

A. I. N° - 279268.0036/12-9
AUTUADO - PETROBRÁS TRANSPORTES S/A TRANSPETRO
AUTUANTE - RAFAEL LIMA SERRANO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08.10.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0210-02/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Defesa comprovou inexistir ICMS devido. Infração não caracterizada. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. DESTINADAS AO CONSUMO. Defesa elide parte do valor autuado. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhido os pedidos de perícia e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$12.695,34, em razão de:

Infração 01 – 03.01.01 – Recolheu a menos o ICMS, no valor R\$163,80, em decorrência de desencontro entre o(s) valor(s) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Infração 02 – 06.02.01 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$12.531,54, 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 autuado às folhas 795 a 807, impugnou o lançamento tributário, em relação a infração 01 aduz que a exação supramencionada não deve prosperar.

Tece comentários sobre obrigação acessória e principal.

Frisa que o autuado fez o recolhimento correto do imposto aos cofres públicos, motivo pelo qual não existe qualquer diferença a recolher. Isso porque, não se pode olvidar que o defendente é signatário do Convênio 106/96 do ICMS, pelo que a diferença do valor escriturado para o valor recolhido, se refere tão somente a devida dedução de 20% no valor devido ao ICMS, devidamente prevista no art. 7º e inciso XI, do art. 96 do RICMS do Estado da Bahia. Assim, o que ocorreu foi um mero erro material na soma realizado na escrituração do Livro Registro de Apuração do ICMS.

Observa que ao analisar o mencionado livro de registro, anexado pela defesa, verifica-se que ao somar todos os valores dos impostos debitados e, ao final, deduzir 20% do mencionado valor indubitavelmente, chegará a quantia de R\$37.725,86, exatamente o valor recolhido pelo contribuinte, restando incontestado, portanto, a existência de erro material na escrituração em comento.

Sustenta que o não cumprimento ou cumprimento equivocado de uma das obrigações acessórias não tem o condão de gerar o nascimento de uma obrigação principal, impelindo o contribuinte ao pagamento desta. No caso em tela, o fato gerador do ICMS seria o transporte interestadual de mercadorias e não a escrituração no livro de Registro de Apuração do ICMS, razão pela qual não é devida a autuação, restando claro e evidente que não há diferença a ser recolhida, vez que o valor supostamente devido e não pago, corresponde a um benefício concedido por Lei Estadual, o qual o autuado faz jus.

Ao tratar da infração 02 afirma que não deve prosperar, pois o Estado da Bahia, no artigo 7º, IV, “c” do Regulamento do ICMS, Decreto nº 6.284/97, concedeu a alguns contribuintes o benefício fiscal do não pagamento da diferença de alíquota do ICMS.

Destaca que se pode depreender do dispositivo supramencionado, o Estado da Bahia optou por tirar do campo de atuação do ICMS, quando do pagamento da diferença de alíquotas, alguns contribuintes, desde que atendidos certos requisitos: (i) ser transportador; (ii) optar pelo crédito presumido de que cuida o art. 96 do RICMS; (iii) nas aquisições de bens do ativo permanente.

Aduz que o autuado é empresa que realiza atividades de Transporte de petróleo e derivados, biocombustíveis e gás natural, conforme comprova o artigo 3º do Estatuto da Companhia. Dessa forma, é incontestável a caracterização da Companhia como uma transportadora, atendendo assim ao primeiro requisito exigido pelo decreto estadual. Ademais, como é de pleno conhecimento deste Órgão autuante, a peticionária optou pelo crédito presumido constante no artigo 96, XI, b, do RICMS/97.

Frisa que, com o fito de assegurar o direito ao benefício fiscal, supramencionado formulou consulta, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, de nº 03061320113, anexado pela defesa, que assim decidiu:

“ Ante os dispositivos elencados, por ser a empresa transportadora optante pelo uso do crédito presumido previsto no inciso XI, b, do art. 96 do RICMS, a nossa resposta é no sentido de que a consulente está dispensada do pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições de bens para o ativo permanente, por força do art. 7º, IV, “c” do RICMS” Grifo da defesa.

Destaca que diante da decisão acima colacionada é claro que o autuado segue o Convênio ICMS 106/96 se utilizando do crédito presumido, se favorecendo, assim, por derradeiro, do benefício concedido por este Estado.

No que tange ao terceiro requisito, esclarece que os bens do ativo permanente de uma empresa compreendem os bens pertencentes a esta e que são necessários para que a mesma cumpra seu objeto social. Estes podem ser tangíveis ou intangíveis. No caso em tela, todas as aquisições interestaduais alvo desta fiscalização, foram de mercadorias tangíveis para o ativo permanente da empresa - tais como tampa, termômetro, mangueiras, ferramentas, bateria, entre outros - necessários para a manutenção e valorização das atividades desempenhadas por esta.

Dessa forma, entende que resta comprovado que a defendente preenche os requisitos trazidos pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, não devendo ser compelido ao pagamento da diferença de alíquotas, vez que goza do benefício concedido por este. Conclui, assim, ser indevida a cobrança realizada pela fiscalização.

Ressalta que as Notas Fiscais de nº 163166, 23608, 117799, 401324 e 1649, alvo da fiscalização, não são de conhecimento do autuado, não constam em seus livros de registro, não foram localizadas pelo autuado, levando a conclusão que o Fiscal as identificou com base nas buscas em barreiras fiscais, pelo que não se entende ser devido o tributo.

Chama atenção ao fato de que todas as Notas Fiscais apresentados pelo órgão autuador e de ciência do autuado encontram-se devidamente carimbadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e com protocolo de entrada da autuada, porém as notas acima apontadas, desconhecidas por esta defendente, não se encontram com a chancela do órgão citado, nem com o devido carimbo desta impugnante, corroborando assim para a tese apresentada.

Destaca que as Notas Fiscais de nº 1757 e 31966, que também não é devido o diferencial de alíquotas, tendo em vista a sua devolução através das NF's 4408 e 4694, em anexo.

Acrescenta que também não são devidas as diferenças de alíquotas referente às operações relacionadas às NF's de nº 1172, 5485 e 5495, por se tratarem de reposição de peças e remessa em garantia, conforme se depreende da análise das próprias Notas Fiscais.

Salienta que, diante das notas fiscais apresentadas, e das objeções impostas, resta claro que a exação, não é devida, vez que inexistiu a hipótese de incidência para a cobrança do ICMS.

Em relação aos percentuais das multas aplicadas, sustenta que são exorbitantes e que não restam dúvidas de que a aplicação de qualquer multa deve estrita observância ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, sob pena de ferir o próprio Estado Democrático de Direito, contido no art. 1º da CF/88, citando doutrina sobre o tema.

Ao final, requer que seja reconhecida ilegitimidade da exação e, por fim, seja totalmente cancelado o Auto de Infração, e no caso de assim não se entender, requer que ao menos seja cancelada ou reduzida a multa aplicada. Protesta por todos os meios de prova admitidos, em especial a prova pericial, requerendo-se, desde logo, a juntada dos documentos anexados à presente defesa.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 845 a 852, em relação a infração 01 frisa que a apuração mensal do ICMS do mês de novembro/2008 apresenta os seguintes valores:

Débito do Imposto:

CFOP 6352 – prestação de serviço de transporte:	47.157,33
CFOP 5556 – devolução de compra mat. Uso/consumo	13,38
CFOP 6556 – devolução de compra mat. Uso/consumo	10.028,48
CFOP 6557 – transferência de mat. Uso/consumo	14.546,84
CFOP 6949 – outra saída não especificada	112.601,39
Total do débito apurado no mês	: 184.347,42

Crédito do Imposto:

006 – Outros créditos

DEV DE COMPRA MAT USO E CONSUMO	10.041,86
CRED PRESUM 20% CONV 106/96	9.431,47
OUTROS CRÉDITOS	126.984,43
Total do crédito apurado no mês:	146.457,76

Apuração do Saldo:

Total do débito apurado no mês	184.347,42
Total do crédito apurado no mês	146.457,76
Saldo devedor (Débito menos Crédito)	37.889,66

Destaca que ao realizar, no quadro-resumo acima, as operações fundamentais de adição e subtração, não identificou erro algum, restando o imposto a recolher no valor de R\$37.889,66.

Quanto à observação da defendente afirmando que ‘ao somar todos os valores dos impostos debitados e, ao final, deduzir 20% do mencionado valor, indubitavelmente, chegará a quantia de R\$37.725,86’, faz-se necessária uma demonstração:

Soma de todos os valores dos impostos debitados R\$184.347,42

Dedução de 20% do valor do item anterior (36.869,48)

Quantia resultante após dedução 147.477,94

Conclui que: É evidente que ao fazer o seu cálculo, a defendente levou apenas em consideração o valor do débito resultante das Prestações de Serviços de Transportes (R\$47.157,33), somente ao qual deve ser deduzido os 20% relativos ao crédito presumido (R\$9.431,47), que foi devidamente lançado dentro da rubrica “outros créditos” na apuração do imposto a pagar.

Entretanto, a autuada esqueceu que, na apuração do imposto a pagar, devem ser levadas em considerações todas as operações realizadas pelo estabelecimento das quais resultaram débito ou crédito do referido imposto. Portanto, ficou demonstrado que não houve qualquer erro material ou aritmético por parte da autuada, e, só apenas, um recolhimento a menos do ICMS apurado no mês de novembro/2008 no valor de R\$163,80, ou seja, um descumprimento parcial de uma obrigação principal.

INFRAÇÃO 02 – Ressalta que o autuado efetua regularmente o recolhimento do diferencial de alíquota relativo às entradas interestaduais de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, conforme Relatórios fornecidos pela mesma (fls. 62 a 128 do PAF) e DAE's dos recolhimentos (fls. 129 a 189).

Aduz que durante a fiscalização identificou algumas notas fiscais, relacionadas nos Demonstrativos de Débito do Anexo 2-A do Auto de Infração (fls. 43 a 59 do PAF), em relação às quais, a autuada não realizou o recolhimento da diferença de alíquota, gerando o débito fiscal apurado na infração 02.

Observa que apenas foram consideradas mercadorias destinadas a uso ou consumo do estabelecimento, já que a autuada, como optante do crédito presumido, está dispensada do pagamento da diferença de alíquota nas aquisições de bens para o ativo permanente, como foi observado pela defesa.

Em relação às Notas Fiscais 163166, 23608, 117799, 401324 e 1649, diz que foram obtidas nos arquivos da Sefaz/BA após captura da via do fisco das mesmas nos Postos Fiscais da Bahia quando da sua circulação acompanhando as mercadorias desde o fornecedor até ao estabelecimento da autuada (CFAMT). Logicamente, estas vias das notas não tem o carimbo do posto fiscal, pois este é apostado na primeira via da nota fiscal. Também não pode ter o protocolo de entrada no estabelecimento do comprador, pois ficou retida no posto fiscal. Entretanto, provam a sua existência e circulação dentro do Estado da Bahia e contêm elementos como pedidos, locais de entrega e outros dados que comprovam que foram destinadas a autuada.

Com relação às Notas Fiscais 31966 e 1757, afirma que no corpo das mesmas não consta a informação acerca da NF de devolução, e que no Livro de Registro de Entradas n. 0007 às fls. 55 e 148 respectivamente, consta apenas a informação de que a NF será devolvida. Entretanto, com a apresentação por parte da autuada das Notas Fiscais de saídas 4408 (apenas o espelho da nota) e 4694, resta comprovado a devolução das mercadorias constantes nas Notas Fiscais 31966 e 1757.

Quanto a Nota Fiscal 1172 tem como natureza da operação "Reposição de Peça", e as Notas Fiscais 5485 e 5495 " Outra Saída Merc - Garantia". Mesmo não tendo custo financeiro para o recebedor, tratam-se de operações tributadas com mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento, oriundas de outra unidade da federação, e portanto, constituem-se como fatos geradores para o recolhimento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota.

Informa que das 12 notas fiscais que compõem a infração 02, sete foram escrituradas pelo contribuinte, conforme indicação abaixo:

NOTA FISCAL	LIVRO	FL.	CFOP	PRODUTO
1172		0006	166 2949	TAMPA
9373		0007	34 2556	TAMPÃO/ADAPTADOR
31966		0007	55 2949	RETENTOR
2150		0007	144 2923	POCHETE/SQUEEZE
5485		0007	146 2949	JUNTAS/VALVULAS/OUTROS
1757		0007	148 2556	BATERIA
5495		0007	151 2949	CILINDRO/ANEL VED./SELO

Assegura que as outras cinco notas fiscais, abaixo relacionadas, não foram escrituradas pelo autuado e correspondem às obtidas no arquivo da Sefaz/BA:

N. FISCAL	UF	CNPJ	FORNECEDOR	PRODUTO
163166	RS	87156352/0001-19	INCOTERM	TERMOMETROS
23608	SP	52786803/0001-17	INAFLEX	MANGUEIRA
117799	SP	61507844/0001-18	HITER	ATUADOR PNEUM
401324	SP	92664028/0006-56	FERRAM.GERAIS	FERRAMENTAS

1649 SP 07413227/0001-08
OLEO

BURCKHARDT RASPADOR

Argumenta que apesar destas não estarem escrituradas, identificou nos Relatórios de Diferencial de Alíquota (fls. 62 a 128 do PAF) outras notas destes fornecedores, escrituradas com CFOP 2556 - Compra de Material de Uso ou Consumo, inclusive anexando a informação fiscal, cópias de algumas delas, nas quais verificou tratar-se de produtos iguais ou similares aos relacionados nas notas fiscais não escrituradas. Abaixo relacionou estas notas fiscais:

FORNECEDOR: INCOTERM IND. DE TERMOMETROS LTDA.

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
1220	182321 17/12/08	2556	Termômetros (cópia anexa)
1031	166442 22/01/08	2556	Termômetros (cópia anexa)

FORNECEDOR: INAFLEX IND. E COM. LTDA

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
879	22093	13/04/07	2556
923	22677	28/06/07	2556
935	22858	24/07/07	2556
927	22762	13/07/07	2556
927	22763	13/07/07	2556
984	23621	30/10/07	2556
1065	398	18/03/08	2556 Mangotes (cópia anexa)

FORNECEDOR: HITER IND. E COM. DE CONTR. TERMO HIDR. LTDA.

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
895	110066 08/05/07	2556	

FORNECEDOR: FERRAMENTAS GERAIS COM. E IMP. S/A

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
1147	434023 11/08/08	2556	Bujão Selador (cópia anexa)

FORNECEDOR: BURCKHARDT COMPRESSION IND. E COM. LTDA.

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
1213	1736	14/11/08	2556 Raspador/outros (cópia anexa)
1213	1749	19/11/08	2556 Raspador de Óleo (cópia anexa)

Afirma que nos mesmos Relatórios (fls. 62 a 128 do PAF) identificou notas fiscais de entradas interestaduais (algumas delas com cópia anexa), oriundas dos mesmos fornecedores emitentes das notas fiscais nºs 1172, 2150, 5485 e 5495 constantes do demonstrativo de débito da infração 02 do presente Auto de Infração. Ressalta que sobre todas elas foi recolhido o ICMS da diferença de alíquota e que foram escrituradas com CFOP 2556 ou 2923, e contém produtos iguais ou similares aos das notas fiscais incluídas no cálculo do débito fiscal. São elas:

FORNECEDOR: UNTECH-RIO COM. SERV. LTDA. (RJ)

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
1076	5387	11/04/08	2556 Mat.Informat(cópia anexa)

FORNECEDOR: LUMI-RSC BRINDES E PROM. LTDA. (RJ)

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
1035	1607	18/01/08	2923 Mochilas (cópia anexa)
1035	1620	24/01/08	2923 Mochilas (cópia anexa)
1035	1634	22/01/08	2923 Mochilas (cópia anexa)
1148	2086	04/08/08	2923 Massageador (cópia anexa)
1148	2087	05/08/08	2923 Massageador (cópia anexa)
1148	2124	04/08/08	2923 Pochete/Squeeze (cópia anexa)

FORNECEDOR: FLUXO SERV. DE PETROLEO LTDA. (RJ)

NUMDOC	N.FISCAL	ESCRIT.CFOP	PRODUTO
842	5199	31/01/07	2556
1013	5369	17/12/07	2556
1147	2979	12/08/08	2556 Teclado (cópia anexa)
1204	3260	19/11/08	2556 Placas/Outros (cópia anexa)

Quanto ao fornecedor *FACTOTUM COMERCIAL LTDA.*, CNPJ 63.996.318/0001-94 (SP), diz que não identificou outra nota fiscal emitida por este e destinada a autuada no período fiscalizado, entretanto a Nota Fiscal nº 9373 de 19/02/08 e constante do demonstrativo de débito da infração 02, foi escriturada em 22/02/08 com CFOP 2556 (livro Reg. Entradas nº 0007, fl. 34) e contém produtos para uso ou consumo do estabelecimento.

Em relação às Notas Fiscais nºs 31966 e 1757, não apresentou outras notas fiscais dos mesmos fornecedores como exemplificação da pertinência da cobrança do diferencial de alíquota, em função do fato de que os produtos recebidos pela autuada através destas, foram devolvidos ao remetente como comprovou a Defendente.

No tocante à questão das multas aplicadas destaca que são estabelecidas pela Legislação Fiscal vigente.

Ao final, informa que: *Por fim, confirmamos a autuação, excetuando o débito relativo às notas fiscais nºs 1757 e 31966, aguardando que este Egrégio Conselho julgue PROCEDENTE o presente Auto de Infração.*

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos anexos, fls. 845 a 868, sendo intimado para se manifestar, entretanto silenciou.

Em nova manifestação defensiva, fls. 872 a 879, o autuado ao tratar da infração 01 aduz que o autuante entendeu ser devida a diferença de R\$163,80, alegando que a defendente levou em consideração o valor do débito resultante de prestações de serviços de Transportes, quando o correto seria apurar o imposto sobre todas as operações. Porém, conforme já demonstrado em sede de defesa, o valor recolhido foi o correto, o que ocorreu foi um erro material quando da escrituração dos valores, pois no momento da escrituração ao somar os valores das CFOP's de nº 6557 e 6949, referente a "outros créditos", o cálculo foi realizado de maneira equivocada, chegando a um valor menor que o real. Foi consignado um valor de R\$126.948,43, quando na verdade deveria ser R\$127.148,23, razão esta que levou a diferença de R\$163,80, cobrado neste auto de infração.

Afirma que, dessa forma, ao apurar os créditos devidos de ICMS, o valor restou defasado, e consequentemente ao apurar o ICMS devido, o débito menos o crédito, o valor encontrado foi a maior. Apesar de a escrituração ter sido realizado de forma errada, por conta do erro material no momento da soma dos "outros créditos", o recolhimento foi realizado de maneira correta.

Neste sentido, observa que deveriam ser composto dos valores abaixo:

CFOP 6557 - R\$ 14.546,84 (pág 2 livro Registro de Apuração anexo)

CFOP 6949 - R\$ 112.601,39 (pág 2 livro Registro de Apuração anexo)

Outros créditos - R\$ 127.148,23

Ou seja, o valor informado no campo outros créditos foi de R\$126.984,43, porém em verdade, conforme demonstrado acima, o valor real é de R\$127.148,23.

Frisa que como já explanado, ocorreu um erro na somatória dos valores dos "outros créditos", e não um recolhimento a menor.

Dessa forma, os valores deveriam estar assim consignados, apontou ao autuado:

Débito do imposto:

CFOP 6352 – prestação de serviço de transporte:	47.157,33
CFOP 5556 – devolução de compra de mat. Uso e/consumo:	13,38
CFOP 6556 – devolução de compra de mat. Uso e/consumo:	10.028,48
CFOP 6557 – transferência de mat. Uso/consumo:	14.546,84
CFOP 6949 – outra saída de mat. Uso/consumo:	112.601,39

Total do débito: 184.347,42

Crédito do imposto:

006 – outros créditos

Dev. De compra mat. Uso e consumo	10.041,86
Credito presumido 20% Conv. 106/96	9.431,47
Outros créditos	127.148,23 (14.546,84 + 112.601,39)
Total do crédito	146.621,56

Apuração do saldo:

Total do débito apurado no mês: 184.347,42

Total do crédito apurado no mês: 146.621,56

Saldo devedor (débito menos crédito) 37.725,86

Neste esteio, diz que, como bem demonstrado pelo autuante, o valor de ICMS devido sobre as operações de transporte interestaduais (imposto debitado para o CFOP 6352 abatido 20%) foi devidamente recolhido, conforme cálculo abaixo:

Imposto debitado CFOP 6352 - R\$7.157,33 (pg. 02 do anexo)

20% sobre operações transporte - R\$9.431,47 (pg. 04 do anexo)

Assim, resta comprovado que o total devido de ICMS Próprio é de R\$ 37.725,86, valor este que deveria está no campo "saldo devedor" da página 03 do anexo, o qual está somado ao valor de R\$163,80 oriundo da diferença lançada de forma equivocada nos "outros créditos" - esclarecido acima.

Entende que resta claro e evidente que não há valor a ser recolhido, uma vez que, o que ocorreu foi um erro material e não um recolhimento a menos conforme já exaustivamente explanado.

Ao tratar da infração 02 salienta que o autuante entendeu pela permanência da cobrança do Difal, referente as notas fiscais de nº 163166, 23608, 117799, 401324 e 1649, por serem estas provas da “*existência e circulação dentro do Estado da Bahia e contém elementos como pedidos, locais de entrega e outros dados que comprovam destinar-se a atuada*”.

Entretanto, alega que como consignou o autuante, as notas fiscais comprovam que estas mercadorias foram destinadas ao atuado e não que efetivamente ocorreu a compra e as mercadorias foram recebidas.

Ressalta que as notas fiscais são emitidas antes do fato gerador do imposto, dessa forma, esta não pode ser a única comprovação da incidência do tributo, ainda mais quando estas são recolhidas em barreiras fiscais. Ademais, a lei do ICMS do Estado da Bahia, nº 7.014/96, na seção II, artigo 4º, inciso XV, assim dispôs:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.”

Sustenta que, dessa forma, o fato gerador do imposto restará configurado com a entrada ou utilização da mercadoria, e conforme documentos dos autos, não há a comprovação do

recebimento da mercadoria, ou seja a sua entrada, no estabelecimento do autuado, pois como já explanado em sua defesa, não há o carimbo de recebimento desta. Neste esteio, não há a comprovação da ocorrência do fato gerador do ICMS, no que tange as notas fiscais em voga, não sendo devida assim a exação aqui em discussão, por ser impossível a cobrança de um tributo sem que reste configurado a hipótese de incidência.

Argumenta que o autuante consignou serem alvo da fiscalização apenas os bens relativos a uso e consumo da empresa, e por esta razão entendeu pela permanência da autuação, entretanto os bens adquiridos pelo o autuado são bens tangíveis do ativo permanente, ou seja são bens corpóreos, que tem uma vida útil longa, necessários para a manutenção e valorização das atividades desempenhadas por esta.

Ressalta que as mercadorias adquiridas são tampas, termômetros, mangueiras e baterias de grandes máquinas que não se depreciam com facilidade, sendo, desta forma, caracterizados como bens do ativo permanente pelo autuado. Ademais, as referidas mercadorias, são meros acessórios das máquinas industriais, vez que são destinadas a conserto e manutenção.

Salienta que, também foi pelo fato do citado bem constituir um mero acessório, verdadeiro adorno para conserto e manutenção das máquinas principais, que estes devem ser entendidos como ativo permanente do autuado. Neste sentido, as tampas, baterias, mangueiras e termômetros foram adquiridos em função destas outras máquinas, se encaixando perfeitamente na conceituação proposta pelo art. 92 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.”

Conclui que, diante do explanado, resta comprovado que os bens adquiridos são do ativo permanente do autuado, restando, assim, preenchido o requisito trazido pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia no seu artigo 7º, IV, “c”, não devendo ser compelido ao pagamento da diferença de alíquotas, vez que goza do benefício concedido por este.

Ao final, requer que seja totalmente cancelado o Auto de Infração, e no caso de assim não se entender, requer que ao menos seja cancelada ou reduzida a multa aplicada.

À folha 906 o autuante destaca que a manifestação da defesa apenas repetiu as alegações apresentadas na defesa inicial, não havendo fato novo, mantendo as sua considerações apresentadas na informação fiscal.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 (duas) infrações.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, ao requer, de forma genérica, o cancelamento do Auto de Infração, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao

contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter recolhido o ICMS a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo ao mês de novembro de 2008.

Em sua defesa, o sujeito passivo assegura que fez o recolhimento correto, pois a diferença do valor escriturado para o valor recolhido se refere tão somente a dedução de 20% no valor devido ao ICMS, prevista no art. 7º e inciso XI, do art. 96º do RICMS do Estado da Bahia. Observa que ao analisar o livro de Registro de Apuração, anexado pela defesa, verifica-se que ao somar todos os valores dos impostos debitados e, ao final, deduzir 20% do mencionado valor indubitavelmente, chegará a quantia de R\$37.725,86, exatamente o valor recolhido pelo contribuinte, restando incontestado, portanto, a existência de erro material na escrituração em comento. Sustenta que o não cumprimento ou cumprimento equivocado de uma das obrigações acessórias não tem o condão de gerar o nascimento de uma obrigação principal, impelindo o contribuinte ao pagamento desta.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois a defesa acostou aos autos cópia do livro de Registro de Apuração, folhas 37 a 39, comprovando que ocorreu um erro material quando da escrituração dos valores, pois no momento da escrituração ao somar os valores das CFOP's de nº 6557 e 6949, referente a "outros créditos", foi consignado o valor de R\$126.948,43, quando o valor correto é R\$127.148,23, conforme abaixo:

CFOP 6557 - R\$14.546,84

CFOP 6949 - R\$112.601,39

Outros créditos - R\$127.148,23

Como destacou a defesa, os valores deveriam estar assim consignados:

Débito do imposto:

CFOP 6352 – prestação de serviço de transporte:	47.157,33
CFOP 5556 – devolução de compra de mat. Uso e/consumo:	13,38
CFOP 6556 – devolução de compra de mat. Uso e/consumo:	10.028,48
CFOP 6557 – transferência de mat. Uso/consumo:	14.546,84
CFOP 6949 – outra saída de mat. Uso/consumo:	112.601,39
Total do débito:	184.347,42

Crédito do imposto:

006 – outros créditos

Dev. De compra mat. Uso e consumo	10.041,86
Credito presumido 20% Conv. 106/96	9.431,47
Outros créditos	127.148,23 (14.546,84 + 112.601,39)
Total do crédito	146.621,56

Apuração do saldo:

Total do débito apurado no mês:	184.347,42
Total do crédito apurado no mês:	146.621,56

Saldo devedor (débito menos crédito) 37.725,86

Entendo não restar dúvida de que o valor de ICMS devido sobre as operações de transporte interestaduais (imposto debitado para o CFOP 6352 abatido 20%) foi devidamente recolhido, conforme cálculo abaixo:

Imposto debitado CFOP 6352 foi de R\$ 47.157,33;

(20% sobre operações transporte) R\$ 9.431,47,

= ICMS devido de R\$ 37.725,86, valor que foi recolhido pelo autuado.

Logo, a infração 01 é improcedente.

Na infração 02 é imputado ao autuado a falta de recolhimento de 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.

Quanto ao argumento defensivo de que não seria devido o ICMS em questão, pois estaria amparado no art. 7º, IV, “c”, do RICMS, não pode ser acolhido, uma vez que o benefício fiscal relativo ao não pagamento do diferencial de alíquota não ampara as aquisições de material de uso e consumo do estabelecimento. O benefício em questão ampara apenas as aquisições de bens para o ativo permanente, conforme dispositivos abaixo reproduzidos:

“Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas;

II - nas aquisições de bens ou materiais pela arrendadora ou pela arrendatária, tratando-se de arrendamento mercantil, nas hipóteses do § 6º do art. 563;

III - se a operação de remessa for realizada com:

a) não-incidência do imposto; ou

b) isenção decorrente de convênio;

IV - nas aquisições de bens do ativo permanente efetuadas por:

a) produtores ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais;

b) contribuintes enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta;

c) transportadores que tenham optado pelo crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96, condicionado ao não-aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas; (grifos nossos).” Grifei.

Não resta dúvida, da análise dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, os quais embasaram a autuação, acostados às folhas 41 e 42 dos autos, que são materiais para uso e consumo, pois são eles, por exemplo: conexões; retentor; ferramentas; bateria; peças e conexões; tampa; mangueiras; etc.

Portanto, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que tais mercadorias são bens do ativo permanente.

Com relação à Consulta formulada pela defesa, a mesma expressou o mesmo entendimento acima, conforme consta da peça defensiva, ou seja: “...a consulente está dispensada do pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições de bens para o ativo permanente...”

No tocante aos documentos fiscais constantes do levantamento fiscal e questionado pela defesa, meu posicionamento é o seguinte:

- Notas Fiscais nºs 163166, 23608, 117799, 401324 e 1649.

O argumento defensivo de que não são de seu conhecimento, não constam em seus livros de registro, não consta ciência do contribuinte, não são carimbadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e não consta protocolo de entrada no estabelecimento autuado, demonstrar, claramente, que o sujeito passivo recebeu cópias dos referidos documentos. Tal fato é visivelmente caracterizados pelos argumentos consignado na defesa, principalmente, quando afirma que nas notas fiscais não consta o carimbo da SEFAZ.

Relativamente às alegações de desconhecimento das operações, não constam em seus livros de registro e que não consta protocolo de entrada no estabelecimento, tais alegações não elidem a imputação, pois as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT indicam com precisão os dados cadastrais do autuado, fazendo prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias adquirida pelo autuado, sendo jurisprudência pacífica que as notas fiscais capturadas por este sistema fazem prova da circulação da mercadoria no estado

baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias, a título de exemplo, cito o ACÓRDÃO CJF Nº 0098-11/09.

Em relação ao argumento de que não são carimbadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, também não é capaz de elidir a infração, uma vez que, logicamente, estas vias das notas não tem o carimbo do posto fiscal, pois este é apostado na primeira via da nota fiscal e não nas vias do CFAMT.

Portanto, tais notas fiscais ficam mantidas na autuação.

Notas Fiscais nºs 1757 e 31966.

Em sua defesa o sujeito passivo aduz que não é devido o diferencial de alíquotas, tendo em vista a sua devolução através das NF's 4408 e 4694, acostado ao pela defesa. Por sua vez, quando da informação fiscal, o autuante assegura que com a apresentação por parte da autuada das Notas Fiscais de saídas 4408 (apenas o espelho da nota) e 4694, resta comprovado a devolução das mercadorias constantes nas Notas Fiscais 31966 e 1757.

Logo, acato a revisão fiscal realizada pelo autuante, entendo que o autuado comprovou a devolução das mercadorias mediante emissão de documento fiscal, sendo excluída da autuação às notas fiscais em tela, sendo o ICMS reduzido em: MARÇO/2008 - R\$20,00 – NF 31966 e AGOSTO/2008 – R\$35,00 – NF 1757.

-Notas Fiscais nºs 1172, 5485 e 5495

Alega o autuado que não são devidas as diferenças de alíquotas referente às operações relacionadas, por se tratarem de reposição de peças e remessa em garantia.

Analisando os referidos documentos fiscais, cópias acostadas aos autos às folha 44 – NF 1172, folha 54 – NF 5485 e folha 55 – 5495, observo que a Nota Fiscal 1172 tem como natureza da operação "Reposição de Peça", e as Notas Fiscais 5485 e 5495 " Outra Saída Merc - Garantia".

O artigo 520 do RICMS/97 estabelece que:

Art. 520. Na saída da peça nova em substituição à defeituosa, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada deverá emitir nota fiscal indicando como destinatário o proprietário da mercadoria, com destaque do imposto, quando devido, cuja base de cálculo será o preço cobrado do fabricante pela peça e a alíquota será a aplicável às operações internas.

Da inteligência do dispositivo acima reproduzido, resta cristalino que a operação é tributada regularmente na saída da mercadoria do estabelecimento fornecedor. Tratando-se de operação tributada normalmente, entendo que é devido o pagamento do ICMS diferencial de alíquota sobre as referidas notas fiscal.

Assim, ficam mantidas na autuação.

Por tudo acima exposto, entendo que a infração 02 restou parcialmente caracterizada, com as exclusões consignadas na informação fiscal e acolhida integralmente neste voto, conforme abaixo:

D. OCORRÊNCIA	A. DE INFRAÇÃO	EXCLUSÕES	ICMS DEVIDO APÓS JULGAMENTO
31/10/2007	145,29		145,29
30/11/2007	3.828,13		3.828,13
29/2/2008	654,00		654,00
31/3/2008	20,00	20,00	0,00
30/4/2008	176,75		176,75
31/8/2008	2.016,60	35,00	1.981,60
30/9/2009	5.690,77		5.690,77
TOTAL	12.531,54	55,00	12.476,54

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	IMPROCEDENTE	0,00
2	PROCEDENTE EM PARTE	12.476,54
TOTAL		12.476,54

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279268.0036/12-9**, lavrado contra **PETROBRÁS TRANSPORTES S/A TRANSPETRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.476,54**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR