

PROCESSO - A. I. Nº 207090.0001/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RODOVIÁRIO SCHIO LTDA.
RECORRIDOS - RODOVIÁRIO SCHIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0219-01/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 13/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0346-11/05

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE SEUS EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO FORNECEDOR. O fornecedor neste caso é contribuinte substituído. Imposto de responsabilidade do destinatário. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. COMBUSTÍVEIS. É vedada a utilização de crédito fiscal não vinculado à operação de comercialização de mercadorias tributáveis. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente caracterizadas. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos em decorrência da Decisão da 1ª JJF concernente ao Auto de Infração nº 207090.0001/04-8, lavrado em 31/03/2004, para exigir ICMS no valor de R\$727.623,69, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, no valor de R\$40.507,29, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, por ter adquirido refeições para consumo por parte de seus empregados, infringindo os art. 2º, VII, 344, §1º, III, “a”, 347,I, §1º, III, 349, combinado com os art. 50, I e 59, I, do RICMS/97.
- 2- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$46.934,17, referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Contribuinte optante pelo Regime Normal de Apuração do imposto, conforme art. 93, “f”, do RICMS/97, adquiriu combustível de outras unidades da federação (produto sujeito a Substituição Tributária), apropriando-se indevidamente do crédito, sem comprovar ter havido a retenção e o recolhimento do ICMS devido pelo emitente, em favor do Estado da Bahia, conforme prevê o art. 373, §1º e 374, I, combinado com o art. 359, §3, do RICMS/97, ratificado pelo Convênio 03/99, Cláusula 1ª, §1º, III.
- 3- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.157,32, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

- 4- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.176,63, sem a apresentação de competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.
- 5- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$13.791,70, 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.
- 6- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$619.056,58, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

O autuado, às fls. 1672 a 1696, impugnou o lançamento tributário alegando ter o fiscal presumido que houve irregularidade, em função de ter tomado por base o livro Razão Contábil, bem como os livros Registro de Entradas, sem confirmar a natureza das operações realizadas através da respectiva documentação fiscal.

Passando a reproduzir a descrição das irregularidades apontadas no Auto de Infração e os fundamentos de impugnação.

Infração 1 – Reconhece que adquiriu de outras empresas, no período fiscalizado, refeições para fornecimento a seus empregados. Entretanto, as empresas são inscritas no cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, como contribuintes de Pequeno Porte e Microempresa, na forma do art. 408-E, do RICMS/97, ou como empresa tributada pelo regime de apuração em função da receita bruta, conforme disposição do art. 504, do mesmo regulamento.

Argumenta que, no caso de um dos fornecedores de refeição, inclusive, há o destaque do ICMS no campo próprio da nota fiscal, o que evidencia que houve a tributação já no momento da emissão da mesma, sendo indevida, portanto, uma nova tributação no momento da entrada das refeições no estabelecimento do contribuinte adquirente. Assim, não é justo que o autuado venha ser obrigado a recolher imposto que já foi recolhido por seu fornecedor de serviço, o que resultaria em enriquecimento injustificado por parte do Estado da Bahia.

Aduz que, mesmo que não venham ser aceitos os argumentos acima, o autuante considerou como base de cálculo do ICMS o valor total do fornecimento das refeições, ignorando a redução da base de cálculo prevista no inciso XX, do art. 87, do RICMS/97, o qual poderia ser aplicado na ação fiscal já nos anos fiscalizados, uma vez que tem origem em convênio firmado pelo Estado da Bahia no ano de 1993, convênio ICMS nº 09/1993.

Infração 2 – Reconhece que adquiriu, em outras unidades da federação, mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária, no caso específico o óleo diesel que seus veículos abastecem nos postos de combustível localizados ao longo das rodovias brasileiras, não sendo de sua responsabilidade comprovar ter havido a retenção e o recolhimento do ICMS devido pelos postos de abastecimento ao Estado da Bahia, como entendeu a autuante. Sendo a obrigação atribuída ao responsável pela substituição tributária, conforme art. 373, do RICMS/97.

No caso em pauta, sequer é o posto de abastecimento que fornece o óleo diesel para o impugnante, já que, em se tratando de fornecimento de combustível o ICMS é recolhido diretamente pela refinaria de petróleo. Logo, não há de se falar em comprovação ao Estado da Bahia, uma vez que a comercialização do combustível foi realizada pelo estabelecimento que é considerado contribuinte substituído.

Assegura que tem direito ao crédito fiscal, na qualidade de contribuinte baiano, conforme o § 3º, II, do art. 356, do RICM/BA, o qual estabelece que, poderão ser utilizados como crédito fiscal, pelo destinatário, tanto o imposto da operação normal, destacado no documento como o imposto pago por antecipação, sempre que, não sendo o adquirente considerado contribuinte substituído, receber, com imposto pago por antecipação, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Ressaltou que é cristalino o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS, sobre aquisições de óleo diesel de postos de abastecimento de outros Estados, pela análise do § 1º, V, do art. 359, do mesmo regulamento.

Diz que, caso venha a ser mantida esta vedação ao crédito fiscal sobre este consumo do combustível, estar-se-á ferindo de morte ao princípio constitucional tributário da não-cumulatividade.

Infração 3 – Concorda parcialmente com a autuação, já que, não cabe o creditamento integral do ICMS incidente sobre as aquisições de ativo imobilizado, mas sim em 48 meses, conforme disposto no art. 97, XII, do RICMS/97. Entretanto, o autuante deveria ter abatido o valor do imposto lançado, ou ao menos permitir que o impugnante abata o valor correspondente a 1/48 avos do imposto creditado, multiplicado pelo número de meses decorridos entre a data da ocorrência da infração e a de lavratura do Auto de Infração.

Infração 4 - Concorda parcialmente com a autuação, já que, assim como no item anterior, trata-se de transferência de ativo imobilizado da filial da empresa no Estado do Rio de Janeiro e que, por equivaler à aquisição de ativo imobilizado, o respectivo crédito deveria ser aproveitado em 48 meses. Entretanto, requer o abatimento o valor do imposto lançado em função dos meses transcorridos entre a data do registro da Nota Fiscal nº 93 e a de lavratura do Auto de Infração, à razão de 1/48 avos por mês.

Infração 5 - Concorda parcialmente com a autuação, porém, a cobrança sobre algumas operações sobre as quais entende que não há incidência da referida diferença de alíquota, conforme passou a demonstrar.

- a) Aquisições de Pneus – A autuante calculou a diferença de alíquota sobre aquisições de pneus realizadas junto à empresa Sociedade Michelin de Participações, Indústria e Comércio Ltda., sendo que pneus e câmara, estão sujeitos à tributação pelo regime de substituição tributária. Portanto, não cabendo a apuração de diferença de alíquota nas aquisições de pneus, já que o imposto foi cobrado do contribuinte em sua alíquota máxima, aplicando-se o disposto no art. 373, do RICMS/97 (Convênio nº 81/93), já reproduzido anteriormente.
- b) Aquisições de material de consumo para aplicação na prestação de serviço sujeitos ao ISSQN. Diz que além de ser uma empresa de transporte, exerce, em sua filial de Simões Filho, atividade de armazenagem e movimentação de produtos, integrando a cadeia logística de seus clientes.

Sustenta que muitas das aquisições computadas pela autuante como sujeitas a diferença de alíquota foram realizadas para aplicação na prestação destes serviços, como é o caso de filmes para embalagem de produtos e equipamento de proteção individual utilizados pelos funcionários que trabalham nas dependências do armazém, especialmente nos locais sujeitos a baixas temperaturas, não estando sujeitas à incidência da diferença de alíquota, conforme arts. 5º, parágrafo único e 7º, do RICMS/97. Devendo ser desconsideradas as aquisições realizadas junto aos fornecedores, indicadas à folha 1.686.

- c) Lançamento em duplicidade - No mês junho de 2001, a autuante computou em duplicidade a Nota Fiscal nº 18607, relativa à aquisição de material de consumo junto à empresa Capitani Ltda.

Infração 6 – Também, concorda parcialmente com a autuação, porém, a exemplo da infração 5, a cobrança sobre algumas operações sobre as quais entende que não há incidência da diferença de alíquotas, nos seguintes casos:

- 1) Aquisições de equipamentos através de leasing – Argumenta que o inciso II, do art. 7º, do RICMS, dispõe que não é devida a diferença de alíquota nas aquisições de bens ou material pela arrendadora ou arrendatária, tratando-se de arrendamento mercantil, nas hipóteses do

parágrafo 6º do art. 563. Impugnou o imposto calculado sobre as Notas Fiscais nºs 9648 (Fev/01), 9647 (Mar/01), as quais referem-se à remessa dos equipamentos adquiridos através da Nota Fiscal nº 9644, de 05 de fevereiro de 2001, além da Nota Fiscal nº 38115 (Set/01).

- 2) Aquisições de equipamentos para aplicação na prestação de serviços sujeitos ao ISSQN – argumenta que, a exemplo das aquisições de material de consumo para aplicação na prestação de serviços não sujeitos ao ICMS, também no caso da infração 6, a autuante computou como base de cálculo da diferença de alíquota as aquisições de equipamentos e materiais destinados à construção dos armazéns e de suas instalações, imobilizações estas que são utilizadas exclusivamente para a prestação de serviços de armazenagem de produtos.

Reitera que tais serviços estão sujeitos apenas ao Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza. Logo, a aquisição dos equipamentos necessários à construção e montagem das instalações necessárias à prestação destes serviços estão dispensados da incidência da diferença de alíquota do ICMS.

As folhas 1689 a 1691, indicou as aquisições que, em seu entendimento, não estão sujeitas à aplicação da diferença de alíquota.

- 3) Notas Fiscais de Prestação de Serviços – Diz que a autuante calculou, indevidamente, diferença de alíquota sobre notas fiscais de prestação de serviços, procedimento que não encontra respaldo na legislação, uma vez que o dito tributo incide somente sobre a aquisições de material de consumo e imobilizado, não havendo previsão de sua incidência sobre aquisições de serviços, por meio das notas fiscais indicadas à folha 1691.
- 4) Diferença de alíquota Calculada a Maior – Aduz que em duas ocorrências a autuante calculou a maior o valor da diferença de alíquota sobre as Notas Fiscais nºs 3734 e 200632.
- 5) Apuração do Diferencial em duplicidade – Indicou às folhas 1692 e 1693 os números das notas fiscais onde fora cobrada a diferença de alíquota em duplicidade.
- 6) Redução de base de cálculo – Em relação aos equipamentos que compuseram às instalações frigoríficas adquiridas junto à empresa Tecnofrio Equipamentos Frigoríficos Ltda., bem como à Recrusul S/A, cabe destacar que a dita operação foi tributada com redução da base de cálculo do ICMS, conforme pode ser observado pela análise das correspondentes notas fiscais de entrada, decorrente do Convênio ICMS nº 52/1991 combinado com o art. 72, I, do RICMS/97.

Sendo assim, deveria a autuante ter observado o disposto acima, o que dispensaria a tributação da diferença de alíquota sobre tais aquisições.

- 7) Tributação de nota fiscal de remessa – foi computada, indevidamente, como aquisição sujeita a diferença de alíquota a Nota Fiscal nº 129434, a qual se refere à remessa para acondicionamento de paletes de madeira, operação esta que não está sujeitas ao diferencial de alíquota.
- 8) Limitação da alíquota interna para fins de determinação do diferencial – Nos meses de outubro e dezembro de 2002, o impugnante adquiriu 30 veículos cavalos mecânicos, com alíquota de 7%. Ao apurar o valor da diferença de alíquota sobre estas aquisições, a autuante considerou como alíquota interna o percentual de 17%, o que resultou em uma diferença de 10%.

Ocorre que o preposto fiscal não observou que as aquisições de veículos tratores rodoviários para semi-reboques, classificados na TIPI na Posição Fiscal nº 87.01.20.00, a base de cálculo do ICMS é reduzida, por força do disposto no Convênio ICMS nº 115/2001, do qual o Estado da Bahia é signatário, de forma que a alíquota interna resulte numa carga tributária de 12%. Em decorrência deste convênio, e do disposto no inciso I, do art. 72, do RICMS/97, a diferença de alíquota deve ser calculada considerando a alíquota interna de 12%.

Ao finalizar, requer pela procedência parcial do Auto de Infração e que seja o mesmo recalculado para fins de apuração do saldo remanescente devido pelo contribuinte.

A autuante, à folha 1785 a 1791, ao prestar a informação fiscal esclareceu que:

Infração 1 – Os benefícios concedidos pela legislação estadual sobre o tema (art. 383-A e seguintes e 504 do RICMS/97), condicionam ao preenchimento de alguns requisitos. E que, em nenhuma hipótese, se estendem ao adquirente das refeições, por falta de previsão legal, sendo benefícios que não ultrapassam a figura do beneficiário. O art. 504, VIII, do citado regulamento, estabelece que trata das operações realizadas por contribuintes optantes pelo pagamento do imposto em função da receita bruta, que as saídas de mercadorias do estabelecimento serão documentadas por nota fiscal com imposto destacado normalmente, quando a operação for tributada, ou por NFVC, ou pelos documentos que a substituem, nos casos admitidos pela legislação. E adiante, no § 2º, inciso II, no mesmo art. 504, segue o legislador dizendo que para efeito de utilização do crédito fiscal, se cabível, pelo adquirente ou destinatário das mercadorias, nas saídas ou fornecimentos efetuados pelos contribuintes de que cuida o seu *caput*, não obstante o cálculo do imposto a ser recolhido pelo regime de apuração em função da receita bruta, o valor do crédito a ser utilizado pelo adquirente ou destinatário será o correspondente ao devido sobre a operação. No caso em tela, prevalece a norma dos arts. 2, VII; 344 §1º, III, “a”; 347, I, 348, § 1º, III, 349, combinado com os artigos 50, I e 59, I todos os dispositivos citados no Dec. 6.284/97.

Destaca que o Convênio nº 09/93, citado pelo contribuinte, é um Convênio autorizativo e não impositivo, que só foi acolhido pela legislação estadual, através da Alteração nº 46 (Decreto nº 8.865/03 – efeitos a partir de 29.09.03). A fiscalização, da qual resultou o Auto de Infração em exame refere-se aos exercícios de 2001 e 2002, reiterando todos os valores da infração.

Infração 2 – Aduz que todo o raciocínio do contribuinte contradiz os artigos 373 e § 1º, 374, c/c art. 359, § 3º, citados na autuação e mais os artigos 376 e § 1º, 512 A, III, “a”, §§ 1º e 2º, opinando pela manutenção integral da infração.

Infração 3 – Informa que o autuado, na folha 1682, acatou a infração, pleiteando, entretanto, o crédito na proporção de 1/48 mensais, que afirma ter direito. Esclarece que o art. 93, §§ 12 e 17, c/c o art. 339, §§ 1 e 2º, do RICMS vigente, estabelece a obrigatoriedade do contribuinte possuir e escriturar o CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente). Acrescenta que o art. 101, § 1º, estabelece que a escrituração do crédito extemporâneo será efetuada pelo contribuinte, nos livros fiscais próprios, somente com observância das regras estabelecidas, ou seja, estabelece rito próprio para sua realização. Ao fazê-lo, deverá observar que, como exerce uma atividade mista (transporte e armazenagem de mercadorias), não poderá creditar-se da totalidade dos valores, conforme disposto nos artigos 93, § 15 e 97, III do Decreto nº 6.284/97. Assim, uma vez que o contribuinte reconhece a autuação, opina pela manutenção da infração 3.

Infração 4 – Informa que o autuado, na folha 1683, acatou a infração, entretanto, não apresenta a nota fiscal ausente, e, ainda pleiteia o crédito na proporção de 1/48 mensais, que afirma ter direito. Esclarece que o art. 93, §§ 12 e 17, c/c o art. 339, §§ 1 e 2º, do RICMS vigente, estabelece a obrigatoriedade do contribuinte possuir e escriturar o CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente). Acrescenta o art. 101, § 1º, estabelece que a escrituração do crédito extemporâneo será efetuada pelo contribuinte, nos livros fiscais próprios, somente com observância das regras estabelecidas, ou seja, estabelece rito próprio para sua realização. Ao fazê-lo, deverá observar que, como exerce uma atividade mista (transporte e armazenagem de mercadorias), não poderá creditar-se da totalidade dos valores, conforme disposto nos artigos 93, § 15 e 97, III do Decreto nº 6.284/97. Assim, uma vez que o contribuinte reconhece a autuação, opina pela manutenção da infração 4.

Infração 5 – O autuante aborda três pontos:

1. Em relação à contestação da cobrança de diferença de alíquota, pela aquisição de pneus, de acordo com o art. 355, V, do RICMS/97, informa que não se fará a retenção ou antecipação do imposto, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado. Do exame do levantamento fiscal, folhas 1330 a 1334, chega-se as NF das folhas 1403, 1407, 1452 e 1457, reconhece que efetivamente foi cobrado o ICMS pela alíquota cheia, assistindo razão ao contribuinte, devendo tais valores ser excluídos do levantamento. Assim, em maio/01, resta a cobrança de R\$729,87, em agosto/01 R\$188,49;
2. Quanto à alegação do contribuinte que exerce outra atividade, além do transporte de mercadorias, sob a mesma Inscrição Estadual, fl. 39, que é a atividade de armazenagem, não sendo possível a cobrança do diferencial de alíquota de produtos adquiridos para atividade vinculada a cobrança do ISS, discorda do entendimento do autuado, uma vez que existe a figura da atividade mista, contemplada pelo RICMS vigente, no art. 97, III. Assim, é devida a cobrança da diferença de alíquota sobre ingresso de produtos destinados a uso e consumo da empresa autuado.
3. Assiste razão ao autuado quando informa, fl. 1687, o lançamento em duplicidade de uma nota fiscal, fl. 1332, sendo o débito de junho/01, reduzido para R\$788,76.

Quanto as demais parcelas opinou pela manutenção.

Infração 6 – O autuante abordou oito pontos:

1. No tocante ao argumento defensivo, fl. 1687, contestando a cobrança da diferença de alíquota sobre bens objeto de arrendamento mercantil (Notas Fiscais n°s 9648, 9649 e 38115, folhas 1380, 1382 e 1467), citando o artigo 563, § 6º, do RICMS vigente, razão assiste ao autuado, devendo ser reduzido os valores referente aos meses de: fevereiro/01 para R\$5.970,00 (fl.1331); março/01 para R\$44,00 (fl.1331) e setembro/01 inexiste ICMS de ativo.
2. Quanto à alegação do contribuinte que exerce outra atividade, além do transporte de mercadorias, sob a mesma Inscrição Estadual, fl. 39, que é a atividade de armazenagem, não sendo possível a cobrança da diferença de alíquota de produtos adquiridos para atividade vinculada a cobrança do ISS, discorda do entendimento do autuado, uma vez que existe a figura da atividade mista, contemplada pelo RICMS vigente, no art. 97, III. Assim, é devida a cobrança do diferencial de alíquota sobre ingresso de produtos destinados a uso e consumo da empresa autuado.
3. Acatou o argumento defensivo excluindo da autuação os valores referente às Notas Fiscais n°s 534, 548, 550, 551, 573 e 589.
4. Relativamente ao argumento defensivo de folhas 1691 e 1962, de que teria calculado a maior a diferença de alíquota sobre às Notas Fiscais n°s 3734 e 200632, respectivamente de fevereiro/2002 e junho/2001 (folhas 1561 e 1728), diz que derrubam a pretensão do contribuinte, os artigos 56, V combinado com o art. 69, parágrafo único, I, do RICMS, que tratam especificamente de nota fiscal de entradas de ativo, sem destaque do imposto por erro ou por omissão informando que será cotejada a alíquota interna, opinando pela manutenção dos valores.
5. Na folha 1692, trata o autuado de apuração da diferença de alíquota em duplicidade. Diz que assiste razão ao autuado quando informa serem as Notas Fiscais n°s 3427 e 3428 de venda para entrega futura, entretanto, não consegue comprovar que a soma de todos os valores das NF apresentadas como de remessa, referentes a sua reivindicação, totalizam R\$288.414,00, ou seja, esta omitindo informações sobre o diferencial de alíquota devido. Uma vez que o autuado não consegue completar com notas fiscais de remessa, o valor efetivamente faturado pelo equipamento, sugeriu, a autuante, que seja mantidas as Notas Fiscais n°s 4327 e 3428 e abatidas do levantamento as Notas Fiscais n°s 3553, 3579, 3625, 3637, 3643 e 3689, evitam a cobrança em duplicidade.

6. De maneira genérica, às folhas 1993 e 1694, pleiteia o contribuinte redução de base de cálculo para cobrança da diferença de alíquota, nas aquisições de ativo junto a Tecnofrio e a Recrusul, invocando os artigos 72 e 77, I e II, do RICMS vigente, assim como os Convênios nºs 52/91 e 87/91. Os Convênios remetem ao Anexo 5 do RICMS vigente, estabelecendo as máquinas para produção de frio que se beneficiariam da redução da base de cálculo, seriam dos códigos da NBM/SH: 8418.69.0300 – Máquinas de fabricação gelo em cubo ou escamas; 8418.69.0400 – Sorveterias industriais e 8418.69.0500 – Instalações frigoríficas industriais formadas por elementos não reunidos em corpo único, nem montados sobre base comum. Do exame das Notas Fiscais da Tecnofrio nºs 3553, 3579, 3637 e 3643 (fls. 1720, 1721, 1724 e 1725) verifica-se no rodapé das referidas nota fiscal, referências às Notas Fiscais nºs 3427 e 3428, e os códigos NBM das mercadorias remetidas (8418.9900 e 8418.6990), distintos dos estabelecimentos no convênio. O mesmo se observa na Nota Fiscal nº 63614, fl. 1727. Assim, opina pela manutenção dos valores.
7. Na folha 1695, o autuado requer exclusão da Nota Fiscal 129434 (fl. 1589). Como a aquisição não atende às condições que prevê o art. 19, c/c 11 e 69, parágrafo único, do RICMS vigente, opina pela manutenção.
8. Quanto ao argumento de redução de alíquota de 10% para 5%, referente às aquisições de veículos junto às empresas Volvo do Brasil e Scania, o mesmo deve ser atendido.

Ao finalizar, opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4^a JJF decidido por sua conversão em diligência a autuante, para que fosse atendido o solicitado à fl. 1794.

Às folhas 1805 a 1814, a autuante acostou diversas planilhas, tendo sido entregue cópia ao autuado, que em nova manifestação às folhas 1817 a 1823, aduziu que o agente autuante não cumpriu a determinação da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, o que dificultou identificar quais os itens que ainda permanecem na autuação, tendo reiterado todos os argumentos da impugnação inicial.

Em relação à infração 2, argumenta que, em verdade, diz respeito ao aproveitamento de créditos fiscais de ICMS em aquisições de combustíveis de outras unidades da federação, tendo direito ao crédito fiscal.

No tocante à infração 5, segundo a autuante, a impugnante não conseguiu comprovar o vínculo entre as Notas Fiscais de remessa e àquelas como venda para entrega futura (nºs 3427 e 3428), alegando que algumas das notas de remessa não faziam referência às de simples faturamento e que, com relação à de nº 3522, não foi apresentada durante a fiscalização. Apesar de serem verdadeiras estas afirmações, isto não lhe confere a certeza de que ditas operações não são vinculadas, o que importa é que as seguintes notas fiscais de remessa referem-se às diversas entregas dos equipamentos faturados através das Notas Fiscais nºs 3427 e 3428, no valor total de R\$288.414,00.

Quanto à Nota Fiscal nº 3522, diz que se refere ao fornecimento de instalações frigoríficas amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo.

No tocante a infração 6, diz que a classificação fiscal das instalações e equipamentos frigoríficos adquiridos através das Notas Fiscais nºs 3427 e 3428 (fls. 1717 e 1718), ocorre que dentre as classificações fiscais relacionadas no Anexo 5 do RICMS consta a posição 8418.69.0500 (instalações frigoríficas industriais formadas por elementos não reunidos em corpo único, nem montadas sobre base comum), incluída no Regulamento por força dos Convênios nºs 52/91 e 87/91. Tal posição fiscal era a constante na Tabela TIPI à época da assinatura dos referidos convênios, porém, com a mudança na estrutura dos códigos desta tabela, ocorrida em 1996, as classificações fiscais passaram a ter 8 dígitos e não mais 10, passaram a compor integralmente a posição 8418 da nova Tabela TIPI, quer seja 8418.6990 e 8418.9900, estando amparada pelo redução.

Ao finalizar, requer juntada da Nota Fiscal nº 3522, fl. 1832.

À folha 1827, a autuante aduz que todas as considerações já teriam sido feitas quando da Diligência fiscal.

Como a diligência não foi integralmente atendida, o PAF foi submetido à nova pauta suplementar, tendo a 1ª JJF decidido por sua conversão em nova diligência a autuante, para que fosse atendido o solicitado à fl. 1837.

Cumprida a diligência, folhas 1841 e 1842, a autuante em relação à cópia da Nota Fiscal nº 3522, faz algumas considerações:

- a) Inicialmente, trata-se de uma cópia sem autenticação;
- b) Depois, percebe-se que a observação constante do corpo da nota fiscal foi efetuada por máquina de escrever (não por processamento de dados, como as outras informações);
- c) Não há nenhuma referência, impressa através de Processamento de Dados, no rodapé da nota fiscal, que indique que a Nota Fiscal nº 3522 refere-se a remessa parcial das Notas Fiscais nºs 4327 e 3428 (fls. 1721 a 1726);
- d) Por todos os argumentos acima, não há modificação nos valores autuados.

Às folhas 1843 a 1845, a autuante acostou planilha dos débitos, tendo sido entregue cópia ao autuado.

Em nova manifestação, às folhas 1848 e 1849, o autuado aduz que a autuante apenas se manifestou sobre a Nota Fiscal nº 3522, destaca que a mesma não se refere à remessa parcial das Notas Fiscais nºs 3427 e 3428, mas a uma operação distinta, a qual também envolveu o fornecimento de instalações frigoríficas amparadas pelos benefícios da redução da base de cálculo do ICMS, o que justifica o pedido de não incidência do diferencial de alíquota prevista no art. 72, do Regulamento do ICMS da Bahia.

Ao finalizar, diz que reforça tudo o que foi esclarecido na manifestação de fls. 1832 a 1836.

Durante o julgamento, decidiu à 1ª JJF converter o PAF em diligencia a DITRI, para que fosse emitido Parecer Técnico quanto ao direito do autuado utilizar ou não os créditos fiscais, objeto da infração 2.

Às folhas 1857 e 1858, à DITRI em seu Parecer Técnico, aduziu que considerando a não incidência do ICMS nas operações interestaduais com combustíveis (por força de imunidade prevista no texto constitucional), somente haverá tributação dos mesmos, com o consequente direito à utilização do crédito fiscal, nas operações internas de comercialização do produto. Entretanto, tendo em vista que a apropriação do crédito referente à operação interna realizada em outra Unidade da Federação é incompatível com o sistema de apuração normal do ICMS – sistema de débito e crédito -, a Unidade destinatária não poderá suportar o referido crédito, uma vez que o imposto proveniente da mencionada operação não lhe foi debitado.

A JJF inicia seu julgamento argüindo o art. 167, I, do RPAF/99, que exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade.

Passando a análise das irregularidades apontadas, individualmente.

Infração 1 – Efetivamente, informa a JJF, o artigo 343, inciso XIII, do RICMS/97, difere o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a qualquer estabelecimento de contribuinte deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

Por sua vez, o artigo 349, do mesmo regulamento, estabelece a responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja deferido, correspondente às operações ou

prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento.

Em relação ao pedido de redução da base de cálculo, como esclareceu o autuante, o mesmo não pode ser acolhido, pois os benefícios concedidos pela legislação estadual sobre o tema não se estendem ao adquirente das refeições, por falta de previsão legal, sendo benefícios que não ultrapassam a figura do beneficiário.

Quanto ao Convênio nº 09/93, o mesmo é autorizativo e não impositivo, que só foi acolhido pela Legislação Estadual, através da Alteração nº 46 (Decreto nº 8.865/03 – efeitos a partir de 29.09.03). Portanto não se aplica aos fatos geradores constantes na autuação em lide.

Logo, entende que a infração 1 restou integralmente caracterizada.

Infração 2 – versa sobre a aquisição de combustível em outras unidades da federação com apropriação do crédito, sem a comprovação da retenção e respectivo recolhimento do ICMS devido pelo emitente, em favor do Estado da Bahia.

Em consulta feita a DITRI esta trouxe aos autos os esclarecimento necessários, para manutenção da infração 2.

Infração 3 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Não acolhido o pedido do autuado para abater do imposto reclamado o valor correspondente a 1/48 avos do imposto creditado, pelo fato do contribuinte descumprir o art. 93, §§ 12 e 17, c/c o art. 339, §§ 1 e 2º, do RICMS vigente, que estabelece a obrigatoriedade do contribuinte possuir e escriturar o CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente).

Assim, entende que a infração 3 deve ser mantida integralmente.

Infração 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Entende a JJF que não tendo o autuado apresentado cópia do documento fiscal para comprovar o direito ao crédito do ICMS, está caracterizada a infração.

Infração 5 - Deixou de recolher o 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.

O autuado concorda parcialmente com a autuação, discordando da cobrança sobre algumas operações:

1- Aquisições de Pneus – A autuante calculou a diferença de alíquota sobre aquisições de pneus, sendo que o material pneus e câmara, estão sujeitos à tributação pelo Regime de Substituição Tributária. Portanto, não cabendo a apuração da diferença de alíquota nas aquisições de pneus, já que o imposto foi cobrado do contribuinte com alíquota máxima. Aplicando-se o disposto no art. 373, do RICMS/97 (Convênio nº 81/93), já reproduzido anteriormente.

Entendendo a JJF caber razão ao autuado, conforme foi reconhecido pela própria autuante, pois de acordo com o art. 355, V, do RICMS/97, informa que não se fará a retenção ou antecipação do imposto, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado. Restando a cobrança de R\$729,87 em maio/01, e em agosto/01 R\$188,49;

2- Aquisições de Material de Consumo para aplicação na prestação de serviço sujeitos ao ISSQN.

Constata-se que o autuado exerce a atividade mista sujeitando-a a incidência do ICMS, pelo RICMS vigente, no art. 97, III. Assim, é devida a cobrança do diferencial de alíquota sobre ingresso de produtos destinados a uso e consumo da empresa autuado. Confirmando a justeza da cobrança.

3- Lançamento em duplicidade - No mês junho de 2001, a autuante computou em duplicidade a Nota Fiscal nº 18607, relativa à aquisição de material de consumo junto à empresa Capitani Ltda.

Efetivamente, razão assiste ao autuado quando informa que existe lançamento em duplicidade de uma nota fiscal, fl. 1332, devendo o débito de junho/01, ser reduzido para R\$788,76.

Logo, a infração 5 restou parcialmente caracterizada, perfazendo um total de imposto a cobrar no valor de R\$11.994,78.

Infração 6 - Deixou de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Também aqui o autuado concorda parcialmente com a autuação, porém, a exemplo da infração 5, alegou que a cobrança sobre algumas operações sobre as quais entende que não a incidência do imposto a título de diferença de alíquotas, sendo os seguintes:

1) Aquisições de equipamentos através de leasing.

Entendendo a JJF que razão assiste ao autuado, ao contestar a cobrança da diferença de alíquota sobre bens objeto de arrendamento mercantil (Notas Fiscais nºs 9648, 9649 e 38115, folhas 1380, 1382 e 1467), citando o artigo 563, § 6º, do RICMS vigente. Assim, devendo ser reduzido os valores referente aos meses de: fevereiro/01 para R\$5.970,00 (fl.1331); março/01 para R\$44,00 (fl.1331) e setembro/01 inexiste ICMS de ativo.

2) Aquisições de equipamentos para aplicação na prestação de serviços sujeitos ao ISSQN

Discordando a JJF do entendimento do autuado, uma vez que existe a figura da atividade mista, contemplada pelo RICMS vigente, no art. 97, III. Assim, é devida a cobrança da diferença de alíquota sobre ingresso de produtos destinados a uso e consumo da empresa autuado.

3) Notas Fiscais de Prestação de Serviços.

Mais uma vez o ilustre relator concorda com o posicionamento do autuante, que acatou o argumento defensivo excluindo da autuação os valores referente as Notas Fiscais nºs 534, 548, 550, 551, 573 e 589,

4) Diferença de alíquota calculado a maior – Aduz que em duas ocorrências a autuante calculou a maior o valor da diferença de alíquota sobre as Notas Fiscais nºs 3734 e 200632.

Indeferida a pretensão do contribuinte, com base nos artigos 56, V combinado com o art. 69, parágrafo único, I, do RICMS, que tratam especificamente de nota fiscal de entradas de ativo, sem destaque do imposto por erro ou por omissão informando que será cotejada a alíquota interna, razão pela qual entende que os valores devam ser mantidos.

5) Apuração da diferença de alíquota em duplicidade – Indicou às folhas 1692 e 1693 os números das notas fiscais onde fora cobrada a da diferença de alíquota em duplicidade.

Entende que razão assiste parcialmente ao autuado, quando informa serem as Nota Fiscal nºs 3427 e 3428 de venda para entrega futura, entretanto, não consegue comprovar que a soma de todos os valores das nota fiscal apresentadas como de remessa, referentes a sua reivindicação, totalizam R\$288.414,00, ou seja, esta omitindo informações sobre a diferença de alíquota devida. Entretanto, conforme ressaltou a autuante, uma vez que o autuado não consegue completar com notas fiscais de remessa, o valor efetivamente faturado pelo equipamento, sugeriu, a autuante, que seja mantidas as Notas Fiscais nºs 4327 e 3428 e abatidas do levantamento as Notas Fiscais nºs 3553, 3579, 3625, 3637, 3643 e 3689, evitam a cobrança em duplicidade.

- 6) Redução de base de cálculo – Relação aos equipamentos que compuseram às instalações frigoríficas adquiridas junto à empresa Tecnofrio Equipamentos Frigoríficos Ltda., bem como à Recrusul S/A.

Entende razão assistir ao autuado, pois efetivamente os produtos constantes das notas fiscais encontram-se enquadrados no benefício fiscal de redução da base de cálculo. Conforme pode ser verificado nas Notas Fiscais nºs 3427, 3522 consta como descrição dos produtos “*Instalação Frigorífica Industrial*”; na nota fiscal consta como produto “*Estrutura Metálica*”, que combinado 8418.690500, a qual corresponde a “*Instalação Frigorífica Industrial*”.

- 7) Tributação de nota fiscal de remessa – foi computada, indevidamente, como aquisição sujeita ao pagamento da diferença de alíquota a Nota Fiscal nº 129434, a qual se refere à remessa para acondicionamento de paletes de madeira, operação esta que não está sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota.

O autuado ressalta que a aquisição não atende às condições que prevê o art. 19, c/c 11 e 69, parágrafo único, do RICMS vigente, tendo a autuante opinado pela manutenção, posicionamento com o qual concordou o ilustre relator.

- 8) Limitação da alíquota interna para fins de determinação da diferença – Nos meses de outubro e novembro de 2002, o impugnante adquiriu 30 veículos cavalos mecânicos, com alíquota de 7%.

Entende, assim como a autuante (fls.1805 a 1814), em relação ao argumento de redução de alíquota de 10% para 5%, referente às aquisições de veículos junto às empresas Volvo do Brasil e Scania, que o mesmo deve ser atendido.

Logo, a infração 6 restou parcialmente caracterizada, com o total de imposto a recolher no valor de R\$305.627,17.

Ante o exposto, vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO	JULGAMENTO
1	40.507,29	Procedente
2	46.934,17	Procedente
3	6.157,32	Procedente
4	1.176,63	Procedente
5	11.994,78	Proc. em Parte
6	305.627,17	Proc. em Parte
TOTAL	412.397,36	

Insatisfeito com a Decisão vem o autuado, ora recorrente interpor Recurso Voluntário objetivando contestar os termos da Decisão da 1ª JJF, em seu julgado.

Começa comentando em conjunto a Decisão de Primeira Instância, entendendo que a 1ª JJF considerou procedentes as infrações 1, 2, 3 e 4. As infrações 5 e 6, foram julgadas parcialmente procedentes.

O recorrente diz acatar a Decisão da JJF com relação às infrações 3 e 4.

De modo que as infrações objeto do presente Recurso Voluntário são as 1, 2, 5 e 6.

Infração 1, argui que as empresas fornecedoras de refeições aos seus empregados são inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia como Empresa de Pequeno Porte ou Microempresa, na forma do art. 408-E do RICMS, ou como empresa tributada pelo regime de apuração em função da receita bruta. Neste caso há destaque do ICMS no campo próprio da nota fiscal, evidenciando a ocorrência da tributação já no momento de sua emissão, sendo, portanto, indevida uma nova tributação.

Infração 2, alude o recorrente que a questão central reside no fato de que na operação de aquisição de combustível não ter sido realizada de um contribuinte substituto tributário

localizado em outra unidade da Federação, para um contribuinte substituído situado no Estado da Bahia, mas sim entre um contribuinte substituído localizado fora da Bahia e um consumidor de seus produtos, esta sim inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado, situação esta que não fica sujeita aos procedimentos exigidos pelo fisco baiano. Asseverando que, neste caso esta assegurado o direito ao crédito fiscal do contribuinte baiano como dispõe o § 3º, II, art.356 do RICMS/BA. Diz que também é cristalino o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS sobre aquisição de óleo diesel de postos de abastecimento de outros estados, conforme está no § 1º, V, do art. 359 do mesmo regulamento.

Confirma que a compra de combustível em postos de abastecimento em outras unidades da federação não se enquadra na hipótese de incidência, ou vedação ao crédito fiscal, enquadrada pelos agentes fiscais, uma vez que tais postos não são contribuintes substitutos, mas substituídos, e a impugnante não é nem uma nem outra, apenas consumidor final do produto, aplicado em sua prestação de serviços de transporte que é tributada pelo ICMS, devendo por via de consequência gerar crédito fiscal para seu aproveitamento.

Infrações 5 e 6, trata-se da incidência do diferencial de alíquota do ICMS, nas aquisições de material de consumo, (infração 5, item 2), e de ativo fixo (infração 6, item 2), para a aplicação na prestação de serviços sujeitos ao ISS. Sustenta o recorrente que os materiais de consumo e imobilizáveis adquiridos para aplicação em atividades sujeitas ao ICMS, bem como para a construção de armazéns e instalações que são utilizadas exclusivamente para a prestação de serviços de armazenagem, serviços estas sujeitas ao ISS, não são alcançados pela tributação do referido diferencial de alíquota.

Diz o recorrente que em sua unidade de S. Filho exerce com predominância a atividade de armazenagem e movimentação de produtos, havendo em suas dependências espaço para a guarda e movimentação de produtos secos, refrigerados e congelados. Sendo suas receitas sujeitas ao ISS. Entendo o recorrente que sobre essas aquisições não há incidência do diferencial de alíquota como dispõe o RICMS.

Ao concluir cita o art. 97, III do RICMS e diz ter sido este o fundamento legal adotado pela 1ª JJF para a manutenção do lançamento, porém tal visão é equivocada, visto que não se trata de manutenção de crédito, mas de não incidência de diferencial de alíquota no caso das aquisições efetuadas pelo recorrente, tudo com fundamento no referido inciso I do art. 7º do RICMS. Entendendo que desse modo devem ser desconsiderado do cálculo do ICMS lançado através do Auto de Infração, todas as aquisições de materiais de consumo destinados à aplicação na atividade de armazenagem e movimentação de carga, bem como dos equipamentos pertinentes a construção e montagem das instalações necessárias a prestação destes serviços, tendo em vista a dispensa desta incidência por força do já citado parágrafo único do art. 5º do RICMS, combinado com o inciso I do art. 7º do mesmo diploma legal.

Finalmente pede Provimento ao seu Recurso Voluntário, para anular o Auto de Infração nº 207090.0001/04-8.

O representante da PGE/PROFIS após comentar o teor da Decisão recorrida passa a analisá-la individualmente.

Infração 1 tece considerações sobre a legislação motivadora da infração, transcrevendo os artigos 343, inciso XVIII, 347, inciso I, e art. 349, do RICMS, em seguida faz considerações teóricas sobre o que se entende como deferimento e sobre o responsável neste regime especial, para melhor entendimento da matéria. Transcreve o art. 128 do CTN e o art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, além do § 1º da citada lei.

Dessa forma entende que o autuado é o responsável pelo pagamento do imposto devido em operações antecedentes de fornecimento de alimentação, tendo como fato gerador do tributo o ingresso no estabelecimento do adquirente, como define o art. 349 do RICMS/97, aduz finalmente

que não se pode atribuir a responsabilidade do imposto ao fornecedor da alimentação no caso em apreço, mesmo que se trate de contribuinte sujeito ao regime do SIMPLES.

Tampouco a redução da base de cálculo merece melhor sorte, a alegação do recorrente, conforme entendimento firmado pelo STF, sua interpretação deve ser literal e restritiva, como determina o art. 111 do CTN, afirma o ilustre procurador.

A alegação do contribuinte sobre a aplicação retroativa da norma que alterou o art. 87, do RICMS/97, não procede, pois se trata de benefício fiscal sujeito a uma interpretação restritiva, não se adaptando ao caso em análise.

Infração 2, aqui se tem como definição a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu como imunidade tributária, a operação de circulação interestadual de combustíveis, somente havendo o H.I do ICMS no caso das operações internas de comercialização. Sendo assim, não se pode falar em utilização de crédito fiscal pelo adquirente, em razão da não incidência constitucional do tributo na hipótese em apreço. Opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário neste item.

Infração 3, diz o ilustre procurador que no presente caso, utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria para integrar o ativo permanente, tem-se que preencher certos requisitos pelo contribuinte, como o preenchimento do Controle de créditos de ICMS do ativo permanente, além, também, da escrituração do crédito extemporâneo em livros fiscais próprios, obedecendo-se rito próprio, o que não foi realizado no caso presente. Opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário neste item.

Infração 5 trata do não recolhimento do ICMS, decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento. Na opinião do ilustre procurador não cabe guarida a alegação do recorrente, pois sua atividade mista arrostanda é prevista expressamente no art. 97, III, do RICMS/97, sendo devido, assim, a cobrança do diferencial de alíquota. Opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário neste item.

Infração 6, que cuida da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria para integrar o ativo fixo do estabelecimento. O representante da PGE/PROFIS diz concordar em parte com o recorrente, rebate-a, entretanto, em relação a aquisição de equipamentos para aplicação na prestação de serviços sujeitos ao ISS, reiterando as considerações lançadas quando da análise da infração 5, com fulcro no art. 93, III, do RICMS/97. Opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário neste item.

Em conclusão e com base nos termos do art. 119, §1º, do COTEB, opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Do Auto de Infração originário, o recorrente se fixa em sua peça recursal, nas infrações 1, 2, 5 e 6, por entender procedentes aquelas de referência 3 e 4.

Com relação à infração 1, concordo com o opinativo da PGE/PROFIS, que, o fato que deu origem a esta infração ou o deferimento do regime tributário, está expressa no art. 128 do CTN e no art. 6 da Lei Complementar nº 87/96, desta forma resta entendido que o autuado é o responsável pelo pagamento do ICMS devido em operações antecedentes de fornecimento de alimentação, quando o fornecimento seja feito a seus empregados, tendo como fato gerador do tributo o ingresso no estabelecimento comprador, como aliás define o art. 349 do RICMS/97, onde está explícito como termo final da operação de circulação o lugar onde é recebida o fornecimento da alimentação.

Não podendo ser acolhido o pedido de redução da base de cálculo, pois os benefícios concedidos pela legislação estadual, não se estendem ao caso presente.

Infração 2 - A DITRI em Parecer Técnico, diz que a não-incidência do ICMS nas operações interestaduais com combustíveis conforme previsto na Constituição Federal, somente haverá tributação dos mesmos com o consequente direito a utilização do crédito fiscal, nas operações internas de comercialização do produto. Por outra parte, considerando que apropriação do crédito referente a operação interna em outra Unidade da Federação é incompatível com o sistema normal de apuração, a Unidade destinatária não suportará o referido crédito, uma vez que o imposto oriundo da operação não lhe foi debitado. Portanto, entendo como procedente a autuação com referência à vedação de aproveitamento do crédito do ICMS, nessas circunstâncias.

Infração 3 – Está correto o procedimento da fiscalização com relação a esta infração. O art. 97 do RICMS/97, diz que a utilização do crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo fixo das companhias, o creditamento não pode ser integral e sim em 48 parcelas. O pedido para que seja acolhido como crédito as frações de 1/48 correspondentes aos meses decorridos, não pode ser aceito, pois colide com o que instrui o art. 93, §§ 12 e 17, c/c o art. 339, §§ 1 e 2 do RICMS/97, que estabelece a obrigatoriedade de escrituração dos eventos no CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente).

Desse modo considero como procedente o lançamento correspondente a este item do Auto de Infração.

Infração 4 – A utilização de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação de documento que comprove a legalidade do ato, não dá ao sujeito passivo esse direito. Como não foram trazidos aos autos documentos fiscais comprobatórios de tal direito não há como validar o crédito pleiteado. Desse modo, está correta a manutenção da infração.

Infração 5 – Trata do diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Aquisição de pneus - assiste razão ao autuado, aliás, já reconhecido pelo autuante, pois no caso em que o bem se destinar ao uso consumo ou imobilização do próprio estabelecimento (art. 355, V, do RICMS/97), não se fará a retenção ou antecipação do imposto. Neste caso terá que se fazer a exclusão no levantamento fiscal, fls. 1330 a 1334, restando a cobrança dos valores de R\$729,87 em maio de 2001 e em agosto do mesmo ano o valor de R\$188,49.

Aquisição de material de consumo para aplicação na prestação de serviços sujeitos ao ISSQN. Não merece acolhida a argumentação do recorrente, pois se trata de empresa que exerce atividade mista, logo se sujeita ao pagamento do ICMS. Portanto, é devida a cobrança do diferencial de alíquota sobre o ingresso dos produtos destinados a uso e consumo do estabelecimento.

Quanto ao lançamento em duplicidade alegado pelo recorrente, tem procedência, reconheceu a JJF ao elaborar novo demonstrativo para esta infração, contemplando esta e as outras alterações precedentes, dando como valor definitivo para o evento o valor de R\$11.994,78.

Infração 6 – Diz respeito à aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa, em outras Unidades da Federação e o recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Aquisição de equipamentos através de leasing, conforme entendeu a JJF, assiste razão o recorrente, assim deve ser reduzido os valores de fevereiro/01 para R\$5.970,00, março/01 R\$44,00 e setembro também de 2001 inexistente ICMS de ativo.

Aquisição de equipamentos para aplicação em atividade de prestação de serviços sujeitos ao ISSQN. Não procede a alegação do recorrente, pois esta ao exercer atividade mista, sob a mesma inscrição, se sujeita às regras ditadas no art. 97, III, do RICMS/97, sendo, portanto, devida a cobrança da diferença de alíquota sobre o ingresso de produtos destinados a uso e consumo do recorrente.

Redução da base de cálculo na aquisição de equipamentos destinados às instalações frigoríficas, ressalte-se que tais operações foram tributadas com redução da base de cálculo do ICMS, por força do Convênio ICMS nº 52/91, sendo desta feita dispensados da tributação da diferença de alíquota sobre tais operações.

Tributação de Nota Fiscal de Remessa – também aqui o fiscal se equivocou, trata-se de remessa para acondicionamento de paletes de madeira, operação não sujeita ao pagamento do diferencial de alíquota.

Limitação da alíquota interna para fins da determinação da diferença. O fiscal autuante considerou no caso das aquisições em análise, 30 veículos cavalos mecânicos com alíquota de 7%, como alíquota interna o percentual de 17%, resultando numa diferença de 10%, como o fiscal não observou o Convênio nº 115/2001, do qual o Estado da Bahia é signatário, de forma que alíquota interna resulte numa carga tributária de 12%, de modo que a diferença de alíquota deve ser calculada considerando a alíquota interna de 12%. Desta feita é certo que a redução de alíquota de 10 para 5%, neste caso deva ser atendida.

Para concluir temos como valor final aceito por esta relatoria R\$412.397,36. Desse modo voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207090.0001/04-8, lavrado contra RODOVIÁRIO SCHIO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$412.397,36, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS