do percentual de 5% sobre a receita de transporte de passageiros. Além disso, sobre as receitas de encomenda, a Recorrente apura o ICMS utilizando-se do crédito presumido de 20%, nos termos do artigo 96, inciso XI, alínea “b”, e, ainda, nos moldes do artigo 50, inciso II, do mesmo decreto, aplica alíquota de 12% sobre as transferências para outros Estados”*.

Isto posto, concluiu sua defesa em relação à improcedência da infração 1, alegando que a cobrança resultou de erro de fato inquestionavelmente escusável e que não implicou falta de pagamento do ICMS, pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância administrativa, com o consequente cancelamento da imputação fiscal e da cobrança perpetrada.

No que se refere à **infração 2**, arguiu que a decisão prolatada pela 5ª JF também merece reforma. De acordo com o recorrente, o julgador originário se baseou em análise “*prima facie*” da documentação, para concluir que as notas fiscais apontadas pelo recorrente não faziam parte da autuação combatida. *“Ocorre, porém, que as mesmas estão elencadas no “demonstrativo de apuração da diferença de alíquotas” constante da autuação. Assim sendo, não há dúvidas acerca da necessidade da redução do imposto exigido, pela exclusão do diferencial de alíquota do ICMS não destacado das notas fiscais abaixo, por expressa previsão da legislação do Estado de origem dos bens adquiridos pela Recorrente”*.

Para melhor elucidar sua tese recursal, o recorrente elaborou um demonstrativo relativo aos valores devidos do mês de abril de 2006:

NF	UF	Alíquota UF de Alíquota da origem autuação		Diferencial exigido	Alíquota correta	Diferencial correto
01474	ES	12%	17%	ES 27,03	5%	RS 7,95
08068	ES	12%	17%	RS 35,20	5%	R\$ 10,35
16677	RJ	7%	17%	R\$ 76,50	10%	R\$ 45,00
01121	ES	12%	17%	R\$ 36,55	5%	R\$ 10,75
01600	ES	12%	17%	R\$ 143,42	5%	RS 42,18
02523	SP	7%	17%	R\$ 244,80	10%	R\$ 144,00
00955	ES	12%	17%	R\$ 28,05	5%	RS 8,25
02369	ES	12%	17%	R\$ 55,25	5%	R\$ 16,25
10629	ES	12%	17%	R\$71,91	5%	R\$ 21,15
10657	ES	12%	17%	R\$ 21,30	5%	R\$ 6,27
00509	ES	12%	17%	R\$ 31,96	5%	ES 9,40
00095	ES	12%	17%	R\$ 26,93	5%	R\$ 7,92
01540	ES	12%	17%	R\$ 12,61	5%	R\$ 3,71
02546	ES	12%	17%	R\$ 3,83	5%	R\$1,13

Assim sendo, com base na farta documentação acostada, o recorrente asseverou que não restam dúvidas de que a infração 2 foi indevidamente majorada pelo autuante, devendo ser reduzida para R\$ 8.124,60, conforme cálculos elaborados no ofício nº ACT/001-06/2009.

Por fim, concluiu sua peça recursal, pedindo Provimento ao Recurso Voluntário interposto, para fins de reformar a Decisão *a quo*, declarando-se nulo o Auto de Infração e imposição de multa nº 380214.0012/07-2, *“como medida de atendimento à lei e à justiça”*.

Encaminhados os autos para o parecer opinativo da nobre PGE/PROFIS, a ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, exarou o seguinte posicionamento jurídico acerca do Recurso Voluntário interposto:

Segundo a procuradora, as alegações do recorrente já foram apreciadas pela JJF, tendo a peça recursal repisado as alegações da defesa inicial. A diligência realizada constatou a duplicidade na utilização dos certificados de crédito relativos ao incentivo à cultura. No que se refere às notas fiscais emitidas por contribuintes do SIMPLES NACIONAL, a JJF afirmou em sua decisão que tais notas não fazem parte da autuação em tela, tendo o recorrente, ao ver da PGE/PROFIS, se limitado a afirmar que as mesmas estão incluídas no levantamento fiscal, sem, todavia, apontar objetivamente. Concluiu, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Em seguida, os autos foram encaminhados para julgamento à 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Na assentada de julgamento, a referida CJF, na busca da verdade material e da justiça fiscal, deliberou por diligenciar o presente PAF para ASTEC/CONSEF, de modo que, no que se refere à **infração 1**, fosse verificado, com base nos livros e documentos fiscais acostados aos autos, se, de fato, ocorreu recolhimento a menos do ICMS nos valores e forma determinados na autuação, ou se houve apenas simples erro formal de escrituração, sem implicação no recolhimento do imposto devido; no que tange à **infração 2**, fosse averiguado se procedia a alegação do recorrente no sentido de ser reduzido o valor imputado para R\$ 8.124,60, na forma indicada às fls. 1480 a 1484. Pede-se que seja elaborado demonstrativo, se necessário.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 0092/2011, da lavra do Auditor Diligente Edgar Ferreira P. Pereira, no que tange à **infração 1**, foram conferidos os cálculos do ICMS cobrado, as deduções e os créditos presumidos, restando constatado que, de fato, ocorreu simples erro de escrituração, sem que tenha havido falta de recolhimento do tributo devido, conforme demonstrado às fls. 1.707 a 1.710, o que permite assegurar que houve apenas erro do contribuinte no preenchimento do Livro de Registro de Apuração do ICMS, pois, ao invés de acrescer os créditos oriundos do FazCultura, abateu do valor obtido como “*dedução*”, gerando um suposto ICMS a recolher.

Quanto à **infração 2**, a diligência checkou os cálculos na forma apontada pelo recorrente, constatando que a diferença de alíquota calculada pelo autuante estava equivocada, pois ele considerou, para efeito do cálculo do ICMS, a alíquota “cheia”, ou seja, 17%, sem deduzir, a título de crédito, o valor do imposto não destacado nos documentos fiscais, conforme está previsto na legislação do estado de origem, por se tratar de notas fiscais relativas a empresas optantes do Simples Nacional e Simbahia. Por conta disto, o Auditor Diligente elaborou novo demonstrativo com as devidas correções. Isto resultou no valor devido de **R\$4.570,85**, correspondente as datas de ocorrência de 30/04/2006 a 31/12/2006.

O referido Parecer Técnico da ASTEC/CONSEF foi encaminhado à PGE/PROFIS para novo Parecer opinativo. Com base no referido parecer da ASTEC, a ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, concordou com os novos demonstrativos elaborados, ou seja, a planilha acostada a fl. 1.726 e o analítico acostado às fls. 1.728/1.763. Por conseguinte, concluiu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário “*para que seja considerada improcedente a infração 1 e reduzido o montante devido na infração 2, tudo conforme parecer técnico da ASTEC*”.

O referido parecer da PGE/PROFIS está acompanhado de Despacho da lavra da preclara procuradora assistente, Dra. Paula Gonçalves M. Matos, nos termos constantes à fl. 1.774 dos autos, corroborando a posição da procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

VOTO

Da análise do **Recurso de Ofício** interposto pela 5ª JJF entendo que, no que se refere à **infração 2**, a desoneração foi correta, haja vista a procedência na referida redução, já que, de fato, o valor do lançamento de ofício estava equivocado, como se constata através das 03 (três) diligências saneadoras realizadas pelo próprio autuante.

As considerações tecidas, mais abaixo, quando analiso o Recurso Voluntário atinente as duas infrações do Auto de Infração, em epígrafe, justificam o meu entendimento acerca da pertinência da Decisão em desonerar a infração 2. Por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto em relação ao valor que foi desonerado da infração 2.

No que tange ao Recurso Voluntário, entendo que o mesmo deve ser PROVIDO. No que tange à infração 1, mantida pela 1ª Instância, entendo que a mesma é insubsistente como pleiteia a peça recursal. Já no que se refere à infração 2, o valor remanescente julgado pela 5ª JJF, está equivocado e deve ser mitigado para o valor apurado na diligência feita pela ASTEC/CONSEF, por designação desta egrégia 2ª CJF.

Para melhor embasar este meu posicionamento, passo a tecer as seguintes considerações, à luz dos fatos e da legislação aplicável.

Em relação à infração 1, o recorrente arguiu que inexistia ICMS recolhido a menos, já que, no seu entendimento, houve equívocos fáticos no livro de Registro de Apuração. Portanto, a cobrança resultou de erro de fato inquestionavelmente, escusável e pugnou pelo consequente cancelamento da imputação fiscal e da cobrança perpetrada.

Com base na minuciosa diligência que resultou no PARECER ASTEC Nº 0092/2011, da lavra do Auditor Diligente Edgar Ferreira Pessoa Pereira, pude verificar que foram conferidos os cálculos do ICMS cobrado, as deduções e os créditos presumidos, comprovando que, de fato, ocorreu simples erro de escrituração, sem que tenha havido falta de recolhimento do tributo devido, conforme cabalmente demonstrado às fls. 1.707 a 1.710, o que permite asseverar que houve apenas erro do contribuinte no preenchimento do livro de Registro de Apuração do ICMS, pois, ao invés de acrescentar os créditos oriundos do FAZCULTURA, abateu do valor obtido como “dedução”, gerando um suposto ICMS a recolher. Assim sendo, o lançamento de ofício relativo a esta imputação fiscal foi indevido. Portanto, fica justificado o meu entendimento em favor da insubsistência da referida infração.

No que se refere à **infração 2**, é recorrente assinalar que a 1ª Instância desonerou o valor histórico original, todavia o recorrente alegou que tal valor ainda estava além do devido, já que o “*julgador originário*” se baseou em análise “*prima facie*” da documentação, concluindo que as notas fiscais apontadas pelo recorrente não faziam parte da autuação combatida, “*porém, que as mesmas estão elencadas no ‘demonstrativo de apuração da diferença de alíquotas’ constante da autuação*”. No seu entendimento o valor devido seria de R\$8.124,60, conforme cálculos elaborados no ofício ACT/001-06/2009, acostado aos autos, referente ao período de abril a dezembro de 2006.

A pedido desta 2ª CJF, foi realizada uma diligência pela ASTEC/CONSEF, na qual se constatou, conforme Parecer Técnico às fls. 1.724/1.726, que, de fato, o autuante, nas diligências realizadas para 5ª JJF, considerou a alíquota cheia, ou seja, 17%, sem, no entanto, deduzir a título de crédito, o ICMS não destacado nas aludidas notas fiscais por expressa previsão na legislação do estado de origem, já que se tratam de documentos fiscais emitidos por empresas optantes do Simples e do Simbahia, como alegou o recorrente em sua impugnação.

Para tanto, pude verificar os cálculos constantes no novo demonstrativo elaborado acertadamente pelo auditor diligente da ASTEC/CONSEF, conforme documentos acostados às fls. 1.727/1.763. Assim sendo, considerando as diferenças entre o ICMS apurado e aquele que foi recolhido pelo sujeito passivo, relativo ao período de abril a dezembro de 2006, o valor histórico devido passa a ser de **R\$4.570,85**. Por conseguinte, alinhando-me com o PARECER ASTEC Nº 0092/2011, fica justificado o entendimento da incorreção do valor julgado em 1ª Instância em relação a esta infração, conforme demonstrativo abaixo:

DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS – CÓD REC 0791			
MÊS	ICMS APURADO	ICMS RECOLHIDO	DIFERENÇA
Abr/06	9.449,25	8.430,30	1.018,95
Mai/06	11.564,50	11.457,08	107,42
Jun/06	15.360,13	14.264,40	1.095,73
Jul/06	12.887,06	12.218,36	668,70

Ago/06	13.991,77	13.681,74	310,03
Set/06	13.137,02	12.744,58	392,44
Out/06	14.496,56	14.191,06	305,50
Nov/06	15.866,35	15.673,20	193,15
Dez/06	20.682,85	20.203,92	478,93
TOTAL	127.435,49	122.864,64	4.570,85

Enfim, por tudo quanto exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Ofício e pelo **PROVIMENTO** do Recurso Voluntário interposto para o pagamento do valor remanescente de R\$4.570,85, ao tempo em que não acolhi o pleito de nulidade do Auto de Infração do recorrente, até mesmo porque existe uma incongruência lógica e técnica neste pleito, já que o próprio recorrente reconhece que o valor devido neste período seria de R\$8.124,60.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0012/07-2**, lavrado contra **VIACÃO ÁGUA BRANCA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.570,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS