

A. I. Nº - 120018.0104/14-2
AUTUADA - GUANABARA INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0194-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração nula. Vícios formais e materiais do lançamento não passíveis de correção. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Revisão pela autuante de valores que foram comprovadamente recolhidos pelo sujeito passivo. Correção material do lançamento no que se refere às datas de vencimento da obrigação principal. Ausência de prejuízo para o sujeito passivo. Não acolhido o pedido de nulidade desse item da autuação. 2. DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PARA A ALIMENTAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Valores das exigências fiscais revistos pela autuante, para considerar a redução de base de cálculo na operação de aquisição de bem destinado ao ativo fixo e a exclusão da cobrança de item em que foi comprovado o uso na condição de insumo do processo fabril, desenvolvido pelo contribuinte. Afastada a arguição de nulidade no que tange à aplicação das normas do RICMS de 1997 (Dec. nº 6.284/97). Incidência das regras do Regulamento vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/12/2014, para exigir ICMS no valor principal de R\$215.891,60, acrescido de multa e juros moratórios, contendo as seguintes ocorrências:

INFRAÇÃO 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Tudo conforme discriminado no Anexo 01 (fls. 8/10) deste PAF. Valor exigido: R\$115.791,64, acrescido da multa 60%.

INFRAÇÃO 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório. Conforme Demonstrativo constante do Anexo 01 (fls. 8/10) deste PAF. Valor exigido: R\$71.865,67, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 - Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários. Conforme Demonstrativo constante do Anexo 02 (fls. 11/12) deste PAF. Valor exigido: R\$9.140,19, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo. Conforme Demonstrativo constante do Anexo 03 (fls. 13/76) deste PAF. Valor exigido: R\$18.851,80, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 - Deixou de recolher o 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. Conforme Demonstrativo constante do Anexo 03 (fls. 13/76) deste PAF. Valor exigido: R\$242,30, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 18/12/2014, através de intimação pessoal firmada nos autos e ingressou com defesa administrativa protocolada em 19/01/2015, peça processual que se encontra juntada às fls. 80 a 96 dos autos, firmada por advogados com procuração nos autos (doc. fl. 97).

Após ressaltar a tempestividade da medida impugnatória e fazer uma síntese dos fatos e das acusações fiscais, o contribuinte passou a discorrer acerca das teses visando afastar as cobranças lançadas no Auto de Infração.

De início, suscitou a nulidade do lançamento fiscal fazendo referência à teoria das nulidades do professor Hely Lopes Meirelles e às disposições do art. 5º, inc. LV, da Constituição de 1988, que assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos. Afirmou que a autuação tomou por base para a sua fundamentação legal, as disposições do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/97), que foi revogado em 1º de abril de 2012. Argumentou que o A.I. foi lavrado em 18/12/2014 e que o elemento temporal do fato gerador define a legislação tributária aplicável ao caso, de acordo com o que prescrevem os arts. 105 e 106 do CTN, normas cujo conteúdo transcreveu na peça de defesa. Citou sobre o tema Decisão Administrativa originária do Conselho de Recursos Fiscais de Roraima.

Ainda no campo das nulidades a defesa sustentou que a infração 01 não atende ao que determina a CF/88 no que tange ao contraditório e à ampla defesa, vez que essa ocorrência foi fundamentada no Anexo I do A.I. que não permitiu ao contribuinte identificar a origem da suposta utilização indevida de crédito fiscal, violando também o disposto no art. 123 do Código Tributário da Bahia que assegura ao sujeito passivo o direito à ampla defesa.

Em seguida, a defesa declarou que caso sejam superadas as arguições de nulidade e baseado no princípio processual da eventualidade, passaria a discorrer sobre o mérito da autuação.

No tocante à infração 02, atinente à glosa de créditos de ICMS pela falta de apresentação de documento comprobatório do direito, afirmou que através dos DAES e GNREs juntados no anexo 4 (fls. 111/112) da peça de defesa, restaria comprovado o pagamento do ICMS realizado pelo contribuinte, atestando o direito ao lançamento do crédito fiscal. Disse que o valor recolhido foi no montante de R\$21.966,56, com pagamentos efetuados em 10/05/2010, no importe de R\$13.916,28 e em 08/10/2010, no valor de R\$8.050,31. Pede que esses valores sejam abatidos da quantia apurada pela autuante. Sustenta a tese de que essas cobranças indevidas configuram exigência de tributo em duplicidade ou bi-tributação.

No que se refere às infrações 04 e 05 contesta a forma como foi constituída a base de cálculo do imposto. Em relação à infração 04 observou que a NF nº 784 (anexo 5 - fl. 113) aponta base de cálculo no valor de R\$51.200,00, mas a efetiva base de cálculo do ICMS é no valor de R\$37.547,70. No que diz respeito à infração 05 salientou que para a NF 7769 (anexo 6 – fl. 114) foi computada a base de cálculo de R\$2.884,20 quando a correta base impositiva seria R\$2.662,00, visto entender ser indevida a inclusão do IPI nessa composição.

Concluiu a peça impugnatória formulando os seguintes pedidos:

- a) Distribuição e o conhecimento da presente impugnação;

- b) Conversão do feito administrativo em diligência para que sejam apuradas as informações prestadas na peça de defesa;
- c) Decretação de nulidade do Auto de Infração, fundada em vício formal, posto que fundamentado em Decreto revogado e desconformidade da infração 01 em relação ao demonstrativo de apuração, implicando em cerceamento do direito de defesa;
- d) Caso não seja assim entendido, pede a revisão da infração 01 com a juntada da lista de todas as notas fiscais que supostamente geraram o creditamento indevido e das mercadorias que se caracterizam como de uso e consumo;
- e) A revisão da infração 02 e da multa aplicada tendo em vista os pagamentos de ICMS efetuados pelo sujeito passivo;
- f) A revisão das infrações 04 e 05 no que se refere à composição da base de cálculo;
- g) A revisão dos valores de multas e juros com o expurgo dos cálculos da capitalização e demais acréscimos ilícitos;
- h) Que os advogados da empresa defendente sejam intimados de todo o andamento do processo para o regular exercício do direito de defesa.

Foi prestada informação fiscal em 22 de julho de 2015, peça processual que se encontra juntada às fls. 125 a 129 dos autos.

No que se refere à aplicação das normas do RICMS/1997 e não o RICMS/2012 na condução da ação fiscal, a autuante destacou que os exercícios fiscalizados foram os de 2010 e 2011, incidindo a legislação vigente à época dos fatos em consonância com o Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172/66, art. 144, § 1º que estabelece que o *“lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”*.

Relativamente à INFRAÇÃO 01, a autuante declarou que o levantamento fiscal dos créditos fiscais pode ser elaborado de várias formas, tendo optado por discriminar as notas fiscais que dão direito ao crédito, expurgando aquelas de uso e consumo. Disse que o importante é que o montante verdadeiro seja apurado e a escolha adotada deveu-se ao fato de tentar tornar mais claro o processo e a apuração dos créditos. Destacou no Demonstrativo as notas a cujo crédito a autuada tinha direito e expurgou as demais. E que esse critério goza da propriedade comutativa, onde o resultado é o mesmo: *“Crédito Devido é igual a Crédito Utilizado menos Crédito Indevido que corresponde a Crédito Indevido é igual a Crédito Utilizado menos Crédito Devido”*. Afirmou ainda que a autuada pode até discordar dos valores apurados, mas não da metodologia e da falta de conhecimento das notas, pois todas foram discriminadas no Anexo 01, juntamente com uma tabela onde estão explicitados os valores de créditos utilizados, os apurados por esta fiscalização e a diferença em favor do Estado.

Enfatizou que caso alguma nota fiscal que permita a utilização de crédito não tenha sido elencada no levantamento fiscal, que a defesa deveria apresentar o correspondente documento e, sendo pertinente, a autuante procederia a inclusão da mesma bem como a exclusão do valor correspondente.

Em relação à INFRAÇÃO 02, afirmou que a autuada utilizou créditos fiscais decorrentes de lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS, de valores pagos a título de antecipação parcial, sem que os DAE's tenham sido apresentados e consequentemente, sem que o imposto tenha sido recolhido. Disse ter apresentado nos autos a cópia do livro de Apuração do ICMS (RAICMS), sendo este, o documento comprobatório da infração, mas que a autuada não apresentou os DAE's, correspondentes, configurando reconhecimento tácito da cobrança.

Pontou que os valores que a defesa pede que sejam abatidos dessa cobrança não se referem aos meses que compõem o lançamento. Um está relacionado ao mês de abril em que não houve autuação. Quanto ao mês de setembro, o crédito apurado na ação fiscal foi no valor de R\$8.295,00

e o comprovante de pagamento trazido aos autos foi no importe de R\$8.050,31, resultando numa diferença de R\$244,69.

Para a INFRAÇÃO 03, disse que o contribuinte tacitamente reconheceu essa cobrança pois não fez qualquer menção à mesma, na peça de defesa.

Para as INFRAÇÕES 04 e 05, a autuante declarou que o pedido da autuada de exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS não encontra guarida na Lei do ICMS da Bahia (Lei nº 7.014/96), que estabelece em seu art. 17, § 1º, as seguintes regras a seguir transcritas:

Art. 17. A base de cálculo do imposto (...)

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

c) o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte.

§ 2º Não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Frisou mais à frente que a solicitação da autuada de se realizar novo cálculo dos juros e multas, por ter constatado a incidência em valores superiores aos previstos legalmente, não procede, pois o cálculo dos referidos acréscimos é feito automaticamente pelo sistema, não sendo encontrada nenhuma irregularidade.

Ao concluir a peça informe, pediu pela manutenção do Auto de Infração, devendo ser abatida a importância de R\$244,69 relativa à infração nº 02. Refez o Demonstrativo dessa ocorrência, anexada à fl. 130 dos autos, resultando no valor total a recolher do A.I. no importe principal de R\$207.841,29.

Notificado do inteiro teor da informação fiscal em 18/08/2015, o contribuinte ingressou com Manifestação escrita nos autos, protocolada em 27/08/2015, peça processual que foi anexada às fls. 135 a 148.

Em relação à infração 01 reiterou os termos da defesa no que se refere à nulidade dessa cobrança pela impossibilidade de se identificar as notas fiscais que resultaram na utilização indevida de crédito e respectivas mercadorias. Reiterou o argumento de que essa acusação não transparece com exatidão a origem da infração cometida.

Para a infração 02 reafirmou que se encontra recolhida a quantia R\$21.966,59, através do pagamento efetivado nas datas de 10/05/10 e 08/10/2010, nos importes, respectivamente, de R\$13.916,28 e R\$8.050,31, pedindo novamente que essas quantias sejam abatidas da autuação.

Nas infrações 04 e 05 reiterou a não observância das bases de cálculo das notas fiscais nº 784 e nº 7769, relacionadas, respectivamente, à redução da base imponible da operação de origem e à indevida inclusão do IPI na apuração do imposto. Juntou cópias de documentos às fls. 142/144, 146/147 e 149/153.

Reiterou, ao final da Manifestação, todos os pedidos formulados na inicial.

Em nova informação fiscal que foi anexada à fl. 167 dos autos a autuante reiterou os termos da informação anterior e manteve o Auto de Infração nos valores apurados naquela intervenção.

O PAF foi distribuído para a 5ª JJF, na relatoria do Aud. Fiscal Ildemar José Landin, que determinou a conversão do PAF em diligência, conforme Termo juntado à fl. 171, com as seguintes determinações corretivas do lançamento:

1 – Trazer ao processo, mediante intimação dos documentos fiscais junto à impugnante, as notas fiscais que embasam a infração 1, cujo crédito é indevido, juntamente com o demonstrativo indicando as notas, valor, data etc.;

2 – Refazimento dos cálculos das infrações 4 e 5 considerando-se na apuração do ICMS devido os valores que constam na base de cálculo da incidência do imposto na origem e não pelo valor total da nota fiscal.

A diligência foi executada pela autuante e o relatório da mesma se encontrada apensado às fls. 174/175.

Em relação à infração 01, a autuante declarou que o levantamento foi realizado em várias etapas e elaborado novo demonstrativo com o detalhamento das notas cujos créditos foram glosados, sendo apurado o valor de R\$79.452,92, conforme planilhas anexadas às fls. 178 a 185 do PAF.

No que se refere às infrações 04 e 05, relacionadas, respectivamente, à cobrança de DIFAL nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado e para uso e consumo, a autuante declarou que não cabe o refazimento dessas apurações com a exclusão do IPI, declarando ainda que a base de cálculo para efeito de pagamento da diferença de alíquotas é o valor da operação na unidade federada de origem. Reiterou que o IPI integra a base imponible do ICMS de acordo com o que estabelece o § 2º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, salvo quando a operação foi realizada com incidência de ambos os tributos e entre contribuintes de ambos os impostos.

Elaborou novo Demonstrativo de Débito do A.I., juntado às fls. 176/177, resultando no valor total a recolher de R\$170.137,26.

Cientificado do resultado da diligência, ingressou com Manifestação nos autos às fls. 190 a 193. Reiterou as arguições de nulidade do lançamento e no tocante à infração 02 declarou que a autuante procedeu à alteração da data de ocorrência e da data de vencimento de 2010 para 2011, em relação aos meses de abril, junho e novembro, conforme detalhado à fl. 194.

Para a infração 04 reclamou da aplicação da alíquota de 17% na cobrança do DIFAL ressaltando que a alíquota correta para essas operações é no percentual de 10%, e que a autuante não cumpriu o determinado pela 5ª JF visto que a base de cálculo da NF nº 784 foi reduzida na operação de origem por força das disposições do Conv. ICMS 52/91, razão pela qual sustenta que a cobrança do DIFAL deveria levar em consideração a base imponible reduzida, no valor de R\$37.646,70 e não a cifra de R\$51.200,00, que correspondente ao valor total da operação.

Quanto à infração 05, afirmou também que houve a aplicação incorreta da alíquota de 17% ao invés de 10% para o DIFAL/consumo, além da indevida composição da base de cálculo pelo valor total com a inclusão do IPI (imposto federal).

Reiterou os pedidos formulados nas intervenções anteriores e nulidade ou improcedência do lançamento.

A autuante, em nova informação fiscal, anexada às fls. 229/230 dos autos, afirmou, em relação à infração 02, que no levantamento originário houve uma troca dos anos das ocorrências fiscais, sendo todas registradas em 2010, ao invés de 30/04/2011, 30/06/2011 e 30/11/2011. Em decorrência procedeu às correções naqueles meses, pontuando ainda que tal equívoco pode ser confirmado a partir das cópias do livro RAICMS dos respectivos meses.

Acrescentou que no mês de setembro de 2010 foi registrado um crédito a título de antecipação parcial no valor de R\$8.295,00 (fl. 15 do PAF), sendo abatido o pagamento no montante de R\$8.050,31, resultando no valor a recolher na cifra de R\$244,60, já registrado no Demonstrativo elaborado na informação fiscal anterior.

No tocante à infração 04 disse que já havia sido considerada a redução de base de cálculo relacionada à NF nº 784 e abatido o valor de R\$13.653,30 com a redução do valor do imposto a ser recolhido no mês de maio/2010, dessa operação para a quantia de R\$1.262,94, remanescendo a

cobrança para as demais notas fiscais. Consignou ainda a utilização da alíquota de 17% não alterou o valor do imposto lançado e o novo demonstrativo registra a diferença de alíquota no percentual de 10%.

Em relação à infração 05, cuja contestação empresarial está vinculada à NF nº 7760, de 10/05/2010, a autuante procedeu à exclusão da cobrança sobre esse documento, no valor de R\$2.884,20, por se referir a materiais (grampo em barrete 35x15) em que restou comprovado pela defesa a utilização no processo produtivo da empresa autuada. Quanto ao uso da alíquota de 17% reiterou que o valor do imposto lançado e o novo demonstrativo registra a diferença de alíquota no percentual de 10%.

Ao concluir essa nova peça informativa a autuante apresentou novo Demonstrativo de Débito por infração (fls. 231/232), com a seguinte composição pelos totais: *Infração 01: R\$79.452,94; Infração 02: R\$63.815,36; Infração 03: R\$9.140,19; Infração 04: R\$17.486,46; e, Infração 05: R\$58,76.* Em decorrência, a soma desses itens do A.I. totalizou a cifra de R\$169.953,72.

O contribuinte, em nova Manifestação nos autos, apensada às fls. 241 a 247, enfatizou que a autuante após novos refazimentos de cálculo das infrações constatou erros e equívocos resultando na redução dos valores lançados no A.I. no valor histórico de R\$45.754,34, correspondente à diferença aritmética de R\$215.891,60 (valor inicial do A.I.) – R\$170.137,26 (valor apurado na diligência determinada pela 5ª JF).

Reiterou que o lançamento está eivado de erros formais e materiais que geram insegurança jurídica e falta de clareza e precisão. Ressaltou ainda que os erros geraram prejuízo para a autuada em relação à redução das multas, visto que se o A.I. tivesse sido lavrado com os valores corretos poderia se beneficiar da redução de 70% e não 35% prevista no art. 45. I, da Lei nº 7.014/96, dentro do prazo para impugnação do lançamento fiscal.

Reafirmou a alteração das datas de ocorrência e vencimento dos meses de abril, junho e novembro de 2010, para o exercício de 2011 e que não houve pronunciamento acerca dos valores recolhidos na data de ocorrência de 30/04/2010, com vencimento 09/05/2010, no valor de R\$21.966,59, no tocante ao pedido de abatimento dessa cifra no Auto de Infração. Que houve alteração também na base de cálculo da infração 04.

Voltou a pedir a nulidade do Auto de Infração com base nas disposições do art. 18 do RPAF/99 por inexistir clareza e precisão nas cobranças do imposto e reiterou os demais pedidos formulados nas manifestações anteriores.

A autuante em nova informação fiscal prestada neste PAF, à fl. 267, datada de 16/04/2018, declarou que a defesa, na sua última Manifestação, não apresentou nenhum fato capaz de modificar as alterações já processadas no lançamento, pedindo pela manutenção do Auto de Infração.

O presente PAF foi redistribuído para este Relator, em 26/04/18, conforme despacho exarado à fl. 270 dos autos por servidor lotado na Coordenação Administrativa deste CONSEF, em razão do afastamento do Conselheiro Ildemar José Landin.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração contendo 05 (cinco) imputações fiscais conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou a nulidade do presente Auto de Infração por existir nas cobranças erros ou vícios de natureza formal e material.

No que se refere à aplicação das normas do RICMS/1997 e não o RICMS/2012, na conclusão da ação fiscal, observo, em conformidade com o que foi declarado pela autuante na primeira informação fiscal, que os exercícios fiscalizados foram os de 2010 e 2011, incidindo a legislação vigente à época dos fatos geradores, em consonância com o que dispõe Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172/66, no seu art. 144, § 1º que estabelece que o “lançamento reporta-se à data da

ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”. Improcede o pedido de nulidade suscitado pela defesa quanto ao enquadramento legal dos fatos apurados na ação fiscal.

Quanto às demais alegações de nulidades, serão as mesmas examinadas por ocasião da análise de cada uma das infrações, visto que o processo foi objeto de saneamentos ao longo das intervenções feitas pelas partes, envolvendo inclusive a realização de diligência determinada pelo anterior julgador/relator que conduziu o PAF até a ulterior redistribuição do feito.

No que se refere à infração 01, relacionada à cobrança do ICMS por creditamento indevido nas aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento, essa ocorrência foi objeto de diligência para fins de saneamento dessa cobrança, conforme Termo lavrado à fl. 171 dos autos. No procedimento revisional foi determinado o refazimento do Demonstrativo de apuração dos créditos indevidos, com o detalhamento das notas fiscais objeto das glosas, valores apurados e respectivas datas. Observo que o Auto de Infração, na sua configuração originária, conforme consta nos Demonstrativos anexados às fls. 08 a 10, tomou por base o somatório das notas fiscais que no entendimento da autuante davam direito à apropriação de crédito, e por diferença aritmética foram apurados os valores dos créditos indevidos, resultando na cobrança no importe de R\$115.791,64. A própria autuante declarou na primeira informação fiscal prestada nos autos (fls. 126/129), que a metodologia de apuração aplicada no A.I. era válida, pois o resultado seria o mesmo, ou seja, o crédito devido, corresponderia ao crédito utilizado, menos o crédito indevido, sendo o crédito indevido resultante da diferença aritmética entre os valores dos créditos utilizados e os créditos devidos. Fez referência a autuante à propriedade matemática da comutatividade, para validar o procedimento de apuração dos créditos indevidos que adotou.

Por ocasião da revisão determinada pelo colegiado da Junta de Julgamento que resultou no Demonstrativo juntado às fls. 178 a 185, e no valor apurado na cifra de R\$79.452,94, adotou-se metodologia de quantificação totalmente distinta, partindo-se de uma relação de notas fiscais que no entendimento da autuante não geravam direito de crédito na conta corrente fiscal do ICMS, mas sem discriminar as espécies de mercadorias, uma a uma, por documento fiscal, com a respectiva nomenclatura e a utilização das mesmas nas atividades da empresa ensejadoras do estorno.

Por sua vez, há documentos listados no citado Demonstrativo integrante da diligência, que sequer fazem menção a produtos que supostamente tenham sido utilizados para uso e consumo do estabelecimento. Fazem referência a outras situações completamente distintas, envolvendo falta de apresentação da NF, lançamento em duplicidade, operação de saída, utilização de crédito a maior que o consignado no documento fiscal, operação de locação, bens do ativo fixo etc. Essas situações nada têm a ver com a acusação integrante do item 01 do A.I., que se reporta ao creditamento indevido pela aquisição de bens para uso e consumo.

Diante do quadro acima exposto é inevitável se concluir que o ato de lançamento anterior e respectivo demonstrativo foram elaborados com vícios de omissão das notas e das mercadorias ou bens objeto da glosa dos créditos fiscais. Só essa circunstância, seria suficiente para anulá-lo. No novo Demonstrativo elaborado na fase de revisão do feito, houve, em verdade, a formalização de novo lançamento de ofício com a inclusão de novas acusações de natureza distinta da originária. E mesmo em relação aos créditos considerados indevidos, por aquisições para uso e consumo, inexistia a discriminação por item (mercadoria a mercadoria) e respectivos valores que possibilitassem ao contribuinte exercer na plenitude o seu direito de defesa e o contraditório.

Padece o item 01 do Auto de Infração, portanto, de NULIDADES INSANÁVEIS, estando caracterizado o cerceamento ao direito de defesa (vício formal), insegurança da acusação fiscal e inovação da acusação fiscal na fase de saneamento via diligência (vícios materiais), aplicando-se ao caso as disposições do art. 18, inc. II e inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Na infração 02, a exigência fiscal recaiu sobre a utilização indevida de crédito fiscal sem a devida comprovação documental do referido direito. Trata-se de créditos vinculados a operações

sujeitas ao pagamento do ICMS a título de antecipação tributária parcial. Restou comprovado nos autos que houve erro material na transposição das datas de ocorrências do Demonstrativo (Anexo 01), reproduzido à fl. 10, que embasa a autuação, para o texto do Auto de Infração, visto que as ocorrências listadas no Demonstrativo se referem aos meses de fevereiro, setembro e outubro de 2010 e abril, junho e novembro de 2011, totalizando essa cobrança o importe original de R\$71.866,67. No Auto de Infração, todos os fatos geradores foram lançados como se tivessem ocorrido no exercício fiscal de 2010. A Autuante procedeu a correção dessa desconformidade no Demonstrativo de Débito juntado à fl. 176 deste PAF, deduzindo ainda da ocorrência de setembro de 2010, cujo valor já se encontrava recolhido, no montante de R\$8.050,31, conforme atesta o documento de fl. 111 (relação de pagamentos do ICMS), sendo reduzida essa infração 02 para o montante R\$63.815,36. Reproduzo abaixo o novo Demonstrativo de Débito da infração 02, anexado à fl. 176 pela autuante:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Pós Julgamento
01.02.42	2	28/02/2010	09/03/2010	3.242,00	3.242,00
01.02.42	2	30/09/2010	09/10/2010	8.295,00	244,69
01.02.42	2	31/10/2010	09/11/2010	21.860,00	21.860,00
01.02.42	2	30/04/2010	09/05/2010	21.434,45	21.434,45
01.02.42	2	30/06/2010	09/07/2010	1.303,22	1.303,22
01.02.42	2	30/11/2010	09/12/2010	15.731,00	15.731,00
TOTAL				71.865,67	63.815,36

No que se refere à desconformidade das datas de ocorrência e vencimento entre o Demonstrativo de Débito do Auto e o Demonstrativo que embasa a infração (doc. fl. 10), não vislumbro vício que invalide a correção processada pela autuante. Primeiro porque essa correção foi objeto de ciência ao contribuinte e não houve alteração de valor que majorasse a obrigação tributária, visto que os fatos apresentados no A.I. para os meses abril, junho e novembro, se referiam a 2010, e a correção foi processada em 2011, onde efetivamente ocorreram as operações, reduzindo assim o valor dos acréscimos moratórios. Segundo, só se deve decretar nulidade se houver prejuízo de ordem formal e material para o contribuinte, o que não ocorreu no caso concreto.

No que tange ao pedido de dedução da parcela de R\$13.916,28, recolhido em 10/05/2010, a mesma se refere a fatos geradores do mês de abril de 2010, mas a cobrança lançada no Auto de Infração, após as devidas correções na data de ocorrência, está vinculada ao mês de abril de 2011. Portanto, não procede o argumento defensivo no tocante à pleiteada dedução.

A infração 02 fica, portanto, reduzida de R\$71.791,67, para a cifra de R\$63.815,36, acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, “a” da Lei nº 7.014/96, conforme Demonstrativo de Débito acima reproduzido.

A infração 03 está relacionada à falta de recolhimento do ICMS diferido, nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos funcionários da empresa autuada, e não foi objeto de contestação pela defesa. Reputa-se, portanto, que os fatos e valores ali apurados estão corretos diante da inércia processual do contribuinte. Julgo este item da autuação PROCEDENTE, na sua totalidade, no montante R\$9.140,19, conforme Demonstrativo de Débito inserido no A.I., acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Na infração 04, relacionada à cobrança do DIFAL por aquisições de bens destinados ao ativo fixo, os reclamos da defesa recaíram sobre a composição da base de cálculo da NF 784, visto que não foi considerada a redução da base imponível que incidiu na operação de aquisição do bem. Este documento fiscal está vinculado à ocorrência do mês de maio de 2010, sendo reduzida a cobrança desse período da cifra de R\$2.934,42, para o valor de R\$1.569,09. Em decorrência o Demonstrativo de Débito dessa infração passou a ter a composição reproduzida na tabela abaixo (fl. 232 do PAF), ficando reduzida a cobrança para a cifra de R\$17.486,47:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Pós Julgamento
06.01.01	5	31/01/2010	09/02/2010	1.066,54	1.066,54
06.01.01	5	28/02/2010	09/03/2010	3.893,34	3.893,34
06.01.01	5	31/03/2010	09/04/2010	10.957,50	10.957,50
06.01.01	5	31/05/2010	09/06/2010	2.934,42	1.569,09
TOTAL				18.851,80	17.486,47

No que se refere à alíquota utilizada no lançamento, apesar de constar no A.I. o percentual de 17%, a cobrança se restringiu à diferença de alíquota, entre 7%, incidente na operação originária, e 17% na operação de destino, verificada na Bahia, resultando na carga tributária efetiva de 10%.

O item 04 do A.I. é, portanto, PROCEDENTE EM PARTE, ficando reduzida essa cobrança de R\$18.851,80, para R\$17.486,47, após o ajuste da base de cálculo da NF 784, acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Na infração 05, a cobrança envolve o DIFAL nas operações de aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento. Os reclamos da defesa recaíram sobre a operação com a NF 7769, emitida em 10/05/2010, no que se refere à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS/DIFAL. Restou comprovado nos autos, após revisão efetuada pela própria autuante, que a operação vinculada àquele documento fiscal, no valor de R\$2.884,20, se referia a materiais (grampos em barrete 35x15) utilizados no processo produtivo da empresa autuada, sendo indevida a cobrança do ICMS/DIFAL nessa operação. Remanesceu a cobrança neste item, do valor de R\$58,76, relacionado ao fato gerador ocorrido em julho/2010, que não foi objeto de impugnação por parte da defesa.

No que se refere à alíquota utilizada no lançamento, cabem as mesmas observações aduzidas para a infração 04. Apesar de constar no A.I. o percentual de 17%, a cobrança se restringiu à diferença de alíquotas entre 7%, incidente na operação originária, e 17% na operação de destino, verificada na Bahia, resultando na carga tributária efetiva de 10%.

O item 05 do A.I., portanto, é PROCEDENTE EM PARTE, ficando reduzida essa cobrança de R\$242,30, para R\$58,76, com a exclusão da NF 7769. O valor residual é acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

No tocante à alegação defensiva de que os erros da autuante impediram o pagamento dos valores corretamente devidos, com a redução de 70% ao invés de 35%, prevista no art. 45 da Lei nº 7.014/96, observo que essa questão foi minorada com a declaração de nulidade da infração 01, de maior expressão monetária, e que contemplava diversos erros formais e materiais. No que se refere às demais ocorrências do A.I., todas as questões suscitadas foram sanadas nas informações fiscais e poderia o contribuinte ter efetuado o pagamento das parcelas que entendesse devidas no prazo de defesa de 60 dias, para usufruir dos benefícios de redução das penalidades previstas no dispositivo da lei do ICMS acima mencionado. Improcedem, portanto, os argumentos da impugnante.

Pelas razões acima expostas julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, que passa a ter a configuração descrita abaixo, resultando no valor principal de **R\$90.500,78**:

Infração 01 – NULA;

Infração 02 – R\$63.815,36;

Infração 03 – R\$9.140,19;

Infração 04 – R\$17.486,47;

Infração 05 – R\$58,76.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120018.0104/14-2**, lavrado

contra **GUANABARA INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.500,78**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "f", e inc. VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA