

PROCESSO - A. I. Nº 232903.0316/11-0
RECORRENTE - AGRO UNIONE LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0215-02/11
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0101-11/16

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE DESTAQUE EM DOCUMENTOS FISCAIS, LANÇAMENTO E RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE VENDAS INTERESTADUAIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O recorrente não comprovou o pagamento do ICMS exigido. O Parecer Final que deferiu o regime especial aludido pelo sujeito passivo não contemplou operações interestaduais, tampouco beneficiou as operações com a sociedade DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA, que se localiza no Estado de Minas Gerais. As empresas às quais se aplica o regime especial são apenas três: IBIRALCOOL, SANTAMARIA e UNIAL. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTINATÁRIOS DOS BENS E SERVIÇOS DIVERSOS DO RECORRENTE. Não há autorização legal para uso dos créditos. O contribuinte utilizou indevidamente crédito nas operações de telecomunicação, as quais não ensejam tal direito. As notas e faturas foram emitidas em nome de terceiros. No que se refere à energia elétrica relativa a operações com contribuintes diversos do autuado, não existe previsão legal de uso de crédito e não surtem efeitos jurídicos ou tributários os contratos entre particulares, a teor do art. 123 do CTN (Código Tributário Nacional). 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. A sociedade empresaria utilizou base de cálculo inferior à das operações de saída. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOR. Os levantamentos iniciais foram revisados, com o cômputo de todos os débitos e créditos existentes no período anterior ao exercício de 2010, a exemplo do estorno de crédito no montante de R\$ 325.870,83, ocorrido em janeiro de 2009, e dos créditos transferidos para a conta corrente do ICMS no período anterior ao exercício de 2010, de forma a constatar o imposto disponível em dezembro de 2009, o qual serviu de saldo inicial no exercício de 2010. Indeferido o pedido de nova revisão ou diligência, pois duas foram realizadas, satisfatoriamente. Modificada a Decisão recorrida, na infração 6. Rejeitadas as preliminares. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por

meio do Acórdão 2ª JFJ nº 0215/02-11, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 28/03/2011 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 724.018,58, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo discriminadas.

Infração 1 – Falta de recolhimento, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Trata-se de falta de destaque do imposto nas notas fiscais de venda de cana-de-açúcar para empresas localizadas em outra unidade da Federação, nos meses de fevereiro, abril, julho e agosto de 2010. R\$ 167.945,98 e multa de 60%, prevista no art. 42 II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 2 – Utilização indevida de crédito, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, por erro na aplicação de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias. A alíquota correta seria 12%, mas foi destacada nos documentos fiscais e utilizada pelo autuado a de 17%, no período de fevereiro a junho e agosto a novembro de 2010. R\$ 5.195,50 e multa de 60%, prevista no art. 42 II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 3 - Falta de recolhimento do imposto decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao consumo, nos meses de janeiro a setembro e dezembro do exercício de 2010. R\$ 9.650,61 e multa de 60%, prevista no art. 42 II, “f” da Lei 7.014/1996.

Infração 4 – Recolhimento a menor, em função de erro na determinação das bases de cálculo nas saídas regularmente escrituradas. Bases de cálculo inferiores às das operações, destacadas nos documentos fiscais, nas vendas de cana-de-açúcar para outra unidade da Federação, nos meses de maio a agosto, novembro e dezembro de 2010. R\$ 10.092,47 e multa de 60%, prevista no art. 42 II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 5 - Utilização indevida de crédito, referente a “mercadorias” destinadas a contribuintes diversos dos indicados nos documentos fiscais, em operações com energia elétrica, como também em operações de telefonia celular, nos meses de janeiro a junho e agosto a dezembro do exercício de 2010. R\$ 5.954,37 e multa de 60%, prevista no art. 42 VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 6 - Recolhimento a menor, devido a desencontros entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no período de fevereiro a junho de 2010. Consta que foi refeita a apuração, bem como procedidos os ajustes no levantamento apresentado pelo contribuinte quanto à apuração do crédito passível de utilização no livro CIAP. Foram lançados no Demonstrativo de Apuração do ICMS os valores mensais que o sujeito passivo poderia transferir de crédito do CIAP, deduzidos os outros créditos consignados de forma indevida. R\$ 525.179,65 e multa de 60%, prevista no art. 42 II, “b” da Lei 7.014/1996.

Houve reconhecimento das infrações 2 e 3.

A Junta de Julgamento Fiscal (JFJ) apreciou a lide no dia de 02/08/2011 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 260 a 268), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto e aplicar multa decorrente de 06 (seis) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu integralmente as infrações 02 e 03. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no presente caso encontra-se restrita às acusações 01, 04, 05 e 06, consignadas no Auto de Infração.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Na infração 01, é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por falta de destaque do imposto nas notas fiscais de vendas de cana-de-açúcar para empresas localizadas em outra unidade da Federação.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não existe na legislação baiana previsão para existência de “regime especial tácito” como alegado pela defesa. Todo e qualquer regime especial somente é admitido expressamente.

De igual modo, também não pode ser acolhida o pedido de nulidade sob a alegação de que foi aplicada alíquota de 17% e não de 12%, uma vez analisando o demonstrativo que embasou a infração, acostado à folha 15 dos autos, o qual foi entregue ao sujeito passivo, fica claro que o autuante aplicou corretamente a alíquota de 12%.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não podem ser acolhidas as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, observo que o procedimento fiscal foi correto. A defesa repete a alegação de que o autuante teria utilizado a alíquota de 17%, o que não reflete a verdade processual, como já destaquei na análise da preliminar de nulidade. A infração foi embasada no demonstrativo à folha 15, o qual demonstra que a fiscalização utilizou a alíquota de 12%.

Quanto a alegação defensiva de que o ICMS já teria sido recolhido pelas empresas DASA e ALCANA, os pagamentos realizados foram considerados pela fiscalização, tendo o autuante observado que alguns recolhimentos foram realizados pelo autuado e pela DASA e foram estornados no livro Registro de Apuração do autuado, por ocorrência de pagamento em duplicidade, tais lançamentos foram acatados e reconhecidos na ação fiscal, não sendo em ambos os casos objeto de autuação.

A empresa autuado reconhece parte do valor autuado, questionando os créditos reclamados referente às Notas Fiscais nºs 325, 326 e 330, relativas as operações de venda para empresa DASA, fls. 23, 24 e 27.

Nos citados documentos fiscais o autuado não destacou o ICMS devido, tendo escriturados no livro Registro de Saídas, fl. 18, sem o respectivo débito do imposto, sendo lançadas tais operações como isentas e não tributadas. Portanto, este fato demonstra que o autuado não tinha intenção de recolher o imposto devido. Ademais, se houve algum recolhimento caberia ao contribuinte ter anexado o comprovante em sua peça de defesa, o que não ocorreu no caso em lide, apesar do sujeito passivo ter recebido cópia do demonstrativo que embasou a infração. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, entendo que restou caracterizada a falta de destaque do imposto nas notas fiscais de vendas de cana-de-açúcar para empresas localizadas em outra unidade da Federação.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Base de cálculo inferior ao valor da operação, devidamente destacado no documento fiscal, conforme notas fiscais e demonstrativo acostados aos autos, nas vendas de cana-de-açúcar, em operações para outra unidade da Federação, nos meses de maio, agosto e novembro e dezembro de 2010.

Em sua defesa o sujeito passivo não nega a infração, apenas alega que o autuante errou ao apurar o imposto devido aplicando a alíquota de 17%, quando o correto seria 12%.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que analisando o levantamento fiscal que embasou a infração, fl. 114, restou comprovado que a alíquota aplicada pela fiscalização foi de 12%, não havendo nenhuma reparação a ser realizado do levantamento fiscal, estando a infração caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, em operações com energia elétrica e telefonia celular.

A infração em tela foi embasada no demonstrativo, fls. 136 e 137, e nos documentos acostados às folhas 138 a 198. Da análise dos referido documentos restou comprovado que o contribuinte utilizou indevidamente de créditos nas operações de telecomunicações, que não dão direito a crédito, conforme legislação em vigor. Outra parte da autuação refere-se a energia elétrica em operações com contribuintes diversos do autuado, também sem previsão de utilização de crédito fiscal, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de que se trata de contratos de arrendamentos de propriedades rurais.

Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 06 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no período de fevereiro a junho de 2010. Consta da acusação que foi refeito o livro Registro de Apuração do ICMS e procedido os devidos ajustes no levantamento apresentado pela empresa, quanto à apuração de crédito passível de utilização do livro CIAP. Sendo lançado no Demonstrativo de Apuração do ICMS, os valores mensais que a empresa poderia transferir de crédito do CIAP, como também foi procedido a exclusão de Outros Créditos lançados indevidamente.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, alegando que o autuante desconsiderou a ação fiscal anterior, a mesma não pode ser acolhida, pois a ação fiscal em lide refere-se a período diversos da ação fiscal anterior, ademais, mesmo que fosse no mesmo período, este fato não caracterizaria nulidade da lançamento, uma vez o direito da Administração Fazendária de verificar a ocorrência de elementos que possam configurar obrigações tributária somente é limitado em decorrência do instituto de decadência. Portanto, 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.

No mérito, a fiscalização apurou o imposto devido na infração em tela mediante revisão do livro Registro de Apuração do ICMS, que teve como base os valores reais de crédito do CIAP, apurados nas fiscalizações anteriores e que foram considerados pela ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração ora em lide, não sendo considerado também o valor de outros creditados lançados em fevereiro de 2010, conforme demonstrativo às folhas 200 e 201 dos autos.

Em que pese a fiscalização objetivar apenas ao exercício de 2010, por se tratar de créditos do ativo imobilizado, o autuante buscou ratificar as informações e demonstrativos apresentados pelo contribuinte. Em relação aos valores devidos de crédito apropriados e a serem apropriados do CIAP, buscou validar os valores transferidos do CIAP para o livro Registro de Apuração do ICMS, apesar de não ter sido apresentado pela empresa o respectivo livro, como ressaltou o autuante em sua informação fiscal, os valores foram auditados através dos documentos e do demonstrativo do CIAP, apresentado pela empresa, inclusive demonstrativos dos exercícios anteriores, que foram objeto de fiscalizações anteriores, inclusive com os devidos ajustes procedidos pela fiscalização e pelas fiscalizações anteriores, conforme demonstrativo a fl. 201, onde destacou que na coluna “Out. Créditos do CIAP” tratam-se dos valores mensais que foram transferidos e utilizados no livro de Apuração do ICMS pelo contribuinte em cada exercício.

Em relação a Denúncia Espontânea nº 600000.1793/09-0, também entendo que foi correto o procedimento da fiscalização, uma vez que não há coincidência entre o valor estornado. O valor denunciado em outubro de 2009, foi para pagamento em 60 meses, onde cada parcela corresponde à parte de valor principal mais acréscimos, inclusive só havia pago cinco parcelas até fevereiro de 2010, portanto não poderia o autuado ter utilizado o referido crédito integralmente.

Em relação a alegação defensiva de que quando da lavratura do AI 180503.0211/09-0, por se tratar de créditos utilizados do CIAP de Jan a Dez/08 que os referidos créditos não haviam sido utilizados e, por sugestão da fiscalização anterior, foram estornados do livro de apuração todas as apropriações de créditos do CIAP, em janeiro/2009, tal alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o referido crédito somente poderia ter sido utilizado caso o sujeito passivo tivesse quitado o referido Auto de Infração, o que não ocorreu, uma vez que o contribuinte apresentou defesa do mesmo.

Ressalto que consultei o site da SEFAZ na internet, sefaz.ba.gov.br, e constatei que o Auto de Infração anterior, foi encaminhado para ciência do autuante e do autuado em 23/05/2011, enquanto o contribuinte se creditou em fevereiro de 2010, portanto, antes da quitação do referido Auto de Infração.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido”.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 280 a 295, aduzindo a tempestividade da peça, sintetizando os fatos e reclamando do prazo que dispôs para protocolar a petição do apelo, o qual qualifica de exíguo.

Em seguida, referindo-se especificamente às infrações 1 e 6, argumenta que o lançamento de ofício é nulo, assim como a Decisão recorrida, pois, em inobservância aos princípios do devido processo legal, da verdade material e da ampla defesa, esta última não enfrentou a alegação defensiva de que o Auto de Infração abarcou período anterior ao fiscalizado (infração 06; reconstituição do CIAP).

Alega que no sexto item do Auto de Infração foram auditadas as operações referentes ao período de 01/01/2010 a 31/12/2010 na reconstituição da conta corrente, sendo que o (período) anterior já havia sido contemplado em outra autuação. Em 23/09/2009, foi autuado por intermédio do Auto de Infração nº 180503.0211/09-0, em razão de créditos lançados no CIAP no ano de 2008. Conforme assegura, tais créditos não haviam sido efetivamente utilizados. Diante dessa situação, em momento posterior, a fiscalização, no Termo de Encerramento de fl. 235, lavrado no dia 09/09/2010, sugeriu o refazimento do referido livro e da conta corrente.

No que concerne à energia elétrica (infração 5), diz que não compreendeu o fundamento do Acórdão de origem, pois não sabe se a exigência foi mantida por ausência de autorização legal para o uso do crédito ou devido ao fato de as contas terem sido emitidas em nome dos arrendatários de terra “aonde é utilizada essa energia elétrica que tem seu pagamento suportado pelo recorrente na qualidade de contribuinte repercutida pelo imposto destacado nas contas em comento”.

Pergunta o motivo pelo qual não foi acolhida a argumentação de que o pagamento da energia é efetuado por si, em atenção aos contratos de arrendamento rural, não contestados pela autoridade lançadora.

Voltando a referir-se à sexta infração, à fl. 284, transcreve trecho do Termo de Encerramento da fiscalização anterior, de fl. 235, datado de 09/09/2010, que entende não ser passível de alteração (art. 100, II, CTN), no qual está dito o seguinte:

“...Detectamos e concordamos com o contribuinte que o saldo do CIAP é menor do que o apresentado, ou seja, ao invés de R\$ 536.701,93 de crédito, o mesmo teria direito de apenas R\$ 393.089,42 em 31/12/2009. Sendo ainda passível de apropriar um montante de R\$ 336.414,03 a partir de janeiro de 2010, O que provocará repercussão nos recolhimentos realizados pelo contribuinte a partir de 2010”.

Passa a discorrer sobre supostos “regimes especiais tácitos” concedidos pela Inspetoria de Teixeira de Freitas às usinas compradoras de cana de açúcar DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA e ALCANA, suas clientes, de maneira que essas pagavam o imposto de toda a cadeia de circulação nas entradas das mercadorias, encerrando assim a fase de tributação (infração 01).

Com relação às alíquotas, sustenta que não trabalhou bem o auditor, pois as operações autuadas são de vendas de matéria-prima “*in natura*” (cana de açúcar no caule) para outro Estado, razão por que pleiteia revisão para correção (diligência).

Ao abordar o mérito da infração 1, à fl. 288, volta a trazer o assunto atinente às usinas compradoras e argumenta que a alíquota correta é 12%, e não 17%, como consta do lançamento.

No tocante à quarta imputação, aduz que os atos administrativos até então levados a efeito se revelam equivocados no que diz respeito “*a comezinhos princípios matemáticos*”. A indicação de uso do percentual de 12%, quando em verdade o cálculo imputado traduz o uso da alíquota de 17%, “*é óbvia e salta aos olhos*”.

Quanto à infração 05, afirma que, como sociedade agrícola, mantém contratos de arrendamento de propriedades rurais, dos quais consta a cláusula de que cabe a si - em razão da posse direta que exerce sobre os bens arrendados -, os pagamentos de despesas com energia elétrica e telefonia. Assim, sente-se autorizado a usar os créditos respectivos, sem os quais o princípio da não cumulatividade restaria violado, na sua concepção.

Logo a seguir, frisa que “*essa parte do Recurso é prejudicada pelas omissões das razões de decidir já expostas alhures*”.

Quanto à sexta acusação, reitera as alegações relativas ao sobredito Termo de Encerramento (fl. 235), mostrando-se inconformado com o fato de o auditor autuante ter desconsiderado por inteiro o trabalho do seu colega que o emituiu.

Alegando ter efetuado Denúncia Espontânea em 2009, tendo como inaceitável usá-la para lavrar o presente Auto, chama especial atenção para os valores de R\$ 255.661,31 e R\$ 150.823,75, pois entende que o primeiro deve ser integralmente afastado e o segundo, na pior das hipóteses, reduzido para R\$ 70.752,72. Isso porque os débitos “*foram sendo quitados com o saldo devedor oriundo do livro CIAP, conforme apurado, fiscalizado e lavrado no Termo de Encerramento de Fiscalização do exercício de 2009*”.

Prossegue salientando que, para chegar à cifra de R\$ 68.359,69 no levantamento inicial, de fls. 200/201, o auditor desconsiderou o estorno que o fiscalizado efetuou a mando do Estado, referente a janeiro de 2009, bem como o próprio Termo de Encerramento anteriormente lavrado, motivo pelo qual repete o pleito de revisão.

Por fim, fornece endereço para intimações, protesta pela produção de provas e conclui requerendo improcedência ou nulidade.

A Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), no Parecer de fls. 302/303, da lavra da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, rejeitando a tese de nulidade e destacando que os argumentos do apelo são idênticos aos da impugnação, assinala que as alegações apresentadas não são suficientes para

modificar o Acórdão de primeira instância administrativa.

Conforme documento de fls. 306/307, a segunda Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC/CONSEF), com a solicitação de que os livros fiscais fossem examinados para verificar os saldos registrados no livro CIAP, juntamente com aqueles apurados na fiscalização anterior, informando a situação atual do Auto lavrado anteriormente (infração 06).

No Parecer ASTEC 00037/2013, de fls. 309 a 311, está dito que os montantes registrados no RAICMS conferem com os do CIAP. Todavia, os saldos apurados na presente fiscalização divergem daqueles do CIAP, uma vez que este último foi refeito por orientação de auditor fiscal estranho ao presente feito; ou seja, aquele responsável pelo Termo de Encerramento de fl. 235.

O Auto de Infração nº 180503.0211/09-0 encontrava-se em fase de defesa quando da elaboração do referido Parecer.

O autuante tomou ciência à fl. 454 e o contribuinte se manifestou às fls. 460 a 464, asseverando que o Parecer da ASTEC merece prestígio e reiterando as argumentações e os pedidos já relatados.

Às fls. 491/492, o autuante presta informação fiscal e alega que o recorrente tenta manter uma relação equivocada entre os valores citados no Termo de Encerramento de fl. 235 e os da presente autuação, fato que já foi esclarecido por si à fl. 250, com a argumentação de que *“essa fiscalização [de fl. 235] jamais poderia retroagir a uma fiscalização já realizada [da qual resultou o AI 180503.0211/09-0]”*.

Na diligência, foi apresentado pelo contribuinte, à fl. 359, uma planilha dos créditos e débitos lançados até 2009, com exceção das quantias ajustadas na fiscalização anterior e na atual, com divergência quanto à cifra de R\$ 325.870,83, de janeiro de 2009, e outras. Tal lançamento repercutiu na redução do crédito utilizado, *“apresentando inclusive saldo negativo de utilização”*.

Observa, ainda, com relação à diligência, que o autuado apresentou cópia do livro CIAP sem Termos de Abertura e Encerramento (fls. 346 a 452), escriturado de forma digital, mas com alguns campos preenchidos manualmente (fls. 355/356).

A PGE/PROFIS, à fl. 494, ratifica o Parecer anterior.

Às fls. 516/517, a 2ª CJF converteu o feito na segunda diligência, com as seguintes solicitações.

- 1- *Em relação à primeira infração, intimar o sujeito passivo a anexar aos autos documentos fiscais que venham a comprovar: a) o liame entre o recolhimento anunciado do imposto por DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL SERRA e as notas fiscais objeto da autuação; b) o efetivo pagamento do ICMS, conforme alegado.*
- 2- *Quanto à sexta infração, considerar no levantamento “Apuração de Créditos do Livro CIAP”, de fls. 200/201, todos os débitos e créditos porventura existentes no período anterior ao exercício de 2010, a exemplo do estorno de crédito no montante de R\$ 325.870,83, ocorrido em janeiro de 2009, sobretudo os valores de créditos transferidos para a conta corrente do ICMS no período anterior ao exercício de 2010, caso existentes, de forma a constatar o imposto DISPONÍVEL em dezembro de 2009, o qual servirá de saldo inicial no exercício de 2010. Em seguida, partir do ICMS DISPONÍVEL, refazer o demonstrativo de fl. 200, de modo a constatar eventual existência de quantia a pagar.*

No Parecer ASTEC 00079/2015, de fls. 519 a 522, está dito que o recorrente foi intimado e apresentou documentos às fls. 523 a 559, nos quais estão detalhadas as operações com DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA, não existindo crédito em favor do Estado (infração 1). Às fls. 560 a 565, segundo o diligente, comprovou-se a existência de regime especial entre DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA e o Estado da Bahia para recolhimento do ICMS nas operações de que trata a infração 1, conforme consignado no campo destinado às informações complementares das notas fiscais. Informa também que às fls. 566 a 569 foram juntados comprovantes de pagamento e parcelamento.

No tocante à sexta infração, foram considerados no levantamento *“Apuração de Créditos do*

Livro CIAP”, de fls. 200/201, todos os débitos e créditos existentes no período anterior ao exercício de 2010, a exemplo do estorno de crédito no montante de R\$ 325.870,83, ocorrido em janeiro de 2009, e dos créditos transferidos para a conta corrente do ICMS no período anterior ao exercício de 2010, de forma a constatar o imposto disponível em dezembro de 2009, o qual serviu de saldo inicial no exercício de 2010. A partir do saldo inicial de 2010 foram refeitos os demonstrativos de fls. 200/201 e encontrado saldo credor (fls. 592/593).

O autuante foi cientificado no dia 30/11/2015 (fl. 599), assim como o sujeito passivo, em 01/12/2015 (fl. 600), mas não se manifestaram.

Por meio do Parecer de fls. 603/604 e do despacho de fl. 605, emitidos pelas i. procuradoras Maria Helena Mendonça Cruz e Rosana Maciel Bittencourt Passos, a PGE/PROFIS acolheu a revisão efetuada pela ASTEC/CONSEF, no sentido da improcedência das infrações 1 e 6, e opinou pelo Acolhimento Parcial do Recurso Voluntário, reiterando os demais termos do opinativo anterior, de fls. 302/303.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o auditor fiscal e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º do Decreto 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados pelo contribuinte, quer na petição de Recurso, quer na manifestação.

O procedimento não abarcou datas de ocorrência anteriores ao período fiscalizado, o que pode ser constatado na peça vestibular. Apenas analisou os saldos reais do livro CIAP desde abril de 2005 (fl. 593), o que foi necessário para a sua reconstituição.

Quanto ao prazo concedido para interpor o presente Recurso Voluntário, é o previsto no art. 171 do RPAF-BA/1999. Legal, por conseguinte.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Tomo como fundamento o art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999 para negar o pleito de realização de outra diligência ou revisão (duas já foram realizadas), pois todos os elementos necessários e suficientes para formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes nos autos.

As intimações devem ser endereçadas observando-se as normas dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

No mérito da infração 01, decorrente de falta de destaque do imposto nas notas fiscais de venda de cana de açúcar para empresas localizadas em outra unidade da Federação, não existe na legislação que rege a matéria previsão de “*regime especial tácito*”.

Constato, à fl. 15 dos presentes autos, que não merece guarida o argumento de que foi aplicada a alíquota de 17%, e não de 12%, pois isso não corresponde à realidade. Para isso, basta dividir os valores consignados na coluna “*ICMS devido*” por aqueles pertencentes à coluna “*B. Cálculo*”.

No que concerne à alegação de que o ICMS seria de responsabilidade de outras sociedades, como DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA, os pagamentos até então efetuados foram deduzidos do levantamento, tendo o autuante observado que alguns deles foram feitos pelo recorrente e pela DASA, com posteriores estornos no livro Registro de Apuração da AGRO UNIONE, tendo em vista recolhimentos em duplicidade. Esta situação foi considerada na auditoria, não tendo sido tais

operações objeto do lançamento de ofício. Tal procedimento, ao menos no que concerne à DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA, foi equivocado; ou seja, os seus recolhimentos não poderiam ter sido levados em conta, uma vez que tal pessoa jurídica encontra-se expressamente proibida de efetuar pagamentos em prol do recorrente, conforme passarei a expor nos parágrafos que seguem.

Cumpre ressaltar que nos documentos de fls. 23, 24 e 27 não houve destaque do imposto e o sujeito passivo os lançou no livro Registro de Saídas como operações isentas ou não tributáveis. Verifico que entre os documentos acostados ao Parecer de fls. 519 a 522, resultante da segunda diligência, não há comprovantes de pagamentos legítimos ao Estado da Bahia. O favorecido dos extratos contidos nos versos das fls. 552/553 é um particular: INDÚSTRIA TRANSP. CALCÁRIO.

O Parecer Final que deferiu o regime especial aludido pelo sujeito passivo não contemplou, aliás, proibiu expressamente a sua aplicação nas operações interestaduais, tampouco beneficiou as negociações com a sociedade DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA (fls. 566 a 568), que se localiza no Estado de Minas Gerais. As empresas às quais se aplica o regime especial são apenas três: IBIRALCOOL, SANTAMARIA e UNIAL (fl. 567; “*in fine*”).

Por isso, o parcelamento de fls. 496/497 é nulo porque viciado por ilegitimidade passiva, vez que titularizado por DASA DESTILARIA DE ÁLCOOL E SERRA, instituição, como dito, vedada e não autorizada a efetuar pagamentos em nome da AGRO UNIONE.

Cabe o registro de que o recorrente, às fls. 496/497, reconheceu o débito relativo à ocorrência de abril de 2010 da infração 1.

Restou, portanto, caracterizada a falta de destaque do ICMS nas notas fiscais de venda de cana de açúcar para empresas localizadas em outra unidade da Federação.

Eventual recolhimento indevido, atinente a esta específica imputação, nº 01, pode ser objeto de pedido de restituição de indébito por quem o tenha efetuado.

Com respeito à infração 4 (recolhimento a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas, em operações de vendas de cana de açúcar para outra unidade da Federação), o apelante não nega o ilícito, mas sustenta que o auditor errou ao apurar o imposto aplicando a alíquota de 17%, quando o correto seria 12%.

Não lhe assiste razão, uma vez que à fl. 114 está claramente evidenciado que a alíquota aplicada pela fiscalização foi de 12%.

Quanto à infração 5 (utilização indevida de crédito, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, em operações com energia elétrica e telefonia), o demonstrativo foi juntado às fls. 136/137 (documentos às fls. 138 a 198).

Tais documentos comprovam que o contribuinte utilizou indevidamente crédito nas operações de telecomunicação, as quais não ensejam tal direito. As notas e faturas foram emitidas em nome de terceiros.

No que se refere à energia elétrica relativa a operações com contribuintes diversos da AGRO UNIONE, não existe previsão legal de uso de crédito e não surtem efeitos jurídicos ou tributários os mencionados contratos, a teor do art. 123 do CTN (Código Tributário Nacional).

"Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".

Por fim, a infração 06 imputa ao recorrente pagamento a menor, em razão de desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Conforme relatado, na segunda diligência, às fls. 592/593, os levantamentos de fls. 200/201 foram revisados, com o cômputo de todos os débitos e créditos existentes no período anterior ao exercício de 2010, a exemplo do estorno de crédito no montante de R\$ 325.870,83, ocorrido em

janeiro de 2009, e dos créditos transferidos para a conta corrente do ICMS no período anterior ao exercício de 2010, de forma a constatar o imposto disponível em dezembro de 2009, o qual serviu de saldo inicial no exercício de 2010.

O diligente, de forma equivocada, asseverou ter encontrado saldo credor no final do exercício de 2010. Isso porque, à fl. 592, cotejou o total dos saldos credores com os devedores de todos os meses de apuração e encontrou um montante de R\$ 6.098,95 em favor do contribuinte. Tal procedimento não se adequa ao roteiro de auditoria de refazimento de conta corrente do ICMS, por meio do qual devem simplesmente ser lançados os saldos devedores. Assinale-se que com isso não há violação ao princípio da não cumulatividade, pois o saldo eventualmente credor do final de um determinado mês é transportado para o mês seguinte. O que não se pode é cotejar anualmente os totais de saldos devedores e credores, como fez o diligente, pois isso já se faz ao longo da apuração, entre um período mensal e outro.

Por isso, acolho parcialmente o demonstrativo de fl. 592, de maneira que o valor da infração 06 seja alterado para R\$ 110.077,01, na forma abaixo.

MÊS/ANO	VALOR JULGADO
05/2010	54.641,40
06/2010	43.441,24
09/2010	1.119,48
10/2010	1.119,48
11/2010	1.265,72
12/2010	8.489,69
TOTAL	110.077,01

Modificada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo se proceder a homologação do valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232903.0316/11-0**, lavrado contra **AGRO UNIONE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$308.915,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS