

A.I. N° - 299334.0302/12-5
AUTUADO - LINDE GASES LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIO ANTONIO BARRETO MARTINELLI
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 25. 06. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-01/13

EMENTA: **ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DE 7% EM VEZ DE 12% NAS OPERAÇÕES PARA CONTRIBUINTE DO SIMPLES NACIONAL. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA ATIVO IMOBILIZADO. GLOSA DO CRÉDITO. A Lei Complementar nº 102/2000 admite a apropriação de crédito fiscal relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, à razão de 1/48. Os automóveis são cedidos aos executivos do autuado na forma de benefício, vedada a utilização de crédito fiscal prevista no art. 97, IV, “c”, RICMS/BA/97. Não acostadas aos autos notas fiscais para aproveitamento do crédito fiscal da empresa incorporada ou importação feita pelo estabelecimento do autuado em São Paulo. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA ALÍQUOTA. a) AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO. a) DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 4. LIVRO FISCAL. LIVRO DE ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONFORME A LEGISLAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa. Infração não impugnada. 5. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/09/12, apurou os seguintes fatos:

1. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta ainda que se trata de infração referente à venda para empresas do SIMPLES NACIONAL sem a comprovação do desconto, art. 51, §1º, II, RICMS/BA. Valor do imposto R\$ 188.219,70, com multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta ainda que o contribuinte utilizou crédito de ICMS de automóveis utilizados pela administração da empresa. Utilizou crédito de ICMS de nota fiscal endereçada a outro contribuinte (CNPJ diferente). Utilizou crédito fiscal de ICMS de nota fiscal não apresentada à fiscalização. Entregue ao contribuinte o Anexo II - Crédito Indevido CIAP. Parte integrante desse auto de infração. Valor R\$ 47.693,72 e multa de 60%.

3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo permanente. sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.350,00, com multa de 60%. Entregue ao contribuinte o Anexo III – Diferença de alíquota ativo imobilizado.
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo permanente. sendo lançado imposto no valor de R\$ 591,55, com multa de 60%. Entregue ao contribuinte o Anexo IV – Diferença de alíquota Uso e Consumo.
5. Deixou de escriturar livros fiscais. Consta que o contribuinte deixou de escriturar no livro Registro de Entrada de 2008, os meses de maio e junho. Multa no valor de R\$ 460,00.
6. Deixou de recolher ICMS DIFERIDO nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Consta que foi entregue ao contribuinte o Anexo V – Falta de recolhimento aquisição de Alimentação. Base de Cálculo reduzida a 70% conforme legislação do ICMS. Valor R\$ 1.986,66 e multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa, fls. 185/194, alegando a tempestividade das alegações; reconheceu as infrações 01 e de 03 a 06, impugnando apenas a infração 02. Em linhas gerais afirma que (i) que os veículos são usados na sua atividade-fim, sendo, portanto, legítimo o crédito; (ii) a nota fiscal considerada pela fiscalização amparou a importação do bem por outro estabelecimento da Impugnante, mas houve a emissão da competente nota fiscal para acobertar a transferência entre os estabelecimentos; e (iii) parte do crédito aproveitado é de bem pertencente a estabelecimento incorporado pela Impugnante.

Argui que os veículos adquiridos não são utilizados em atividade alheia do seu estabelecimento, tendo sido efetivamente destinados à sua atividade-fim e legítimo é o aproveitamento do crédito.

Aduz que adquiriu os automóveis destinados ao seu ativo fixo para utilização nas suas atividades primordiais (art. 179, da Lei 6.404/76 - Lei das S.A) e cuja classificação fiscal respeitou Norma e Pronunciamento de Contabilidade nº 7 (NPC nº 7) do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (“IBRACON”). Explica ainda a imobilização dos ativos, tendo em vista que os bens que foram adquiridos têm vida útil superior a 12 meses e, por finalidade, a manutenção de atividades regulares previstas em seu objeto social.

Insiste que os veículos são essenciais na comercialização dos gases produzidos e por tal motivo tomou os créditos de ICMS referentes a esses bens, sublinhando que respeitou o disposto nos artigos 19 e 20 da LC 87/96, inclusive no que se refere à exceção da parte final do §1º, que veda o direito ao crédito quando as entradas se “*refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento*”.

Argumenta que a classificação contábil dos bens foi realizada por um contador habilitado, sem contestação pela auditoria independente, criando-se a presunção de que os bens são, de fato, utilizados nas suas atividades. Transcreve jurisprudência do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça, além de trecho de parecer do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, em ação anulatória sobre o tema manejada pelo próprio autuado, em que se concluiu pelo direito ao crédito.

Argui acerca da política corporativa para uso dos veículos (DOC 5), aprovada pela controladora e aplicável a todas as suas filiais, através da qual os veículos adquiridos são disponibilizados a alguns de seus funcionários diretamente ligados à comercialização dos seus produtos. De acordo com a prática (ISO-RRH-PRO-016), os veículos utilizados como ferramenta de trabalho são cedidos para uso em benefício da companhia, respeitando as regras estabelecidas; para uso do automóvel como ferramenta de trabalho, os funcionários assinam “Termo de Responsabilidade”.

Nesse sentido, conclui que os automóveis integrantes do ativo permanente são utilizados

exclusivamente nas atividades operacionais da empresa e ligados diretamente à consecução de seu objeto social, de sorte que deverá ser afastada a presunção do §2º do art. 20 da LC 87/96, reconhecido o direito ao crédito passível de compensação com débitos futuros de ICMS, ainda que à razão de 1/48 avos por mês, como vinha sendo feito.

Quanto à nota fiscal com CNPJ diverso, esclarece que parte do crédito glosado advém de nota fiscal, cujo destinatário era o estabelecimento da AGANOR GASES E EQUIPAMENTOS LTDA., CNPJ N. 10.869.998/0014-33, que veio a ser incorporado. Em consequência, afirma, os créditos de bens do ativo da AGANOR, que foram incorporados e transferidos passaram a ser aproveitados, o que atende aos ditames legais, com parcelas de 1/48 ainda não aproveitadas à época da incorporação. Transcreve trecho do Parecer nº 00759/2009, de 14.01.2009, da Diretoria de Tributação ("DITRI"):

Com relação a afirmação fiscal da falta de apresentação de nota fiscal que legitimaria parte do crédito apropriado, no valor de R\$213.314,69, argumenta, o autuado, que a importação através da nota fiscal nº 19.877, de 11/2004, foi realizada por meio do seu estabelecimento, no Estado de São Paulo. Diz que posteriormente, houve a transferência desse bem do estabelecimento de São Paulo para o estabelecimento da Bahia, ocasião em que foi emitida a competente nota fiscal de transferência e registrada a entrada do bem no ativo (DOC 6).

Requer que o auto de infração seja julgado insubsistente, que as intimações sejam feitas no endereço indicado nessa impugnação, realização de diligência em seus livros e documentos fiscais, caso ainda remanesça alguma dúvida quanto às afirmações aduzidas.

O Auditor Fiscal autuante presta Informação Fiscal, fl. 277/278, aduzindo que na impugnação à infração 02, o contribuinte a divide em três partes.

Em relação ao item A (fls. 187/192), argui que o contribuinte deve observar o que preceitua o RICMS/BA (art. 97, §2º, II). Diz que pelos documentos apensados à defesa pelo próprio contribuinte vê-se que os automóveis, alvo da infração, dois Corollas e uma Zafira (fl. 135) são utilizados pela alta gerência (pag. 269). O próprio documento, política de Automóveis (fl. 262 a 275) separa os carros que servem como ferramentas de trabalho, ao exemplo do modelo Fit da Honda, e os que são tidos como benefícios, utilizados por todos aqueles na posição de nível igual ou superior a 18+ (gerência e alta gerência). Diz que a política faz parte do que se chama em inglês "compensation" e está dentro do pacote de remuneração da alta gestão (fringe benefits) ou salários indiretos.

Em relação ao item B (fls. 192 / 193), diz que o contribuinte cita a incorporação da AGANOR GASES (CNPJ 10.869.998/0014-33) por LINDE GASES, como justificativa para aproveitamento dos créditos do ICMS referente aos ativos imobilizados da empresa. Argui, no entanto, que o contribuinte não apresentou nenhuma documentação desse evento societário, livros fiscais, notas fiscais dos ativos imobilizados, planilha CIAP da AGANOR demonstrando os créditos que já haviam sido utilizados e os créditos restantes a serem aproveitados pela incorporadora, os ativos imobilizados que foram incorporados e os que não foram, além da relação total de ativos, etc.

Em relação ao item C (fl. 194), o contribuinte não apresentou nenhuma documentação suporte que se alinhe às suas argumentações. Cita, inclusive, um documento, DOC 6, que não foi apensado ao processo. Mantém a infração 02 e pede a procedência do auto de infração.

Constam as fls. 281/283, documentos extraídos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão de Administração Tributária), comprovando o pagamento do débito reconhecido.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de 6 itens. O autuado reconheceu os débitos dos itens 1º, 3º, 4º, 5º e 6º. Em discussão, portanto, apenas o lançamento de ofício do item 2º.

Preliminarmente, requer que as intimações sejam enviadas para o endereço indicado no rodapé da primeira página desta impugnação, realização de diligência em seus livros e documentos fiscais, caso ainda remanesçam dúvidas quanto à infração.

Não existe óbice em encaminhar as intimações para o endereço do advogado do contribuinte cadastrado nos autos. O não atendimento, contudo, à solicitação não implica nulidade do Auto de Infração. A forma de intimação ou ciência da tramitação processual ao sujeito passivo tem previsão no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127. Indefiro o pedido de realização de diligência, tendo em vista a sua desnecessidade, na situação presente, nos termos dos art. 147, I, “a”, do RPAF/BA.

No mérito, a infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, relacionada à aquisição de automóveis usados pela administração da empresa; ainda porque utilizou crédito de ICMS de nota fiscal endereçada a contribuinte diverso e ainda mais porque utilizou crédito fiscal de nota fiscal não apresentada à fiscalização, no valor global de R\$ 47.693,72.

Os argumentos defensivos, em linhas gerais, são no sentido que os veículos foram destinados ao seu ativo fixo para utilização nas atividades primordiais do estabelecimento (art. 179, da Lei 6.404/76 - Lei das S.A), sendo legítimo o correspondente crédito fiscal, conforme disposto nos artigos 19 e 20 da LC 87/96 (I). Alega ainda que emitiu a nota fiscal que acobertou a transferência do bem importado por outro estabelecimento do autuado (II) e que parte do crédito aproveitado é de bem pertencente a estabelecimento incorporado pela Impugnante (III).

Com relação aos créditos fiscais originados dos automóveis adquiridos pelo contribuinte autuado não é suficiente para sustentar as razões da defesa, a correção da classificação fiscal manejada pelo autuado, em respeito às normas do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (“IBRACON”) ou a imobilização dos ativos, em face à aquisição de bens com vida útil superior a 12 meses para manutenção das atividades previstas em seu objeto social, conforme assinalou o contribuinte.

Na realidade, a Lei Complementar 102/00, que procedeu às alterações na LC 87/96 (art. 20, § 5º, incisos I a VII), estabeleceu, a partir de 01.08.00, procedimentos específicos para fins de créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo imobilizado.

Nessa esteira, restou determinado que o crédito apropriado em função da aquisição de mercadoria destinada ao ativo permanente do estabelecimento deverá ser apropriado à razão de 1/48 - um quarenta e oito avos. Tal procedimento no Estado da Bahia está regulamentado no Decreto 6.284/97 (art. 93, § 17º, incisos I a VII) com vigência a partir de 01.01.2001, porque em obediência ao princípio da anterioridade.

Pois bem, examinando os autos do processo, verifico que o ponto central desse imbróglio é a divergência na apropriação do valor do crédito que pode ser usado relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado. O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo que instrui a exigência às fls. 135/139, além de acostar cópia das notas fiscais com crédito para o CIAP.

Ademais, conforme assinalou o Auditor Fiscal, incabível a argüição defensiva da essencialidade dos veículos na comercialização de gases produzidos, tendo em vista a vedação para utilização de crédito fiscal prevista no art. 97, IV, “c”, RICMS/BA/97, quando a operação de aquisição se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Ressalto que o § 2º do mesmo dispositivo considera alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações, os veículos de transporte pessoal, assim entendidos os automóveis ou utilitários de uso individual dos administradores da empresa ou de terceiros.

Os automóveis em questão são cedidos aos seus executivos na forma de benefício, conforme a Política de Automóveis da empresa, cuja cópia encontra-se acostada aos autos, fls. 262/272.

Destaca-se ainda a glosa do crédito fiscal de documento fiscal destinado ao estabelecimento AGANOR GASES E EQUIPAMENTOS LTDA., CNPJ N. 10.869.998/0014-33, incorporado pelo autuado. O autuado diz que é legal o aproveitamento de crédito em parcelas de 1/48, ainda não aproveitadas à época da incorporação. Transcreve em seu favor o Parecer GECOT/DITRI nº 00759/2009.

É regra que o direito ao crédito fiscal seja acompanhado de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado e emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco. No caso em tela, estabelece o próprio Parecer GECOT/DITRI nº 00759/2009, para que haja o aproveitamento do crédito por parte da empresa incorporadora faz-se necessário a emissão de uma Nota Fiscal em cujo corpo deverá constar a descrição da operação que originou o correspondente crédito fiscal, além do número do registro na JUCEB. Indicado no Parecer que o documento deverá ser ainda homologado pela INFAZ do domicílio fiscal do beneficiário, isto como prova da legitimidade da operação. Disso não cuidou o autuado.

A importação, através da nota fiscal nº 19.877, de 11/2004, foi realizada por meio do estabelecimento do autuado, no Estado de São Paulo. Posteriormente, segundo o autuado, houve transferência do bem importado para o estabelecimento baiano, ocasião em que foi emitida a competente nota fiscal de transferência e registrada a entrada do bem no ativo. Não se observa também, na presente situação, a emissão do competente documento fiscal, apesar da afirmação do autuado de acostá-la aos autos no DOC 06.

Posto isso, vê-se que o autuado não consegue sustentar com as provas necessárias, o direito à utilização regular dos créditos nas situações acima discutidas. Resta, pois, subsistente a exigência da presente infração, além da manutenção dos demais itens, que não foram impugnados. A repartição homologará as quantias já pagas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299334.0302/12-5**, lavrado contra **LINDE GASES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$239.841,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, alínea “d”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR