

A. I. Nº - 269189.3014/11-0
AUTUADO - SYKUE GERAÇÃO DE ENERGIA LTDA.
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - DAT/SUL INFRAZ/BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03.12.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-04/15

EMENTA: ICMS 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **b)** DESTINADOS AO USO E CONSUMO. As mercadorias objeto da exigência fiscal são para uso e consumo. Ajustados os valores em função de acolhimento da tese defensiva. Infração parcialmente caracterizada. Prejudicado o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de dezembro de 2011 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$1.393.718,12, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 06.01.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$1.340.136,47, relativo aos meses de julho, agosto, outubro a dezembro de 2008, fevereiro e março de 2009, janeiro, março, abril, julho a outubro e dezembro de 2010.

Infração 02. 06.02.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no montante de R\$53.581,65, ocorrência verificada nos meses de abril, junho a agosto e dezembro de 2008, fevereiro e março de 2009, janeiro a dezembro de 2010.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 21 a 23, onde argüi em sua defesa, que está o auto parcialmente elevado de nulidade, e a improcedência está aparente, vez ter verificado que o auditor fiscal não considerou o artigo 77, incisos I e II do RICMS/BA para encontrar os valores mencionados no Auto de Infração, no que tange a tabela infração 01, vez que usou equivocadamente a seguinte lógica para cálculo do referido imposto: Nos produtos contidos no anexo I do Convênio 52/91 usou para fins de cálculo do ICMS diferencial de alíquota a base de cálculo do ICMS destacado na nota fiscal, porém, a referida base de cálculo está reduzida para atender a carga tributária da saída interestadual referida no Convênio 52/91 que corresponde a 5,14%. E ao usar equivocadamente esta base de cálculo multiplicou-a por 17% (não aplicando o que diz o art. 77, inciso I) e no cálculo ainda usou para deduzir do valor ora encontrado na multiplicação pelos 17% um crédito de 7% inexistente.

Indica que para os produtos contidos no anexo II do Convênio 52/91 o autuante usou para fins de cálculo do ICMS diferencial de alíquota a base de cálculo do ICMS destacado na Nota Fiscal, porém, a referida base de cálculo está reduzida para atender a carga tributária da saída interestadual referida no Convênio 52/91 que corresponde a 4,10%. E ao usar equivocadamente

esta base de cálculo multiplicou-a por 17% (não aplicando o que diz o art. 77, inciso II) e no cálculo ainda usou para deduzir do valor ora encontrado na multiplicação pelos 17% um crédito de 7% inexistente.

Quanto à tabela infração 02, referente às aquisições para uso e consumo, indica ser notório nas planilhas apresentada pelo Auditor Fiscal que em alguns cálculos, especificamente, os referente às aquisições do ano de 2010 (notas fiscais 1363 a 27986), não está sendo calculada a diferença das alíquotas de ICMS das Unidades Federadas (origem x destino), mas, sim calculado integralmente 17% de ICMS diferencial de alíquota.

Entende ter ficado evidente ao analisar a planilha apresentada pelo auditor, a existência de um erro nos cálculos do imposto das Notas supracitadas, em função de um erro na planilha do Microsoft Excel, o Campo “aliq.” usado pelo auditor para informar a alíquota interestadual de origem das Notas está em branco. Não informou dados no referido campo e o cálculo do imposto ficou errado.

Por fim, indica que todas as Notas Fiscais constantes no Auto de Infração lavrado já estavam inclusas na apuração de ICMS da empresa Sykué, como pode ser observado no Livro Fiscal de Apuração de ICMS e nas respectivas planilhas as quais deram origem aos cálculos, que apensa.

Indica que o débito constante no Auto de Infração referente ao ano de 2009 foi parcelado, através de denúncia espontânea nº600000.2837/10-5 e parcelamento de débito protocolado sob o nº.10989102, correspondente.

Reitera que a diferença entre cálculo efetuado pela empresa e o cálculo efetuado pelo auditor nos anos de 2008 e 2010 está na inobservância por parte mesmo do Convênio 52/91 e artigo 77, Incisos I e II combinado com os artigos 69 à 72 do RICMS/BA para as aquisições de ativo fixo e inobservância dos mesmos artigos da norma regulamentar já citada, para as aquisições de uso e consumo.

Dessa forma, alega inexistir justa causa para a lavratura do Auto de Infração sob impugnação, cuja pretensão está eivada de nulidade, sustentando ter saldo devedor a recolher de R\$378.192,62 na forma das planilhas de calculo que anexa e não R\$1.393.718,12, conforme consta no lançamento.

Diante do exposto e com respaldo nas provas documentais acostadas ao procedimento, requer que seja conhecida a defesa, sendo julgada pelo órgão competente, bem como seja declarada a nulidade dos itens impugnados pelos motivos acima elencados, e seja reconhecido que a autuada possui saldo devedor histórico de apenas R\$378.192,62 (trezentos e setenta e oito mil cento e noventa e dois reais e sessenta e dois centavos), e por último, que sendo necessário, que seja o presente feito convertido em diligência a fim de apurar os equívocos mencionados. Anexa demonstrativos de fls. 39 a 86.

Informação fiscal prestada às fls. 161 e 162 pelo autuante argumenta que após análise da presente defesa e das planilhas em anexo, constatou que houve realmente o cometimento de alguns equívocos no levantamento inicial. Diante dos argumentos e das provas apresentadas, refez novo demonstrativo conforme abaixo:

Para a infração 01 (diferença de alíquota do ativo fixo)

Data	Saldo a Pagar
31/07/2008	R\$ 867,39
31/08/2008	R\$ 1.602,65
31/10/2008	R\$ 6.290,35
30/11/2008	R\$ 508,50
31/12/2008	R\$ 2.524,84
Total	R\$ 11.793,73

31/03/2010	R\$	38.942,36
30/04/2010	R\$	27.815,75
31/07/2010	R\$	18.004,26
31/08/2010	R\$	27.740,23
30/09/2010	R\$	13.589,60
31/10/2010	R\$	26.390,42
31/12/2010	R\$	212.980,20
Total	R\$	365.462,82

No tocante à infração 02 (diferença de alíquota uso e consumo), os novos valores que se apresentam são:

Data		
30/04/2008	R\$	208,56
30/06/2008	R\$	25,76
31/07/2008	R\$	15,00
31/08/2008	R\$	431,55
31/12/2008	R\$	255,20
Total	R\$	936,07

Considerando o demonstrativo extraído das planilhas que informa ter anexado ao feito pela defendant o Auto de Infração importaria em R\$ 378.192,62 (Trezentos e setenta e oito mil, cento e noventa e dois reais e sessenta e dois centavos).

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado parcialmente procedente, acatando-se a alegação defensiva posta por ocasião da defesa apresentada.

Intimada para conhecimento do teor da informação fiscal (fl. 164), com prazo de manifestação de dez dias, na forma regulamentar, o contribuinte não se manifestou.

À fl. 173 consta extrato de parcelamento do valor indicado na informação fiscal, datado de 16 de julho de 2013, na forma do relatório de fl. 175.

Distribuído para instrução e julgamento, o feito foi pautado, e na sessão de julgamento devidamente convertido em diligência, dirigida à Inspetoria de origem, a fim de que fosse o contribuinte intimado a apresentar cópia do teor da denúncia espontânea 600000.2837/10-5, bem como cópia das notas fiscais que ensejaram a cobrança ora apreciada, e de posse de tais documentos, o autuante ou estranho ao feito designado pelo Inspetor deveria elaborar demonstrativo analítico, para cada uma das infrações, documento a documento, totalizando cada mês apurado, inclusive atentando para o disposto na legislação do ICMS, especialmente o artigo 77, incisos I e II, bem como o Convênio ICMS 52/91, de modo a verificar se o demonstrativo elaborado pelo sujeito passivo está correto, pelo fato de na informação fiscal ter apenas indicado os novos valores, sem qualquer outro embasamento, contrariando o disposto no artigo 127 do RPAF/99 (fl. 177).

Em atendimento ao quanto solicitado, a Inspetoria intimou o sujeito passivo a apresentar documentação (fl. 180) tendo sido acostados aos autos os documentos de fls. 182 a 708, sendo o feito encaminhado para o autuante, o qual, às fls. 710 a 742 traz novos demonstrativos, baseado dos documentos apresentados, totalizando R\$706.123,11 para a infração 01 e R\$31.165,61 para a infração 02, e à fl. 743 entende cumprida a diligência solicitada.

Cientificada à fl. 748, a empresa autuada não se manifesta.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (infração 01) e Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento (infração 02).

Inicialmente, observo que embora fale em nulidade, a autuada não traz a rigor qualquer motivo para tal, razão pela qual somente posso entender que ao colocar a palavra "nulidade", a defesa, em verdade, queira se reportar a "insubstância" das infrações. Mesmo assim, o processo encontra-se revestido das formalidades legais, atendendo ao disposto no artigo 39 do RPAF/99, motivo pelo qual adentro na sua análise, não sem antes entender que o pedido de diligência solicitado pela autuada resta prejudicado, diante do fato de ter sido atendido, com a realização da mesma.

Em relação às infrações apuradas, a empresa em sua argumentação defensiva, não nega o cometimento da infração, ao contrário: afirma que todos os lançamentos encontram-se em seus livros fiscais. Apenas invoca a aplicação do disposto no Convênio ICMS 51/91, o qual estabelece:

"Cláusula primeira. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);"

Já o artigo 77 do RICMS/97 assim previa, na redação vigente a partir da edição do Decreto n.º 11.635, vigente a partir de 28 de julho de 2009:

"Art. 77. É reduzida a base de cálculo das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

I - até 31/12/12, relacionados no anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 % (oito inteiros e oitenta centésimos por cento);

II - até 31/12/12, relacionados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 5,60 % (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento), exceto nas saídas interestaduais destinadas a contribuinte, cuja redução será de forma que a carga tributária seja equivalente a 7,0 % (sete por cento);"

Como verifico que a autuação abrange período anterior a este, transcrevo a redação anterior do mesmo diploma legal, na redação estabelecida pelo Decreto 11.396, de 30/12/08, DOE de 31/12/08):

"I - até 31/07/09, nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arroladas no anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente aos seguintes percentuais:

II - até 31/07/09, nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente aos seguintes percentuais:"

Registre-se que a parte inicial dos incisos I e II do artigo sofreu no período da autuação, algumas alterações, as quais entendo pertinentes transcrever:

"Redação anterior dada à parte inicial dos incisos I e II do caput do art. 77 pelo Decreto nº 11289, de 30/10/08. DOE de 31/10/08);:

"I - de 02/11/91 até 31/12/08, nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arroladas no Anexo 5, de forma que a carga tributária seja equivalente aos seguintes percentuais (Conv. ICMS 52/91):

II - de 02/11/91 até 31/12/08, nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente aos seguintes percentuais:"

Redação dada à parte inicial do inciso II do caput do art. 77 pela Alteração nº 105 (Decreto nº 11167, de 08/08/08, DOE de 09 e 10/08/08):

"II - de 02/11/91 até 31/12/08, nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo 6, de forma que a carga tributária seja equivalente aos seguintes percentuais (Conv. ICMS 52/91):"

Redação anterior dada aos dispositivos abaixo pela Alteração nº 19 (Decreto nº 7842, de 11/09/00, DOE de 12/09/00), efeitos de 01/08/00 a 27/07/09:

"Art. 77.

I -

a) nas operações internas: carga tributária de 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

b) nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS: carga tributária de 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

c) nas demais operações de saídas interestaduais:

carga tributária de 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento), observando-se, nas entradas de outras unidades da Federação, o disposto no § 1º (Conv. ICMS 01/00);

II -

a) nas operações internas: carga tributária de 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

b) nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final não contribuintes do ICMS: carga tributária de 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

c) nas demais operações de saídas interestaduais: carga tributária de 7,0% (sete por cento), observando-se, nas entradas de outras unidades da Federação, o disposto no § 2º (Conv. ICMS 01/00).

§ 1º

I - nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo: carga tributária de 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

II - nas operações de saídas interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS: carga tributária de 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

III - nas demais operações interestaduais:

carga tributária de 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00).

§ 2º

I - nas operações de saídas dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo: carga tributária de 4,1% (quatro inteiros e um décimo por cento) (Conv. ICMS 01/00);"

II - nas operações de saídas interestaduais para consumidor ou usuário final não contribuintes do ICMS: carga tributária de 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00);

III - nas demais operações interestaduais: carga tributária de 7,0% (sete por cento) (Conv. ICMS 01/00)."

Basicamente, como pode se observar, as alterações foram relativas a prazos de validade do benefício contido no mencionado Convênio.

Voltando à análise da matéria, a qual depende unicamente de verificação quanto a verdade material, e aplicação da norma legal ao tempo, o próprio autuante reconhece que não obedeceu a tais normas, e elabora novo demonstrativo sintético de débito, reduzindo substancialmente as parcelas exigidas.

Argumenta também que os débitos lançados para a infração 01, relativos ao ano de 2009 foram objeto de denúncia espontânea, e parcelamento de débito.

Do exame da mesma, verifico que o sujeito passivo defende que a carga tributária deve ser correspondente a 5,14% e 4,10%, respectivamente. Como visto na transcrição da legislação ao longo do período abarcado pela fiscalização (2008, 2009, e 2010), a mesma nos fala em percentuais de 8,8% e 5,60%. Dessa forma, cabe-nos checar se os valores indicados na informação fiscal são aqueles previstos na legislação, ou os indicados erroneamente pelo sujeito passivo, diante, inclusive, da omissão do enfrentamento da matéria pelo autuante, quando da sua informação fiscal, o que motivou a realização da diligência.

Tomando como exemplo, o mês de julho de 2008, após os ajustes, ainda remanesce o valor de R\$867,40. Já no mês de agosto do mesmo ano, inexistiram ajustes, mantendo-se o valor inicialmente lançado.

Quanto ao mês de março de 2009, o montante apurado foi zerado, tendo em vista o fato do débito ali apurado estar contido na denúncia espontânea realizada pelo sujeito passivo, o que elimina o valor do lançamento.

Para o exercício de 2009, o autuante, quando da informação fiscal, acatou o parcelamento que a empresa autuada efetuou, eliminando os valores ali apurados do demonstrativo elaborado, e diante da falta de substância e elementos da informação fiscal, o que levou a realização da diligência, na qual, diante dos elementos trazidos ao processo foram realizados novos ajustes, atentando para a legislação, e elaborados novos demonstrativos, com os quais concordo, bem como diante da existência da denúncia realizada antes da ação fiscal, consoante documentos de fls. 183 a 186.

Desta forma, a infração subsiste parcialmente, no valor de R\$706.123,11, na forma dos demonstrativos de fls. 710 a 712 e 721 a 742.

Quanto à infração 02, da mesma forma o autuado apresentou contestação aos valores lançados, elaborando planilha que entendia correto, à vista da aplicação da legislação pertinente, oportunidade na qual o autuante ajustou os valores constantes no demonstrativo de débito, reduzindo o mesmo, o que valeu a redução do montante da infração, de acordo com novo demonstrativo constante às fls. 713 a 720, ao qual adiro, o que a torna parcialmente subsistente, no valor de R\$31.165,61.

Por tais razões, entendo que o lançamento deve ser julgado procedente em parte, de acordo com os demonstrativos acostados às fls. 710 a 742.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269189.3014/11-0** lavrado

contra **SYKUE GERAÇÃO DE ENERGIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$737.288,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo ao órgão competente a homologação dos valores recolhidos .

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA