

A. I. Nº - 207090.0006/04-0
AUTUADO - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0333-01/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. SAÍDAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS OBJETO DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NA AQUISIÇÃO. Comprovado no item 1 da autuação a utilização de crédito em valor superior às últimas aquisições. Infração confirmada. **b)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. **c)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. **d)** SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. **e)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. **f)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Autuado reconhece devidas as irregularidades apontadas nas infrações 9, 10, 11, 13 e 14, respectivamente. **g)** MERCADORIA DESTINADA A CONTRIBUINTE DIVERSO. Item 12 da autuação não elidida. **h)** NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Autuado comprova descaber parcialmente a infração 15. **i)** INCENTIVO FAZ/CULTURA. Comprovado em parte o item 22 da ação fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. O autuado não mantém uniformidade nos lançamentos, já que, nas operações realizadas, identifica para algumas operações como saídas com fase de tributação encerrada e outras como saídas tributadas. Não comprovada a tributação regular nas operações subsequentes para a conversão da exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Lançamentos das infrações 08 e 20 confirmados. 3. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração 2 reconhecida como devida pelo autuado. 4. BASE DE CÁLCULO. **a)** ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Item da infração 3 reconhecido como devida pelo autuado. **b)** OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Item 5 da ação fiscal não elidido. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Confirmado o item 4 da autuação. 6. LIVROS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** DESINCORPORAÇÃO

DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Operações internas. Descabe a exigência do tributo com base no art. 27, I, “a” 1 e 2 do RICMS/97. Infração 06 insubstancial. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. REGISTRO DE SAÍDAS. Infração 7 reconhecida como devida pelo autuado. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Infrações 16 e 17 parcialmente elididas. 8. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Infração 18 não elidida. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Infração 19 elidida parcialmente. 9. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração 21 reconhecida como devida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2004 exige imposto no valor de R\$ 371.223,59, além de multa no valor de R\$ 2.119,11, pelas seguintes irregularidades:

1) utilizou crédito fiscal do ICMS maior que o incidente na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária, nos meses de outubro e novembro de 2003, no valor total de R\$ 5.617,56;

Contribuinte efetuou vendas interestaduais de mercadorias que já tinham sido objeto de antecipação tributária do imposto, tomado o débito num valor superior ao possível, infringindo os art. 374, IV, c/c art. 112 e 113 do RICMS/97.

2) recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro e abril de 2003, no valor de R\$ 163,68;

3) recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de outubro de 2002, no valor de R\$ 251,46;

4) recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro de 2002 a dezembro de 2003, no valor de R\$ 11.157,29;

5) deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, nos meses de outubro de 2002 a dezembro de 2003, no valor de R\$ 56.646,71;

6) deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, nos meses de agosto e outubro de 2002 e dezembro de 2003, no valor de R\$ 128.096,86;

O contribuinte efetuou transferência interna de Ativo, sem retorno nos 30 dias subsequentes sem seguir os passos do art. 27, I, c/c art. 98, Parágrafo único, I, “b” e II, “a” e “b”, item 2.

- 7) deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, julho, agosto e dezembro de 2003, no valor de R\$ 1.294,08. Notas fiscais não lançadas no Livro Registro de Saídas.;
- 8) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003, no valor de R\$ 33.539,44;
- 9) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de agosto, setembro e novembro de 2002 e fevereiro a abril de 2003, no valor de R\$ 3.289,03;
- 10) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de agosto de 2002, no valor de R\$ 1.585,37;
- 11) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviços de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas. Utilização indevida de crédito fiscal - Frete FOB de mercadorias sujeitas a substituição tributária ou não tributadas, nos meses de junho a dezembro de 2003, no valor de R\$150,03;
- 12) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, nos meses de julho e outubro de 2002 e agosto e outubro de 2003, no valor de R\$2.973,78;
- 13) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, em razão de erro na alíquota aplicada, nos meses de outubro e dezembro de 2002 e janeiro a março, junho e julho, outubro a dezembro de 2003, no valor de R\$ 1.119,07;
- 14) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, em razão de erro na base de cálculo, nos meses de outubro de 2002 e janeiro, março, agosto e dezembro de 2003, no valor de R\$ 177,17;
- 15) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de setembro a novembro de 2002, no valor de R\$ 1.937,73;
- 16) deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e setembro de 2003, multa de 10%, no valor de R\$ 1.607,69;
- 17) deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2002, fevereiro, março, maio a julho de 2003, multa de 1%, no valor de R\$ 511,42;
- 18) contribuinte adquiriu em outros Estados, bens e produtos destinados ao uso/consumo do estabelecimento, deixando de lançar no livro Registro de Apuração o ICMS devido por diferença de alíquota, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2002, janeiro, fevereiro, julho, agosto, novembro e dezembro de 2003, no valor de R\$ 1.573,12;
- 19) contribuinte adquiriu em outros Estados, bens e produtos destinados ao Ativo do estabelecimento, deixando de lançar no livro Registro de Apuração o ICMS devido por diferença de alíquota, nos meses de agosto a dezembro de 2002, janeiro a março e junho a novembro de 2003, no valor de R\$ 54.368,71;
- 20) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação e relacionadas no Anexo 88, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2002, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2003, no valor de R\$ 66.168,38;

21) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operação escriturada nos livros próprios, no mês de fevereiro de 2003, no valor de R\$ 114,13;

22) utilização indevida de crédito fiscal, no mês de novembro de 2003, no valor de R\$ 999,99, decorrente do FAZCULTURA, uma vez que o contribuinte é atacadista que possui Termo de Acordo, firmado em 14/11/03, conforme o art. 4º Parágrafo único do Dec. 7.799/00, sendo vedado o acúmulo de benefícios, pelo que sujeita-se a multa de 50% do art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, às fls. 3391 a 3418, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando ter analisado o Auto de Infração e constatado ser procedente alguns dos lançamentos. Reconheceu devidas as infrações 02, 03, 07, 09, 10, 11, 13, 14 e 21 e, parcialmente as infrações 01, 04, 05, 18 e 19.

Na infração 01, disse reconhecer devido o valor de R\$ 75,15, em face do procedimento utilizado (art. 374, IV, do RICMS/97). Que em relação ao valor de R\$ 5.542,41 razão não assiste ao autuante, já que o procedimento adotado estava, e ainda continua fundado no inciso III do art. 374 do RICMS/97, conforme planilha anexada aos autos (fl. 3444/3445).

Argumentou ter transferido para sua filial, em Mato Grosso mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. Os produtos foram tributados normalmente, pela alíquota de 12% e, para atender ao princípio da não cumulatividade utilizou como crédito fiscal a parcela do imposto antecipado, lançando no quadro “crédito do imposto – outros créditos” no RAICMS. No entanto, o autuante entendeu que deveria ser usado outra norma (inc. IV do art. 374) que somente poderá ser utilizada em substituição às normas que lhe forem antecedentes.

O autuante ignorou as normas do inciso III do art. 374, vulnerando a legalidade da autuação, devendo ser julgada improcedente.

Infração 04 – reconheceu devida a quantia de R\$ 10.716,86 e questionou a exigência do imposto no valor de R\$ 440,43, alegando se tratar de mercadoria (arroz e achocolatado) com substituição tributária e componente da cesta básica. Transcreveu o art. 51, I, “a”, para afirmar que a alíquota nas operações com arroz é de 7%, tendo o autuante considerado como sendo de 17%. Os achocolatados são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária por antecipação, não cabendo tributação na saída.

Infração 05 – reconheceu devido o valor de R\$ 4.589,91. Que houve erro do autuante em relação ao valor de R\$ 38.456,80:

- a) por ter deixado de verificar que os produtos que compunham as cestas de natal eram, exclusivamente, produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e ou isentos (anexos às fls. 3446 a 3454), não podendo ser exigido pagamento de tributo quando da saídas dos mesmos do estabelecimento. Argumentou ser necessário analisar os produtos que compõem as “cestas de natal” para definição da forma de tributação a nela incidir, já que não existe tributação específica para cesta de natal e a hipótese de incidência é definida pelos produtos integrantes de cada uma das “cestas de natal”, o que pode ser analisado na recomposição de cada uma das cestas apuradas. Informou que os clientes que adquirem essas “cestas” solicitam que ao invés de constar nas notas fiscais a relação item a item dos produtos vendidos, por se tratar na maioria de bebidas alcoólicas, fosse indicado apenas a nomenclatura “cesta de natal”;
- b) que o autuante utilizou-se da nota fiscal nº 6904 para sustentar que o autuado praticou operações tributadas como não tributadas. Tal afirmativa ocorreu em razão do autuante

ter fundamentado tal fato no arquivo magnético que consta como item da nota fiscal acima citada “cesta de natal”. No entanto, a nota fiscal serviu para a remessa para conserto de uma “Câmara climática” como se verifica do campo “natureza da operação” pela descrição do item constante na cópia da nota fiscal entregue à fiscalização, à fl. 3492..

Citou o art. 627 que trata de suspensão da incidência do ICMS nas remessas para conserto de móveis, máquinas, etc. Que o sistema da emissão de nota fiscal do autuado dispõe de um código genérico com a finalidade de emitir nota fiscal de itens que não constam do seu cadastro de produtos, porém o autuado só agora percebeu que o sistema não gravava as nomenclaturas utilizadas em cada nota fiscal e, gerava o arquivo do SINTEGRA relativo ao código genérico com a última nomenclatura utilizada, motivo de constar na nota fiscal nº 6904 que se tratava de uma operação de remessa para conserto como sendo “cesta de natal”. Assim, ao seu ver, extinguem-se todas as dúvidas sobre a tributação dessas operações.

Infração 06 – Alegou que a desinconformidade se deu sem a incidência do imposto, já que os bens com mais de 1 (um) ano de uso na sua filial no Estado de Mato Grosso foram transferidos para a Bahia sem destaque de ICMS, não tendo o autuado usufruído de nenhum crédito nessa operação. Assim, para transferir esses bens para outra filial situada dentro do Estado, bens recebidos sem crédito de imposto, não haveria porque se pensar em transferência de crédito, Citou o art. 6º, VIII, do RICMS/97.

Asseverou que o autuante sustentou na lavratura do Auto de Infração que a empresa não emitiu a nota fiscal destinada a documentar a transferência de crédito fiscal. No entanto, como a desincorporação foi realizada sem a incidência do imposto esta não poderia ser fundamento para a emissão de uma nota fiscal de transferência de crédito.

Infração 08 – argumentou que independentemente do equívoco na utilização de cálculo do tributo, o valor do imposto foi recolhido sem qualquer prejuízo ao fisco estadual, o que se pode constatar através dos arquivos SINTEGRA. Antes de fazer qualquer ilação sobre o erro se faz necessário questionar qual o prejuízo para a Fazenda.

Tanto a Lei e o Regulamento do ICMS determinam, relativamente à antecipação tributária ou à substituição por antecipação ou por diferimento que, tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas comprovando tiver feito o recolhimento nas operações de saídas posteriores, será dispensado o tributo que deveria ter sido pago por antecipação, bem como a exigência do estorno do crédito aplicando-se, contudo, a penalidade de que cuida a alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Essa penalidade é aplicada não sobre o valor integral do tributo, mas sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Assim, entendeu ser dispensada da exigência de estorno do crédito correspondente as entradas pelo mesmo fundamento lógico. E, afastada a infração, também fica afastada a penalidade, uma vez que essa tem como finalidade o cometimento daquela que, por força normativa, foi qualificada como inexistente. Entendeu ser improcedente a infração 08.

Infração 12. – alegou ter ocorrido erro dos fornecedores no faturamento das mercadorias para o estabelecimento matriz, quando os mesmos eram destinados ao depósito central. Não havendo prejuízo ao Erário, uma vez que verificados os equívocos, os fornecedores emitiram “carta de correção” visando a sanar os erros existentes. Afirmou que algumas circunstâncias convergiram para a situação fática ensejadora desta infração:

- a) as mercadorias já tinham chegado ao estabelecimento do autuado;

- b) os valores eram relativamente pequenos, o que dificultava o convencimento dos fornecedores emitirem nova nota fiscal;
- c) não havia solução hábil para o caso, já que a matriz possui inscrição especial, estando impossibilitada de receber mercadorias e emitir nota fiscal;
- d) a utilização do crédito foi sucedida pela compensação do débito fiscal, não sendo dilapidada a arrecadação tributária. Se a utilização do crédito foi indevida, significa que o pagamento do ICMS efetuado também foi indevido, já que se está exigindo o estorno do crédito. Requereu a improcedência da autuação. E, acaso o relator entenda como legal a multa aplicada, esta pode ser cancelada pelo órgão julgador, nos termos do § 7º do art. 42 da lei do ICMS.

Infração 15 - disse que pelo imenso volume de notas fiscais existentes na empresa, apenas 7 (sete) notas não foram localizadas quando da ação fiscal. Ainda, por razões que fogem ao conhecimento do autuado, algumas dessas não foram encontradas em seus arquivos e foi solicitada aos fornecedores, a cópia de cada uma das notas fiscais a fim de elidir a infração e que a não apresentação daquelas notas na época da autuação não impossibilita a sua exibição em outro momento, que é o da impugnação. Requereu a improcedência da autuação.

Infrações 16 e 17 - afirmou nunca ter recebido as mercadorias e que só passou a ter ciência das notas fiscais quando da lavratura do Auto de Infração. Pode ter ocorrido uma devolução da mercadoria no ato da entrega ou o fornecedor faturou contra o autuado e entregou a mercadoria, por algum motivo, em outro estabelecimento. Argumentou ser necessário saber quais os fornecedores que emitiram as notas fiscais para solicitar comprovação da entrega das mercadorias através do canhoto assinado.

Afirmou que se não houve os registros é porque as mercadorias nunca chegaram à empresa. Assim, não reconheceu as notas fiscais indicadas nos itens 16 e 17 do Auto de Infração.

A nota fiscal 602 localizada pelo autuado está devidamente escriturada no livro de Registro, não fundamenta estas infrações que versam sobre ausência de registro.

Infração 18 – Reconheceu a procedência em relação ao valor de R\$ 118,25. No que tange ao valor de R\$ 1.454,87, não assiste razão o autuante, já que não foi levado em consideração que a remessa do Estado de Mato Grosso foi realizada sem incidência de imposto. A transferência de bens foi efetivada sem a incidência de tributo porque tinham mais de 1 (um) ano de uso na outra filial, localizada em Mato Grosso. Que tendo havido a hipótese de não incidência do imposto, não se pode imputar o pagamento de diferença de alíquota. Transcreveu o art. 7º, I, II, III, “a” e “b”, do RICMS/97.

Dentre os equívocos do autuante está incluso no equivocado valor apurado para esta infração o representado pela nota fiscal 7256, no valor de R\$ 60,87 que se trata de devolução de mercadorias com avarias, tendo o autuante considerado como bem de uso/consumo. Requereu a improcedência.

Infração 19 - Reconheceu a procedência parcial da infração, no montante de R\$23.446,11. Impugnou o valor de R\$ 29.683,81, considerando que o autuante não levou em consideração que a remessa do Estado de Mato Grosso foi realizada sem a incidência do imposto em razão dos bens já terem mais de um ano de uso. Citou o inciso VIII, do art. 6º, do RICMS.

A nota fiscal nº 29333 foi contabilizada de forma equivocada, ao invés de ter sido computado o valor da nota fiscal no montante de 35.009,35, o autuante anotou como sendo o correto o montante de R\$ 55.009,35. Que seja decretada a improcedência do item 19.

Infração 20 – o autuante não poderia ter lançado a cobrança do valor relativo a diferença de recolhimento do tributo, já que ficou constatado equívoco na utilização do *modus faciendi* de cálculo do imposto e, que o ICMS foi recolhido sem prejuízo para o Fisco Estadual. Traz novamente referência ao art. 915, II, “d”, do RICMS/97. Citou os mesmos argumentos descritos na infração 08.

Entendeu estar afastada a cobrança da diferença do recolhimento do imposto. No entanto reconheceu razão assistir ao autuante no tocante a aplicação da penalidade de 60% valor do imposto não recolhido, estando ciente estar em débito com a Fazenda Pública, no valor de R\$ 39.701,03, correspondente à multa estipulada nos dispositivos regulamentares acima descritos.

Infração 22 – Disse ser prudente lembrar que o Programa FAZCULTURA é uma proposta de parceria entre o Governo e os empresários baianos para financiar produções culturais. Por este programa o Estado convoca a participação dos contribuintes interessados em custear eventos culturais para o público baiano e, se propõe a conceder incentivo de até 5% do ICMS mensal, limitado a 80% do total do empreendimento. O FAZCULTURA não é um programa que gera qualquer benefício fiscal para o autuado, apenas transferindo o fruto da arrecadação para o custo do empreendimento cultural.

Requeru a improcedência no tocante às infrações 06, 08, 12, 15, 16, 17, 20 e 22. Parcialmente procedente as infrações 01, 04, 05, 18 e 19, e reconheceu devidas as demais infrações.

O autuante, às fls. 3547 a 3562, informou que em relação a infração 01, o autuado impugna parte do valor exigido. No entanto, o inciso III do art. 374 citado pelo autuado faz referência ao ICMS (normal e antecipado) constantes dos documentos de aquisição das mesmas mercadorias, total ou parcial, conforme o caso a serem lançados no LRAICMS, a título de “Crédito do Imposto - Outros Créditos”.

Disse que o autuado na elaboração da planilha de estorno de crédito, às fls. 3443 a 3445 [4343 a 4345], partiu de suas notas fiscais de saídas, ao contrário do que determina a disposição legal citada pelo impugnante. Basta comparar o número das notas fiscais constantes da planilha com o livro Registro de Entradas, às fls. 3264 a 3281 [4164 a 4181]. Perguntou se o contribuinte orienta-se pelo art. 374, III porque utilizou notas fiscais de saídas de mercadorias, sem relacioná-las com as notas fiscais de entradas (origem).

Esclareceu que o art. 374, VIII, do RICMS/97 exige que as cópias das GNRs, relativas às operações interestaduais que geraram o direito ao ressarcimento sejam apresentadas ao órgão fazendário, no prazo máximo de 10 dias após o pagamento. Que em nenhum momento o autuado apresentou as GNRs referente às vendas interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária. O mesmo não foi privado do crédito referente a parcela do ICMS normal.

Informou que do valor apurado pela fiscalização como estorno de débito foi abatido o valor lançado pelo contribuinte no livro de apuração como estorno de débito e apenas autuado o valor que não está lastreado por documentos.

Infrações 02 e 03 são acatadas pelo contribuinte, mantidas em todos os termos e valores.

Infração 04 - o autuado entre as folhas 3396 a 3398 [4296 e 4298], pretende discutir a aplicação da alíquota de 17% ao que ele chama de arroz e, a tributação de achocolatados - em pó.

No tocante ao arroz, informa que no § 3º do art. 51, do RICMS/97, estabelece que para prevalecer a alíquota de 7% que determina o seu inciso I, “a”, o produto não pode ser massa fresca, ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie. No caso em análise trata-se de arroz semi-pronto, com curry, risoto milanês, risoto parmesano, risoto valigiano, com ervas finas e tais produtos estão fora da cesta básica. Salientou que o autuado não deveria estranhar, uma vez que

se utilizou o crédito de 12% e 17% quando da entrada do arroz semi pronto, no seu estabelecimento (fl. 2081).

Disse que o achocolatado em pó não está sujeito ao regime de substituição tributária, por não ser bebida e possuir NCM próprio (1805.00.00 e 1806.10.00), que todos os achocolatados estão expressos em grama (gr), ao invés de mililitros (ml). O autuado inclusive utilizou o crédito quando da entrada dos achocolatados em pó.

Infração 05 – Esclareceu que o autuado apresenta lista de produtos que disse compor as Cestas de Natal afirmando se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e isentos. No entanto, nessas listas aparecem produtos que são tributados normalmente, como achocolatado mágico 200 gr, ameixa seca, ervilha em lata, achocolatado Nescau 400 gr, nozes, indícios de que as alegações não correspondem com a realidade.

Além das cestas de natal, apresenta também um rol nominado “Cesta Alimentar Sesc Senac” onde os mesmos produtos são relacionados, às fls. 3488 a 3490 – 3454 [4354, 4390 e 4391]. O autuado espera que o fisco acate listas, aleatórias, elaboradas após a autuação, a título de “recomposição”, sem nenhum elemento que lhe confira autenticidade. Tal “recomposição” entre outras coisas, atribui valores diversos aos mesmos produtos e que teriam sido vendidos inclusive na mesma data, fls. 3446 a 3454 [4388 – 4346 a 4354], havendo falta de consistência entre os preços dos mesmos produtos.

Citou o art. 934 e seu § 2º, informando que tendo o autuado preferido atender aos clientes deixando de relacionar os produtos constantes de cada cesta, assumiu o risco de ser autuado.

Quanto a nota fiscal nº 6904 em que o autuado alega ter havido erro em seu arquivo magnético, na descrição de mercadoria diversas da constante do documento emitido, que já havia sido detectado o fato na fiscalização. Porém, não tendo o autuado cumprido a condição do retorno, no prazo regulamentar, (art. 627, § 5º, III) fica encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, sendo exigido o imposto por ocasião da saída originária (art. 627, § 4º). Não foi comprovado o retorno da mercadoria.

Infração 06 - Os argumentos defensivos não vêm acompanhados de documentação fiscal da primeira aquisição pela filial do Mato Grosso, que demonstrem a aquisição e utilização do bem pela filial do Mato Grosso, por um ano, antes da transferência para a Bahia. Através da consulta ao levantamento fiscal- diferencial de alíquota - fls. 193 a 197, que o autuado adquiriu ativo em outras unidades da Federação, e não apenas de Mato Grosso, como alega, nem recolheu a diferença de alíquota devida pela entrada, nem quando desincorporou tais bens, tributou as saídas.

Para não restar dúvida intimou o autuado a apresentar as primeiras aquisições pelo Mato Grosso, das mercadorias para o ativo immobilizado, que alega ter ocorrido há mais de um ano e correspondente lançamento dessas notas fiscais no livro Registro de Entradas, na filial de Cuiabá-MT e que as cópias deveriam estar autenticadas pela SEFAZ do Mato Grosso. No entanto, o autuado não apresentou elementos que pudesse reduzir ou afastar os números apresentados pelos levantamentos.

Infração 07 - acatada pelo autuado.

Infração 08 - informou que o autuado reconheceu ter havido descumprimento da lei, alegando ausência de prejuízo para o Estado. Se o autuado pretendesse derrubar o lançamento fiscal elaborado pela fiscalização baseando-se em lançamentos e documentos fiscais que também, o fizesse através de levantamentos embasando com notas fiscais e valores a ausência de tal prejuízo. Pleiteou o autuado a multa prevista no art. 915, II, “d”, do RICMS, não comprovando o recolhimento desses valores relacionados com as mercadorias autuadas, naquelas quantidades,

em operações de saídas posteriores. Também, o sujeito passivo requereu a improcedência da autuação.

Infrações 9, 10 e 11 - autuado acata os valores exigidos.

Infração 12 - As cópias das notas fiscais apresentadas de nada servem a favor do autuado, já que a lei veda expressamente a utilização de crédito de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais.

Infrações 13 e 14 - acatadas pelo autuado.

Infração 15 - o autuado foi intimado a apresentar as notas fiscais escrituradas que deram origem a utilização de crédito fiscal, mesmo no prazo de defesa deixa de apresentá-las, informando que solicitou cópias aos fornecedores. A lei veda expressamente a atribuição de créditos sem a apresentação do documento fiscal.

Infrações 16 e 17 - informou que foram entregues ao contribuinte os levantamentos fiscais que embasaram a autuação e nestes levantamentos consta o CNPJ dos emitentes das referidas notas fiscais ausentes da escrituração fiscal.

Esclareceu estar juntando vias recuperadas junto ao trânsito de mercadorias que comprovam que as mercadorias foram recebidas por ele “com canhoto assinado e tudo” e que não as lançou na escrituração fiscal. Informou que deve ser fornecida cópia das referidas notas fiscais para que o autuado se manifeste, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF.

Em relação a nota fiscal 602, disse razão assistir ao autuado, já que o mesmo comprova a escrituração da referida nota fiscal. Assim, na infração 16, examinando o Auto de Infração deve ser excluído o valor da base de cálculo de R\$ 299,40 indevido. Mantidos os valores da infração 17.

Infração 18 - trata da exigência da diferença de alíquota nas aquisições de bens de uso e ou consumo. O contribuinte foi intimado a apresentar notas fiscais - primeira aquisição Mato Grosso ou outra unidade da Federação, já que informou ter havido desincorporação de bens ocorrido há mais de um ano. A ausência da apresentação da documentação fará prevalecer a presunção de legitimidade da autuação.

Examinando a nota fiscal nº 7256, de 22/05/03 verificou que a mesma não faz parte das notas relacionadas no levantamento fiscal.

Infração 19 - ressaltou que nos resumos dos levantamentos (fl. 193 a 197), o ICMS eventualmente recolhido ou lançado no RAICMS foi devidamente abatido, antes de se chegar ao débito apurado. A infração foi reconhecida parcialmente. E, para que não restasse dúvida o contribuinte foi intimado a apresentar as notas fiscais correspondentes às primeiras aquisições pelo Mato Grosso, já que o autuado informa se tratar de transferência recebida de mercadorias do ativo sendo que a primeira aquisição ter ocorrido há mais de um ano da desalienação.

Disse que examinando a nota fiscal nº 29333, de 03/10/02, fl. 3544 [4446] que o autuado faz referência na folha 3412 [4312], verificou que a mesma faz parte das notas fiscais relacionadas entre as fls 193 a 197, tendo gerado o equívoco apontado pelo contribuinte. Elaborou novo levantamento fiscal para ser entregue ao contribuinte, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99, passando o demonstrativo de débito da fl. 15 dos autos, ocorrência nº 120, infração 19, data da ocorrência 31/10/02, vencimento 09/11/02, a base de cálculo passa a ser de R\$ 164.502,30, percentual de 10%, no valor de R\$ 16.450,23.

Infração 20 - disse ter encontrado a falta de recolhimento, ou recolhimento a menos do ICMS devido, nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária. E, ao contrário do que afirmou o autuado, sem comprovar, a saídas de mercadorias sujeitas à

substituição tributária promovidas pelo contribuinte, para dentro do Estado ocorreram sem tributação. Assim, discorda da lógica do contribuinte sobre a conversão da infração em multa e, mais ainda do seu cancelamento.

Entre as fls. 227 e 251 se encontra a memória de cálculo apresentada pelo contribuinte quanto ao ICMS devido a ser antecipado pela entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, às fls. 214/216, encontram-se os DAEs (cópias) de recolhimentos apresentados, estando relacionados a que notas fiscais se referem. Os resumos das fls. 203 e 213 abatem dos valores apurados para a infração, os efetivamente recolhidos para se chegar ao valor devido.

Infração 21 – acatada pelo autuado.

Infração 22 – O autuado alegou que o FAZCULTURA é um incentivo não é benefício. No entendimento desta fiscalização, incentivo é um tipo de benefício, ficando, portanto, a cargo deste Colegiado decidir sobre tal divergência de interpretação.

Às fls. 254 a 260, se encontram as cópias do Dec. 7799/00 que normatiza atividade do autuado – Atacadista com Termo de Acordo. E, no seu art. 4º, Parágrafo único veda acumulação de benefícios.

Afirmou que no Dec. 8484/03, que regulamenta o FAZCULTURA, o patrocinador poderá abater até 5% do ICMS a recolher. O abatimento somente poderá ser utilizado a partir do mês imediatamente subsequente ao que tenha ocorrido a transferência dos recursos ao proponente. Examinou o RAICMS, meses de outubro a dezembro de 2003, verificando que os valores abatidos a título de incentivo jamais corresponderam a 5% do ICMS a recolher. Assim, além de não ter direito ao crédito, utilizou valores superiores aos determinados pelo FAZCULTURA.

No mês de outubro de 2003, o valor correspondente a 5% é de R\$ 140,11 e o autuado se creditou de R\$ 1.100,00, diferença por recolhimento a menos, no valor de R\$ 859,89.

No mês de novembro de 2003, o valor correspondente a 5% é de R\$ 649,37 e o autuado se creditou de R\$ 1.000,00, diferença por recolhimento a menos, no valor de R\$ 350,63.

No mês de dezembro de 2003, o contribuinte apresentou saldo credor, não sendo cabível dedução de incentivos. O autuado se creditou indevidamente de R\$ 4.400,00.

Opinou pela manutenção parcial da autuação.

O autuado, às fls. 3588/3589, alegou que a intimação tem por objetivo a apresentação de documentos fiscais que se encontram em posse da fiscalização do Estado de Mato Grosso, desde dezembro de 2003, nos termos da declaração do Auditor Laércio Salviano de Paula, matrícula 38327001-4, para fins de baixa daquela filial. Assim, alegou estar impossibilitado de apresentar os documentos requeridos.

Foi novamente cientificado o autuado de novos documentos.

Às fls. 3599 a 3619, reafirmou seu posicionamento em relação à infração 01.

No tocante a infração 04 argumentou que o art. 353, II, 8.5, determina que os produtos: chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob forma de outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que pronta para o consumo – NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00 estão sujeitos ao regime de substituição tributária. E que é no item 8.5 que se enquadram os achocolatados em pó desta infração.

Quanto ao arroz a tese do autuante de que o semi-pronto não estaria incluso na cesta básica, alegou ser desprovida de fundamentação legal, uma vez que o §3º do art. 51 faz restrições a variedades de dois tipos de mercadorias: o macarrão e o fubá de milho.

Na infração 5, argumentou que 99% dos produtos da cesta de natal eram sujeitos ao regime de substituição tributária e/ou isentos. No tocante aos preços unitários de alguns produtos, os esclarecimentos do autuante não têm pertinência, porque o autuado quando negocia o valor da “cesta de natal” com seu cliente, estabelece os preços item a item com cada um deles, o que justifica a variação de preços apontados.

Em relação a nota fiscal nº 6904, que serviu de remessa para conserto de uma “câmara climática”, argumentou que o bem foi adquirido em 21/02/01, nos termos da nota fiscal contida no anexo II e foi transferida para da filial de Mato Grosso para o Estado da Bahia, já sem incidência do ICMS. Remetido para conserto verificou-se se tornar imprestável por inexistir peças para reposição. A mercadoria, literalmente, virou sucata e, por conta disso o contribuinte deixou de adotar o procedimento exigido no RICMS. No entanto, o bem havia ingressado no Estado da Bahia sem a incidência do ICMS, e a sua saída posterior deve seguir a mesma sistemática.

Infração 06 – que havia comprovado que os documentos se encontravam em poder da fiscalização do Estado de Mato Grosso. Tendo recebido uma significativa quantidade de notas fiscais entregues pelo auditor (Mato Grosso) e, objetivando a busca da verdade real, está anexando cópias autenticadas da primeira aquisição dos bens que foram desincorporados.

No caso dos ECFs, ao revés de apresentar as cópias autenticadas das notas fiscais da primeira aquisição, colacionam os Pedidos de Uso de Equipamento perante a SEFAZ do Mato Grosso efetuado há mais de 2 anos, comprovando a utilização destes equipamentos pelo tempo mínimo necessário para justificar a desincorporação sem a incidência do imposto.

Infração 08 – protestou estar apresentando planilha, no Anexo IV, contendo todos os produtos, item a item, que são capazes de elidir a autuação, por demonstrarem que houve a tributação na saída dos mesmos do estabelecimento do autuado. Anexou algumas notas fiscais, por amostragem, que ratificam a tese do autuado, requerendo que seja realizada nova diligência fiscal para fins de comprovação da idoneidade da atitude do autuado. Em relação a multa não tem qualquer pertinência, porque a norma tipificadora da infração não tem incidência no caso em tela.

Juntou como sendo “Anexo V” (fls. 3784/3785 com repetição às fls. 3786/3787), petição requerendo suspensão do julgamento do presente processo enquanto perdurar a fiscalização do estabelecimento (Mato Grosso), já que os documentos solicitados pela autuante se encontram em poder do Fisco daquele Estado, ou seja, a apresentação das notas fiscais de aquisição dos bens que foram transferidos para o Estado da Bahia, para comprovação de que os mesmos foram adquiridos a mais de um ano.

Requereu a improcedência da autuação.

Infração 12 - reafirmou ter havido erro de um único fornecedor, 3M, no faturamento das mercadorias para o estabelecimento matriz quando, os mesmos eram destinados ao depósito central. Verificados os equívocos, o fornecedor emitiu carta correção, visando sanar os erros existentes, nos termos do Anexo 7 da impugnação. Reafirmou os argumentos já expostos na peça inicial.

Infração 15 - alegou que o fato de estar apresentando as cópias dos fornecedores não prejudica a impugnação, porque a validade e eficácia da nota fiscal podem ser checadas pela fiscalização nos arquivos magnéticos por aqueles entregues. Assim, por força da insubstância deste lançamento, em face da apresentação das notas fiscais, requereu a improcedência da infração.

Infrações 16 e 17 - o autuante afirmou ter indicado os CNPJs dos emitentes das referidas notas fiscais, mas que juntaria as notas fiscais comprobatórias da falta de escrituração. No entanto, não forneceu o CNPJ do fornecedor, nem apresentou a cópia das notas fiscais nºs 158652, 928657,

928658, 928659, 928661 e 173523, ficando impossibilitado de proceder a busca das mesmas a fim de averiguar o que efetivamente ocorreu.

As notas fiscais nºs 104106 e 104109 se referem às entradas de mercadorias na filial de Stella Mares, vide o endereço nelas constante.

As notas fiscais nºs 286496, 120524 e 22009, foram escrituradas no livro de fevereiro, junho e agosto de 2003, respectivamente.

As notas fiscais nºs 160238 e 192320 se referem aos fretes com a condição “CIF”, ou seja, a escrituração destes conhecimentos é exigida pelo fornecedor, e não pelo estabelecimento autuado.

A nota fiscal nº 20978 provavelmente esta nota foi devolvida integralmente para o fornecedor.

A nota fiscal nº 16086 se refere a uma prestação de serviços gráficos fora da competência do ICMS, tendo, inclusive, o emitente recolhido o ISS.

Requereu pela improcedência no que se refere às notas fiscais efetivamente escrituradas e que sejam fornecidos os documentos que fundamentam a inclusão das notas fiscais nºs 158652, 928657, 928658, 928659, 928661 e 173523 e, que após a apresentação desses documentos seja dado novo prazo para manifestação.

Infração 18 - Reafirmou o seu posicionamento anterior. E, argumentou que o documento fiscal nº 7256, no valor de R\$ 60,87 faz parte da presente impugnação, tendo sido considerado como bem de uso e consumo uma nota fiscal de devolução de mercadorias com avarias.

Infração 19 - Reafirmou seus argumentos iniciais de que a remessa dos bens foi realizada sem a incidência do imposto, por se tratar de saídas de bem integrado ao ativo permanente, que tinha sido objeto de uso no próprio estabelecimento por mais de um ano. E, que tendo recebido grande parte das notas fiscais entregues à fiscalização do Estado de Mato Grosso, anexou, agora, ao processo cópias autenticadas das notas fiscais da primeira aquisição dos bens que foram, após transferidos.

Infração 20 - Ratificou os argumentos da peça inicial.

Infração 22 - alegou que o autuante só levou em conta o ICMS normal, sem atentar para o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, que faz parte do montante a recolher.

Na verdade houve dedução a menos por parte do autuado que deixou de se creditar, na média, do valor efetivo que poderia utilizar. Nos meses de outubro a dezembro se creditou de R\$ 1.000,00 em cada mês, quando o correto seria: outubro R\$ 753,46, novembro R\$ 2.574,84 e dezembro R\$ 5.179,90. Assim, o autuado se creditou a mais em R\$ 246,54, no mês de outubro de 2003, porém esta diferença poderia ter sido utilizada no mês subsequente.

Requereu a improcedência das infrações 01, 04, 05, 06, 08, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 22, no que foram, por lógico, impugnados.

O processo foi baixado em diligência à INFRAZ Simões Filho, fls. 3919/3920, para que fossem tomadas as seguintes providências:

1) o autuante intimasse o autuado a apresentar os encartes utilizados para promoção das vendas dos produtos à época e dos documentos da empresa que confirmou a relação das mercadorias que deram origem à emissão das notas fiscais como “cestas de natal”, uma vez que constam: a) cestas de natal Jornal A Tarde, b) cestas de natal SENAC, c) cestas de natal TV Bahia e, d) cestas de natal alimentar SESC/SENAC;

- 2) também o autuante anexasse ao processo as vias das notas fiscais colhidas no trânsito, arroladas nas infrações 16 e 17, de nºs 158652, 928657, 928658, 928659, 928661 e 173523;
- 3) prestasse informação fiscal a respeito da última manifestação do autuado, analisando, inclusive, os documentos acostados às fls. 3588 a 3910;
- 4) no caso de comprovação quanto aos encartes e as informações das empresas (cesta de natal) o autuante deverá elaborar demonstrativo separando os valores relativos aos produtos da Substituição tributária, e/ou isentas, dos tributados, sendo que se o autuado comprovar apenas parte do solicitado, deverá o autuante elaborar demonstrativo global na forma requerida e, em separado, da parte que o autuado comprovar, no atendimento à intimação.

Em seguida, a Repartição Fiscal deveria cientificar o autuado reabrindo prazo de defesa (30) dias, entregando, no ato da intimação e mediante recibo, cópia do resultado da informação fiscal, bem como dos demonstrativos e das cópias das notas fiscais coletadas no trânsito.

Havendo manifestação do autuado, dar ciência ao autuante.

O autuado, às fls. 3923 a 3925, alegou ter recebido intimação em 04/03/2005 para apresentação de um rol de documentos. Solicitou prorrogação de 30 dias do prazo para apresentação do restante da documentação. Afirmou ainda que as conhecidas “Cestas de natal” continham mercadorias sujeitas ao regime de ST e/ou isentas e que podem ser analisadas em suas recomposições, nos termos do Anexo 4 da impugnação.

Disse estar juntando algumas declarações de clientes que adquiriram essas “cestas”, porém está tendo dificuldade com os demais clientes por se tratar de período de 2002 e 2003. Também, no que tange as clientes institucionais que adquiriram essas cestas, eles solicitaram, por razões internas que ao invés de consta nas notas fiscais a relação item a item dos produtos vendidos, por se tratar, em sua maioria, de bebidas alcoólicas, fosse colocado apenas a nomenclatura “cesta de natal”, sendo inviável a apresentação de documentos fiscais.

Também, alegou impossibilidade de apresentação de encartes das promoções por não arquivar encartes antigos.

A autuante, às fls. 3936 a 3954, inicialmente citou a Portaria 332/2001, para alegar que as diligências referentes a PAF, determinadas pelo CONSEF são realizadas pela ASTEC ou pela IFEP. Assim, deixava de atender parte do indicado na diligência requerida, pelos motivos já expostos.

Do item 1-b da diligência – Infração 16, afirmou que o CFAMT não remeteu as notas solicitadas, refez o levantamento à fl. 3568 excluindo os valores das notas fiscais ausentes, e que o valor da autuação após retificado passa a ser parcialmente mantido.

Do item 2-a da diligência que se referia a análise dos documentos das fls. 3588 a 3910, a autuante reafirmou os esclarecimentos apresentado na informação fiscal, em relação à infração 01 tecendo comentário a respeito dos demais incisos do art. 374 e concluindo que a insubordinação do contribuinte é frágil e não espelha a realidade documental.

Também, em relação à infração 04 - reafirmou que o produto achocolatado em pó tem tributação normal e que a nota fiscal à fl. 3621 não contradiz a posição da SEFAZ e quando ao produto “arroz” esclarece que o RICMS/97, no seu art. 51, I, “a”, privilegia com alíquota de 7% produtos que compõem a cesta básica. No entanto, o produto, objeto da autuação é arroz: semi-pronto, com curry, risoto milanês, risoto parmegiano, risoto valigiano, com ervas finas, todos fora da cesta básica (§3º do art. 51 do RICMS/97).

Da infração 05 – informou que embora entenda que a diligência deverá ser realizada pela ASTEC, visando dar celeridade ao processo, o autuado foi intimado em 04/03/05 a apresentar as

explicações e documentos elucidativos, sendo prorrogado o prazo solicitado. O autuado não apresentou os encartes e os documentos que juntou não trazem elementos novos ao Auto de Infração.

Quanto às operações tributadas como não tributadas, cabe algumas considerações:

- a) o autuado reconheceu que realizou operações tributadas sem recolher o imposto ao reconhecer devido o valor de R\$ 4.589,91;
- b) o autuado alegou que as “cestas de natal” eram compostas apenas de produtos sujeitos a substituição tributária e/ou isentos, no entanto, ao apresentar um rol de produtos que comporiam as cestas, nessas listas aparecem produtos com tributação normal, como achocolatado mágico 200 gr, ameixa seca, ervilha em lata, achocolatado nescau 400 g, nozes;
- c) o autuado espera que o Fisco acate listas aleatórias elaboradas após a autuação a título de recomposição;
- d) na recomposição o autuado atribui valores diversos aos mesmos produtos, havendo falta de consistência entre os preços dos mesmos produtos, nas mesmas quantidades, apresentados nas diversas cestas;
- e) citou o art. 934 do RICMS/97, afirmando que o autuado ao deixar de relacionar os produtos de cada “cesta” assumiu o risco de ser autuado.

Informou que a nota fiscal nº 6904, o contribuinte não comprovou o retorno da mercadoria, sendo considerada encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto (art. 627, §§ 4º e 5º, III, do RICMS). E que o autuado quer fazer crer que a mercadoria “Câmara Climática” constante na nota fiscal nº 3623 adquirida pelo estabelecimento filial de Mato Grosso, em fevereiro de 2001, no valor de R\$ 4.500,00, seja o mesmo equipamento indicado na nota fiscal nº 6904, remetido para conserto em novembro de 2003, no valor de R\$ 80.000,00.

Da infração 06 – informou que ao comparar a listagem com os itens das notas fiscais detectou a quase completa falta de correspondência entre os itens defendidos e as notas fiscais que documentaram a autuação. Identificou que o autuado adquiriu bens do Ativo também de outras unidades da Federação e não apenas de Mato Grosso, não tendo recolhido a diferença de alíquota devida pela entrada, nem tributou as saídas quando desincorporou tais bens. Os poucos itens passíveis de retificação foram abatidos na autuação passando o valor do débito para R\$ 7.431,72 e R\$ 115.535,96.

Da infração 08 - afirmou que a relação de notas fiscais constantes das folhas 3711 a 3742 apresentadas pelo autuado não vem acompanhada das notas fiscais respectivas, nem totaliza por mês. Relaciona mercadorias não sujeitas a substituição tributária, com destaque de 7% de alíquota e não são mercadorias que compõem a cesta básica (café solúvel, achocolatados em pó, etc.) e as saídas internas tributadas por alíquotas inferiores às determinadas por lei, inclusive, foram objeto deste Auto de Infração - infração 04 = débito a menos – erro na alíquota. (notas fiscais 285 e 793 - fls. 3724 com fls. 81/82).

Manteve os termos da informação fiscal em relação às infrações 12, 20, e 22. Esclarecendo que as infrações 02, 03, 07, 09, 10, 11, 13, 14 e 21 foram reconhecidas como devidas pelo autuado.

Da infração 15 - Informou que na folha 3536 o autuado apresentou uma nota fiscal endereçada a destinatário diverso. Nas folhas 3533, 3534 e 3535, apresenta as notas fiscais nºs 889197 – 31678 e 31845, cujos valores foram acatados e abatidos da infração. Disse manter a ocorrência 92, no valor de R\$ 1.021,40 e parcialmente a ocorrência 93, ficando reduzida de R\$ 140,25 para R\$ 59,64.

Das infrações 16 e 17 - esclareceu que além de reafirmar o seu posicionamento anterior, analisando as notas fiscais apresentadas entre as fls. 3540 e 3814 a 3822, no demonstrativo de débito – infração 16 - nas ocorrências de nºs 95, 96 e 98, os débitos ficaram reduzidos a zero e nas ocorrências de nºs 97 e 99, seus débitos ficaram reduzidos para R\$ 59,95 e R\$ 75,21. Já no demonstrativo de débito - infração 17 – as ocorrências 100, 103, 106 e 107, foram zeradas e as ocorrências 101, 102, 104 e 105, mantidas seus valores originais.

Da infração 18 - embora o autuado reconheça parcialmente o débito, no valor de R\$ 118,25 alegando que as remessas vindas de sua filial do Mato Grosso não comporiam tal infração, deixa de reconhecer débito levantado em dezembro de 2003, cujas remessas não vieram de suas filiais. Esclareceu, a autuante, ter havido inversão na digitação da nota fiscal 7526 como sendo 7256, no mês de julho/03 (fl. 2559). Do valor da nota fiscal foi abatido o correspondente a mercadoria adquirida sujeita a ST. Feito novo levantamento fiscal incluindo as folhas onde as notas fiscais relacionadas estão lançadas nos livros de Entradas.

Da infração 19 - informou que as notas fiscais (fls. 3625 a 3709 e 3826 a 3908) comparadas com os itens dos produtos transferidos da filial Serrano no Mato Grosso para a filial fiscalizada se verifica total incompatibilidade entre eles, não podendo se afirmar serem os produtos adquiridos em Mato Grosso os mesmos recebidos como transferência de Ativo. Confirmou que nota fiscal 29333 faz parte das notas fiscais relacionadas entre as folhas 3569 e 3570. Corrigido o equívoco no demonstrativo de débito - a ocorrência 120 passa a ser R\$ 16.450,23.

Em relação às infrações 18 e 19, a autuante informou que foi oferecido num novo levantamento fiscal - diferença de alíquota - 2002 e 2003, incluindo as folhas onde as notas fiscais estão lançadas no livro Registro de Entradas, sendo que algumas dessas notas consta cópias no processo e outras com lançamento nos livros fiscais - códigos 2552 e 2557 - transferências de Ativo / transferência de uso, devendo o contribuinte apresentar cópias dessas notas fiscais, sob pena dos arts. 143 e 144, § 2º, II, do RPAF/99.

A autuante anexou consulta e resposta feita em relação a situação quanto à alíquota em relação a alguns tipos de produtos e quanto ao regime de tributação adotado, se normal ou se estão arrolados na ST (fls. 3956/3959).

O autuado, às fls. 3994/4011, se manifesta sobre a informação fiscal recebida em 13/12/2004, dizendo que a autuante reduziu do débito em R\$ 8.141,84. No entanto, ainda existem incorreções que passou a expor, confirmando ter reconhecido a procedência total ou parcial de alguns lançamentos.

No tocante ao item 04 - reafirmou que os achocolatados são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e que as notas fiscais emitidas pela Qualker e juntadas aos autos demonstram que, por exemplo, o Toddy GR Class tem NCM 1806.90.00, assim como o Achocol GR Class.

No tocante ao item “arroz” disse que o §3º do art. 51 do RICMS aponta as exceções ao disposto na alínea “a” do inciso I do citado artigo, restringindo apenas a variedade de dois tipos de mercadorias: o macarrão e o fubá de milho. Manteve os termos iniciais.

Na infração 05, o autuado alegou que a divergência de preço unitário de alguns produtos observada pela autuante nada tem de pertinente, já que ao negociar o valor das “cestas de natal” com seu cliente, são estabelecidos os preços item a item, inclusive, a quantidade de cestas que será comercializada. Reafirmou os argumentos da peça inicial e da manifestação quando da intimação em 04/03/2005.

Protestou alegando estar juntando encartes dos concorrentes a fim de comprovar a proporção nas multicitadas “cestas de natal” de produtos tributados, isentos, substituídos, para demonstrar a sua prática mercadológica, em particular a sua composição média.

Em relação a nota fiscal nº 6904, disse ter verificado que ao ser o bem remetido para conserto, verificou-se que o mesmo se tornara imprestável, entretanto, o bem já regressou ao estabelecimento do autuado, como se comprova na nota fiscal de devolução emitida pela Limiar Indústria e Comércio, tendo sido juntado cópia ao processo.

As infrações 06, 18 e 19 - juntou Termo de Conclusão de Ação Fiscal (fl. 4031), subscrito por Auditor Fiscal do Mato Grosso, Laércio Salviano de Paula, matrícula 38327001-4, no qual o mesmo afirma que a transferência/desincorporação de imobilizado é isenta de ICMS. Também, anexou cópias das notas fiscais de transferências nas quais consta a observação de isenção de ICMS dos bens adquiridos. Concluiu requerendo a sua improcedência.

Das infrações 08 e 20, o autuado alegou que a autuante ignorou o levantamento feito pelo autuado, e que juntou por amostragem algumas notas fiscais que ratificavam a sua tese, já que a autuante tinha em mãos todas essas notas fiscais e não percebeu a tributação na saída destes produtos. Disse constar às folhas 3711 a 3742 dos autos a planilha realizada pelo autuado e às fls. 3743 a 3782, também estão algumas notas fiscais, no entanto, com a finalidade de elucidar a questão está juntando a planilha e todas as notas fiscais complementares, de forma exaustiva e pede que seja realizada nova diligência fiscal para fins de comprovação da idoneidade da atitude do autuado. Argumentou, ainda, que em relação a planilha, o autuado a expressa de duas maneiras: a) levando em conta a ordem alfabética e outra a ordem numérica das notas fiscais, além de ter juntados as notas complementares àquelas contidas nas fls. 3743 a 3782. Reafirmou seu pedido pela improcedência da infração e, não sendo acolhido que se aplique apenas a multa prevista no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante a infração 12, manteve os termos já expostos. Requeru a improcedência da autuação.

Infração 15 - o autuado alegou que em face da apresentação das notas fiscais, o item seja julgado insubsistente.

Infrações 16 e 17 - o autuado reafirmou não constar no levantamento fornecido pelo autuante os CNPJs dos emitentes das referidas notas fiscais e nem fornecer informações acerca das notas fiscais indicadas anteriormente. Não obteve resposta do seu questionamento e argumentou como o autuante pode afirmar que obteve as vias de trânsito de nota fiscal e que as mesmas estavam com “canhotos assinado e tudo” se a via do trânsito é destacada na passagem do caminhão antes da mercadoria ingressar no estabelecimento do destinatário? Reafirmou seu pedido de improcedência.

Infração 22 - Reafirmou seu posicionamento anterior, inclusive alegando que a autuante afirma que o FAZCULTURA corresponde a 5% do ICMS a recolher, no entanto só considera o ICMS norma, esquecendo-se do imposto antecipado, motivo da diferença de valores. Confirma ter se creditado a mais no mês de outubro de 2003, no valor de R\$ 246,54, argumentando que nos meses de novembro e dezembro houve creditamento a menos.

Anexou às fls. 4014 a 4022, tabelas afirmado pertencerem aos seus concorrentes onde aponta que as mesmas são compostas de mercadorias sujeitas à tributação e mercadorias da substituição tributária, com fase de tributação encerrada, tendo como denominação e percentual das mercadorias sujeita a tributação, a saber: ”Cestas Boas Festas Bom Preço – 20,91%”, ”Cesta de Natal Basique Perini – 55,14%”, Cesta de Natal Classique Perini – 38,00%”, Kit Ceia Master Perini – 72,00%”, Cesta de natal Special Perini – 41,00%”, Kit Ceia Compact Perini – 45,00%”, ”Cesta Natal Premium Extra – 37,00%”, ”, ”Cesta Natal Classic Extra – 37,00%”, ” e ”Cesta Natal Vip

Extra - 49,00%”. Anexou cópias de encartes das empresas Bom Preço, Perini e Extra, às fls. 4023 a 4027 dos autos.

Também anexou ao processo cópia reprográfica de nota fiscal – Limiar Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., nº 1725, sem data de emissão ou saída, tendo como natureza da operação a devolução de Câmara Fermentação p/ pães mod. Climática 40 bandejas, bem como, a cópia da nota fiscal 006904, às fls. 4028/4029 dos autos.

Cópias de documentos das infrações 06, 18, 19 (fls. 4030/4118). Das infrações 08 e 20 (fls. 4118/5131 dos autos).

À fl. 5135 esta Junta de Julgamento deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado à SAT/DITRI para emissão de parecer jurídico, informando se os produtos relacionados na diligência eram considerados como arroz, para efeito de aplicação da alíquota de 7% prevista no art. 51, I, “a”, do RICMS/97.

Às fls. 5138/5139, a DITRI se posiciona atendendo ao solicitado.

VOTO

Analisando as peças processuais, constato que o autuado reconheceu expressamente o cometimento das infrações 02, 03, 07, 09, 10, 11, 13, 14 e 21, pelo valor total, que diz respeito a: Infração 2 - recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior; Infração 3 - recolhimento a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; Infração 7 - deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios; Infração 9 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; Infração 10 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade; Infração 11 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviços de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas; Infração 13 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, em razão de erro na alíquota aplicada; e infração 21 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operação escriturada nos livros próprios. E pelo valor parcialmente, as infrações 01, 04, 05, 18 e 19. Assim, mantidas as irregularidades apuradas nas infrações acima reconhecidas.

Em relação à parte impugnada, temos as infrações: 06, 08, 12, 15, 16, 17, 20 e 22, na sua totalidade e 01, 04, 05, 18 e 19 parcialmente:

Infração 01 - utilização de crédito fiscal do ICMS maior que o incidente na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária - Na interpretação do inciso. III do art. 374 do RICMS/97, o autuado teria direito a utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto (normal e antecipado) constante no documento de aquisição das mesmas mercadorias, total ou proporcional a serem lançados no quadro “Crédito do Imposto – Outros créditos” do RICMS. (grifo meu).

Já o inciso IV do citado artigo do regulamento poderá o contribuinte estornar o débito fiscal relativo à saída, destacado no documento fiscal emitido na forma do inciso I, no quadro “Crédito do Imposto - Estorno de Débitos”, no RICMS.

Também, o inciso VI do art. 374 do RICMS, estabelece que sendo impossível que se determine a correspondência do ICMS retido, em relação à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o

valor do imposto retido quando da última aquisição do produto pelo estabelecimento, proporcional à quantidade saída.

Assim, não tendo o autuado comprovado que o valor utilizado como crédito era o constante no documento fiscal de aquisição das mesmas mercadorias e ficando, inclusive, demonstrado que os valores apontados na autuação são superiores às últimas aquisições, correto o posicionamento da autuante ao efetuar o lançamento do crédito tributário. Mantida a exigência do tributo.

Infração 04 - recolhimento a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Houve o reconhecimento parcial da infração, tendo o autuado impugnado os itens relativos aos produtos arroz e achocolatado. Para o item “arroz” o autuado alega que independente do tipo da mercadoria (arroz) ser comercializada com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie, deve ser aplicada a alíquota de 7%, por considerar inclusa na cesta básica. E, em relação ao item achocolatado, entende se tratar de produto com fase de tributação já encerrada, ou seja, enquadrado no regime de Substituição Tributária.

A legislação tributária, no art. 353, II, itens 3.4 e 8.5, não contempla a mercadoria “achocolatado” como sendo enquadrada no regime de substituição tributária, conforme disposição legal abaixo transcrita:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

3 - bebidas não alcoólicas, a saber:

...

3.4 - bebidas alimentares à base de leite ou de cacau □ NCM 2202.90.00;

...

8 - guloseimas industrializadas, a saber:

...

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

Os produtos, objeto da autuação, dizem respeito à achocolatados em pó denominados de: Chocomix em pó 300 G, Toddy vit em pó 200 e 400 G, Nescau 200 G. Inclusive, o autuado de forma correta utilizou o crédito fiscal de suas aquisições e as saídas subsequentes ocorreram com tributação. Sendo exigido o imposto apenas em relação às operações subsequentes em que não houve a tributação do imposto ou foi destacado alíquota menor que a exigida em lei.

Observo ainda que no caso do item 3.4 do dispositivo regulamentar acima transcrito, o regime da substituição tributária só se aplica aos produtos líquidos à base de leite ou de cacau. Já no tocante ao item 8.5 do mesmo dispositivo legal, inclusive, citado pelo autuado em sua peça de impugnação, o legislador define em quais condições o produto “chocolate” é apresentado para

comercialização ou industrialização, ou seja, em barras, blocos, tabletes, paus ou sob forma de outras preparações de confeitarias. No caso em análise o “achocolatado” se apresenta em pó e não se destina a preparação de confeitarias.

Apesar do fornecedor indicar o mesmo número da NCM nos documentos fiscais em relação a tais produtos, este fato, por si só, não é suficiente para a caracterização de que se trate de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Também, o próprio autuado reconhecendo ser a mercadoria tributada pelo regime normal, deu tal tratamento nas operações realizadas – saídas de “Nescau” - uma vez que as tributou à alíquota de 17%.

Concluo que os achocolatados em pó não fazem parte das mercadorias arroladas na substituição tributária, nem compõem a cesta básica, sendo, portanto, tributadas à alíquota de 17%.

Já em relação ao produto “arroz”, busquei entendimento da SAT/DITRI, no sentido de elucidar se no *caput* do § 3º do art. 51 do RICMS/97 inclui também o arroz quando este se apresente sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie, a exemplo do arroz marca Tio João dos tipos: a grega, funghi, risoto parmegiano, risoto vallingiano, com ervas finas, risoto milanês e curry, tendo como resposta o a seguir transcrita que passa a fazer parte integrante deste voto:

“O entendimento já consagrado por esta DITRI/GECOT em relação à matéria é no sentido de que apenas fazem parte da chamada cesta básica os alimentos em estado natural, ou seja, sem nenhum ingrediente que descaracteriza esta condição, não se aplicando, portanto, para produto adicionado de elementos sofisticadores ou que venham a descharacterizar a sua essencialidade como elemento a ser consumido pela população.”

“As mercadorias ora sob análise (ARROZ S PTO TIO JOÃO A GREGA, ARROZ S PTO TIO JOÃO CURRY, ARROZ S PTO TIO JOÃO ERVA FINA, ARROZ S PTO TIO JOÃO FUNGHI, ARROZ S PTO TIO JOÃO RIS. MILANÊS, ARROZ S PTO TIO JOÃO RIS. PARMEGIANO E ARROZ S PTO TIO JOÃO VALLIGIANO), conforme se verifica da própria denominação, não são produtos em estado natural; resultam do aditamento de certos ingredientes ao arroz “in natura” que engendram a sua desnaturalização.”

“Assim sendo, o entendimento é no sentido de que a alíquota especial prevista no RICMS-BA/97, art. 51, inciso I, alínea “a”, não se aplica às mercadorias indicadas às fls. 5135, as quais são tributadas normalmente, com aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento) nas operações internas de comercialização.”

Desta maneira, concluo pela manutenção da exigência do crédito tributário, relativo a este item da autuação, considerando os posicionamentos acima apontados.

Infração 05 – deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, neste item da autuação foi reconhecido como devido parte do valor exigido, tendo o autuado se insurgido contra a exigência do tributo em relação aos achocolatados e as cestas de natal.

O autuado, inicialmente, anexou cópia da nota fiscal nº 004572, emitida pela empresa Freezer Refrigeração Ltda., em 21/02/2004, referente aquisição pelo estabelecimento localizado em Mato Grosso, de uma Câmara Climática 1.000 CCNN 695820-2, no valor de R\$ 4.500,00, alegando que aquele documento comprovaria a aquisição do bem a mais de 01 ano, para desconstituir a exigência do imposto em relação ao bem (Câmara Climática) que tivera saída do estabelecimento autuado, através da nota fiscal nº 006904, no valor de R\$ 80.000,00, tendo como natureza da operação: “remessa para conserto”, sem a comprovação de seu retorno. Também, afirma que tal omissão se deu ao fato de ter sido verificado que o bem se tornará imprestável por inexistir peças

para reposição, motivo pelo qual deixou de adotar o procedimento exigido no RICMS. Posteriormente, anexa cópia reprográfica da nota fiscal nº 1725, emitida pela empresa Limiar Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., fl. 4028, tendo como natureza da operação “devolução”.

Analisando a cópia reprográfica da Nota Fiscal nº 1725, juntada aos autos, constato que a mesma não contém data de emissão, nem de saída da mercadoria, sendo imprestável para comprovação do retorno do bem, além do que houve reconhecimento da irregularidade pelo autuado quando do início da ação fiscal. Também, não ficando comprovado que o bem já tivesse mais de um (01) ano de uso, considerando que o documento apresentado, Nota Fiscal nº 004572, se refere a aquisição de bem, no valor de R\$ 4.500,00, não podendo tal documento ser acolhido como sendo prova de que seja o mesmo bem remetido para conserto, através da nota fiscal nº 0006904, em 10/11/2003, no valor de R\$ 80.000,00.

No tocante aos documentos emitidos tendo como descrição do produto “achocolatado”, o mesmo já foi objeto de análise no item anterior, e se trata do mesmo tipo de mercadoria, sendo mantida a autuação, na forma já explicitada anteriormente.

Em relação às mercadorias intituladas de “cesta de natal” e “cesta alimentar SESC/SENAI” o autuado, apesar de ter tido a oportunidade de juntar os elementos probantes de quais mercadorias estavam consignadas sob tal nomenclatura, não elidiu a acusação, haja vista a necessária da identificação de quais mercadorias compuseram as referidas cestas para fins de determinação do montante do imposto devido em cada operação, ou seja, para determinação de quais os valores sujeitos à tributação e quais com fase de tributação encerrada ou isentos.

Na defesa, o autuado inicialmente apresentou quadro demonstrativo por ele elaborado, indicando as mercadorias que disse compor algumas das “cestas de natal”. O processo foi encaminhado em diligência para que o autuado juntasse aos autos os encartes utilizados para promoção das vendas dos produtos à época e dos documentos da empresa que confirmasse a relação das mercadorias que deram origem à emissão das notas fiscais como “cestas de natal” e “cesta alimentar”, uma vez que constam: a) cestas de natal Jornal A Tarde, b) cestas de natal SENAC, c) cestas de natal TV Bahia e, d) cestas de natal alimentar SESC/SENAI, além de cestas identificadas por número.

No atendimento ao solicitado o autuado apresenta documentos por ele emitidos relacionando mercadorias que alegou fazer parte de algumas das cestas de natal em cujos documentos constam a solicitação da confirmação por alguns clientes de que aqueles produtos ali listados eram os que compuseram as cestas de natal comercializadas. Tais documentos não trazem a indicação dos valores unitários das mercadorias, nem, tampouco, foram juntados os encartes solicitados. Pelo contrário, o autuado anexa encartes de outras empresas como: Bompreço, Perini e Extra, além de apresentar tabela que elaborou identificando as cestas de natal das citadas empresas, para querer demonstrar a existência de variação de percentuais de mercadorias sujeitas a tributação e com fase de tributação encerrada. Nessas composições apontou que os percentuais de mercadorias tributáveis, nas cestas de natal comercializadas pelas empresas Bompreço, Perini e Extra, variam entre 20,91% a 72,00%. Tal fato só demonstra que para a elucidação da questão é necessário que o autuado comprove quais mercadorias, quantidades e valores compuseram as operações em que nos documentos foram consignados apenas o título de “cesta de natal” e “cesta alimentar”.

Assim, em obediência ao que determina o art. 209, no seu inciso IV, do RICMS/97, que estabelece a obrigatoriedade da identificação quanto ao produto vendido, conforme disposição abaixo transcrita:

Art. 219. A Nota Fiscal conterá, nos quadros e campos próprios, observada a disposição gráfica dos modelos 1 e 1-A (Anexos 15 e 16), as seguintes indicações (Ajuste SINIEF 03/94):

...

IV - no quadro "Dados do Produto":

- a) o código adotado pelo estabelecimento para identificação do produto;
- b) a descrição dos produtos, compreendendo: o nome, a marca, o tipo, o modelo, a série, a espécie, a qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;
- c) a classificação fiscal dos produtos, quando exigida pela legislação do IPI;
- d) o código de situação tributária;
- e) a unidade de medida utilizada para a quantificação dos produtos;
- f) a quantidade dos produtos;
- g) o valor unitário dos produtos;
- h) o valor total dos produtos;
- i) a alíquota do ICMS;
- j) a alíquota do IPI, quando for o caso;

E como o defendante não trouxe aos autos as provas capazes de determinar o montante do valor das operações que alega ser relativo a produtos com fase de tributação já encerrada e/ou isentos, deve ser mantida a exigência do lançamento do crédito tributário.

Infração 06 – deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, ou seja, efetuou transferência interna de Ativo, sem retorno.

O autuado alega que as mercadorias (bens do ativo imobilizado) que foram impugnados neste item da autuação se referem a bens recebidos da sua filial situada em Cuiabá - Mato Grosso que, inicialmente foram recebidos pelo autuado, já tendo mais de 01 (um) ano de uso e, posteriormente, esses mesmos bens foram transferidos, também, sem incidência de ICMS, para outro estabelecimento filial situado neste Estado.

Inicialmente observo que está sendo exigido imposto, aplicando-se alíquota de 17%, por ter o estabelecimento autuado, situado em Simões Filho – BA, efetuado transferência de bens do Ativo imobilizado para a filial situada neste Estado, exigindo-se ICMS à alíquota de 17%. Assim, não há questionamento quanto à destinação dos bens, e sim, ao não atendimento ao disposto no art. 27, I, § 2º c/c art. 98, Parágrafo único, do RICMS/97.

Neste sentido, o RICMS/97, em seu art. 27, III, dá tratamento de isenção às remessas em transferências internas de bens do ativo Imobilizado e/ou consumo entre estabelecimentos de uma mesma empresa, conforme disposição abaixo:

Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

I - nas seguintes movimentações, no território deste Estado, de bens do ativo permanente, material de consumo e outros bens (Convs. ICMS 70/90, 80/91 e 151/94):

a) remessas entre estabelecimentos de uma mesma empresa:

1 - de bens integrados ao ativo permanente;

2 - de materiais de uso ou consumo, assim entendidos, para os efeitos deste item, os produtos que tenham sido adquiridos de terceiros e não sejam utilizados para comercialização ou para integrar um novo produto ou, ainda, de produtos que não sejam consumidos no respectivo processo de industrialização;

Também no seu § 2º, estabelece normas a serem seguidas, no tocante ao crédito fiscal utilizado quando da aquisição de tais bens, senão vejamos:

§ 2º Nas transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos do mesmo titular, situados neste Estado, observar-se-á o disposto no parágrafo único do art. 98.

O Parágrafo único do art. 98 do RICMS/97, visa estabelecer os critérios quanto a transferência de crédito fiscal, conforme abaixo transcrito:

Art. 98. Salvo disposição em contrário, é vedada a transferência de crédito fiscal para estabelecimento de outro contribuinte.

Parágrafo único. Na transferência de bem do ativo imobilizado entre estabelecimentos do mesmo titular situados neste Estado com a isenção de que cuidam os incisos I e III do art. 27, se o bem tiver de permanecer no estabelecimento destinatário por mais de 30 dias, ou se o estabelecimento destinatário realizar operações ou prestações isentas ou não tributadas, observar-se-á o seguinte (Ajuste SINIEF 08/97, cláusula sexta, II):

I - além da Nota Fiscal relativa à transferência da mercadoria, deverá ser oportunamente emitida outra Nota Fiscal destinada a documentar a transferência do crédito fiscal (Lei nº 7710/00):

a) utilizado, se for o caso, por ocasião da aquisição ou recebimento do bem (art. 93, V, "a"), tratando-se de bens destinados, até 31/12/00, ao ativo imobilizado;

b) ainda não apropriado pelo estabelecimento, correspondente a um inteiro e quarenta e oito avos do crédito original, multiplicado pelo número de meses a transcorrer da data da transferência até o 48º mês, tratando-se de bens destinados ao ativo imobilizado a partir de 1º/1/2001;

II - a Nota Fiscal destinada à transferência do crédito:

a) terá como natureza da operação a expressão "Transferência de crédito: art. 98, parágrafo único, do RICMS-BA", devendo mencionar o documento relativo à transferência do bem;

b) conterá o destaque do crédito fiscal a ser transferido para o estabelecimento de destino, que corresponderá:

1 - tratando-se de bem cuja entrada no estabelecimento remetente tenha ocorrido até 31/12/00, ao valor do crédito a ser estornado pelo estabelecimento de origem, atendidas as regras do § 1º do art. 339;

2 - tratando-se de bem cuja entrada no estabelecimento remetente tenha ocorrido a partir de 1/1/01, o valor dos créditos fiscais não apropriados, salvo aqueles não utilizados em decorrência de saídas isentas ou não tributadas, atendidas as regras do § 2º do art. 339.

Desta maneira, se houvesse descumprimento de obrigação principal esta seria em relação a não emissão do documento fiscais, tendo como natureza da operação a indicada na alínea “a”, inciso II, do Parágrafo único do art. 98 do RICMS/97, o que não é o caso em questão, já que não se está questionando uso de crédito fiscal de ICMS.

Observo, inclusive, que a autuante reclama imposto, nos itens 19 da autuação, cuja situação será analisada ao tratar do referido item, em relação aos bens do ativo imobilizado e material de uso e consumo, recebidos em transferência de estabelecimento da mesma empresa situada em Cuiabá – MT, tendo o estabelecimento remetente consignado nos documentos fiscais que os bens já tinham mais de um ano de uso, os remetendo (operação interestadual) sem destaque do imposto. E, posteriormente, parte desses bens foi transferida, também sem destaque de imposto, para outro estabelecimento situado neste Estado (operação interna).

Assim, como o item em análise se refere à transferência interna sem destaque de imposto, de bens destinados a uso e/ou consumo, concluo descaber a exigência do imposto, com base nos dispositivos regulamentares acima citados (art. 27, I, “a”, 1 e 2, do RICMS/97).

Infração 08 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária e,

Infração 20 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88.

Passo a analisar as infrações 08 e 20 em conjunto, senão vejamos:

O autuado citou a alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para afirmar que tendo recolhido o imposto nas operações de saídas subsequentes será dispensado o tributo que deveria ter sido pago por antecipação, bem como a exigência do estorno do crédito aplicando-se a penalidade sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente. Entendendo que estando dispensado do tributo, também fica afastada a penalidade acima indicada.

Analizando os documentos anexados pelo autuado, bem como os demais documentos anexados pelo autuante, constato que o autuado não obedece as disposições regulamentares no que se refere a correta indicação da natureza da operação. Se tributada ou com fase de tributação encerrada, haja vista que dos documentos acostados aos autos se verifica existência de operações (saídas) em relação às mercadorias com fase de tributação encerrada, que são indevidamente oferecidas à tributação e, também corretamente emitidas, ou seja, sem destaque do imposto, não havendo uma uniformidade de procedimento. O mesmo ocorre em relação às mercadorias com tributação normal que são consideradas operações sem tributação ou mesmo com tributação indicando erroneamente a alíquota de 7%, ao invés de 17%. Tais situações estão fartamente demonstradas nos autos, tendo sido, inclusive, objeto de exigência de ICMS, no tocante ao recolhimento a menos em relação às mercadorias tributadas, como se verifica nas tipificações em itens da autuação.

Assim, entendo que a situação apresentada não permite que se aplique o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, devendo ser mantidas as autuações. Valendo observar que também o autuado inclui no rol das mercadorias da substituição tributária, algumas que têm tributação pelo regime normal, como é o caso dos achocolatados.

Nesta situação, o autuado, querendo, poderá demonstrar quais mercadorias e documentos fiscais foram tributados indevidamente e solicitar restituição do valor debitado como determina o art. 75 e seguintes, do RPAF/99. Mantidas as exigências das infrações aqui analisadas.

Infração 12 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal.

O autuado alega ter sido emitidas cartas de correção para a regularização das mercadorias. No entanto, examinando os documentos fiscais que foram objeto da glosa dos créditos fiscais, efetivamente se referem a aquisições de mercadorias de outro estabelecimento do mesmo titular, e nos citados documentos constam todos os dados cadastrais do destinatário, não podendo ser acolhidas as referidas cartas de correção, haja vista o disposto no art. 201, § 6º, do RICMS/97, abaixo transscrito.

Art. 201. ...

...

§ 6º As chamadas "cartas de correção" apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário.

Assim, não ficou provado que as mercadorias foram, efetivamente, entregues no endereço do estabelecimento autuado, inclusive, nos citados documentos não consta menção de endereço errado que justificasse a alegação do defensor de que o transportador entregou equivocadamente naquele estabelecimento mercadorias pertencentes a estabelecimentos situados em outros municípios, como é o caso aqui em análise, já que o autuado está situado em Simões Filho e as mercadorias se destinavam a Salvador. Nos documentos fiscais todos os dados cadastrais, inclusive, endereço, demonstram que as mercadorias se destinavam a outro estabelecimento da mesma empresa, e não, ao autuado. Mantida a exigência do crédito tributário e, portanto, entendo não se aplicar o pedido de cancelamento da multa.

Infração 15 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Esta infração envolve a não apresentação das notas fiscais nºs 85201, 4, 889197, 31678, 31845 e 9969.

O autuado, em sua impugnação, apresenta cópias reprográficas (via/arquivo) das notas fiscais nºs 889197 – 31678 e 31845, solicitadas aos seus fornecedores para validação do crédito escriturado. Em relação às notas fiscais nºs 4 e 9969, não foi apresentado nenhum documento que descharacterizasse o lançamento. Já a nota fiscal nº 85201 se refere a aquisição de mercadoria pelo estabelecimento matriz, situado em Salvador, ou seja, estabelecimento diverso. Assim, a autuante, no atendimento à diligencia, acolhendo as provas trazidas aos autos reduz o valor do débito.

Desta forma, após as devidas correções, mantidas as glosas dos créditos fiscais, nos valores de R\$ 1.021,40, R\$ 140,25 e R\$ 59,64, conforme abaixo demonstrado:

Vencimento	Valor ICMS
09/10/02	1.021,40
09/11/02	140,25
09/12/02	59,64
TOTAL	1.221,29

Infração 16 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%.

Nesta infração está sendo aplicada multa pela não escrituração de documentos fiscais, coletados nos postos fiscais, pelo sistema CFAMT, relativas a aquisição de mercadorias tributáveis.

No atendimento a diligência requerida, a autuante exclui da autuação a aplicação da multa em relação às notas fiscais nºs 158652, 928657, 928658, 928659, 928661 e 173523, haja vista não ter sido juntado aos autos as vias dos documentos colhidos pelo CFAMT para comprovação da infração. A nota fiscal nº 104106 anexada ao processo pertence a outro estabelecimento e as notas fiscais nºs 6958, 6959 e 602, foram comprovadas descaber a aplicação da multa.

Os documentos fiscais, vias coletadas nos Postos Fiscais e juntadas aos autos que o autuado não comprovou a escrituração são os de nºs 20978 (fl. 3581) e 21936 (fl. 3586). Assim, mantida a multa, no valor de R\$ 135,16, conforme abaixo demonstrado

Vencimento	Valor ICMS
09/05/03	59,95
09/10/03	75,21
TOTAL	135,16

Infração 17 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%.

No atendimento a diligência requerida, a autuante exclui da autuação a aplicação da multa em relação às notas fiscais nºs 5381, 120524, 7994 e 22009, por ter sido comprovada a escrituração das mesmas e a nota fiscal nº 104109 anexada ao processo por se referir a mercadorias destinadas a outro estabelecimento. No entanto, os conhecimentos de transportes de nºs 160238 e 192320, devem ser excluídos, haja vista se tratar de operação cujo frete foi de responsabilidade do remetente das mercadorias. Também constato que o documento de nº 2846496, lançado no demonstrativo da autuante, se encontra escriturado no livro Registro de Entradas, mês de fevereiro de 2003 (fl. 3136 dos autos), descabendo, também a aplicação da multa.

Desta maneira, permanece a aplicação da multa em relação aos documentos fiscais não comprovados sua escrituração de nºs 63303, 63304, 63305, 63306, 66723, 89706, 78605 e 16086, no total de R\$ 298,62, conforme demonstrativo abaixo:

Vencimento	Valor ICMS
09/12/02	125,04
09/01/03	2,75
09/04/03	129,36
09/06/03	41,47
TOTAL	298,62

Infração 18 – contribuinte adquiriu em outros Estados, bens e produtos destinados ao uso/consumo do estabelecimento, deixando de lançar no livro Registro de Apuração o ICMS devido por diferença de alíquota e,

Infração 19 – contribuinte adquiriu em outros Estados, bens e produtos destinados ao Ativo do estabelecimento, deixando de lançar no livro Registro de Apuração o ICMS devido por diferença de alíquota.

No tocante a infração 18 - o autuado reconhece devido o valor de R\$ 118,25, relativo a aquisição de material de uso e consumo junto a terceiros, em operação interestadual, através da nota fiscal nº 379, no mês de outubro de 2002. Dentre os documentos arrolados na autuação, relativos a

aquisições de terceiros, temos as notas fiscais nºs 215528 e 297471, empresa fornecedora “Guararapes” e o conhecimento de Transporte nº 363481, emitido pela “Sua Maj. Transp”, no mês de dezembro de 2003, no valor total de R\$ 582,48, confirmado, inicialmente proceder o valor de R\$ 700,73.

Em relação a infração 19 - o autuado reconhece devido o valor de R\$ 23.446,11. Tal valor diz respeito a parcelas relativas a aquisições, junto a terceiros, em operações interestaduais de bens destinados ao Ativo do estabelecimento. Também, identifica existência de erro na indicação do valor da nota fiscal nº 29333, lançada como sendo R\$ 55.009,35, sendo que o valor correto é de R\$ 35.009,35, fato reconhecido pela autuante, quando do atendimento a diligencia solicitada por esta Junta de Julgamento, devendo ser excluída a quantia de R\$ 2.000,00, mês de outubro de 2002.

No tocante aos demais documentos (infrações 18 e 19), verifico que se trata de bens (do ativo e material de uso e consumo) recebidos em transferência do estabelecimento situado em Cuiabá – MT, tendo o autuado argumentado que os mesmos foram remetidos sem incidência de ICMS por se tratar de bens com mais de um ano de uso, não havendo tributação por diferença de alíquota.

Vale observar que o autuado tendo alegado inicialmente não dispor dos documentos de aquisição pelo Estado do Mato Grosso, em razão dos livros e documentos se encontrarem em poder da fiscalização daquele Estado e, posteriormente, ter juntado cópias de notas fiscais, bem como documento intitulado “Termo de Conclusão de Ação Fiscal”, justificando que o documento subscrito pelo Auditor Fiscal lotado no Estado de Mato Grosso, Sr. Laércio Salviano de Paula, matrícula nº 38327001-4, atesta que as transferências / desincorporação de imobilizado / bens são operações isentas do ICMS.

Neste sentido, o autuado juntou cópias reprográficas de notas fiscais de aquisição do estabelecimento situado em Cuiabá – MT, para demonstrar que os bens recebidos em transferência haviam sido adquiridos a mais de um ano, pelo estabelecimento remetente. No entanto, a autuante, de posse de tais documentos, analisou-os individualmente, elaborando relação individualizando todas as mercadorias constantes dos documentos apresentados e confronto-os com os tipos de bens que foram remetidos em transferência para o estabelecimento autuado, objeto da exigência da diferença de alíquota. Do resultado, ficou constatado, como comprova o levantamento anexado ao processo, haver divergências em relação aos valores unitários das mercadorias, na sua descrição, além de constar documentos com aquisições em prazo inferior a um ano.

Assim, apenas em relação à infração 19, deve ser deduzida a quantia de R\$2.000,00, decorrente de equívoco na indicação do valor da nota fiscal nº 29333, no mês de outubro de 2002.

Mantida integralmente a infração 18, no valor de R\$ 1.573,12 e parcialmente a infração 19, no valor de R\$ 52.368,71.

Infração 22 – utilização indevida de crédito fiscal decorrente do FAZCULTURA, uma vez que o contribuinte é atacadista que possui Termo de Acordo, sendo vedado o acúmulo de benefícios.

Todo o questionamento em relação ao valor considerado indevido que o autuado utilizou em forma de crédito fiscal (incentivo a FAZCULTURA) está no fato do autuado entender que no cálculo para apuração do valor correspondente a 5% do ICMS a recolher deve ser incluído não só o ICMS normal, mas, também o imposto recolhido por antecipação. Neste sentido, reconheceu ter havido creditamento a mais no mês de outubro de 2003, no valor de R\$ 246,54, alegando que meses de novembro e dezembro houve creditamento a menos. Já a autuante, entende que o percentual de 5% diz respeito apenas ao valor apurado na conta corrente ICMS normal.

Para dirimir a dúvida suscitada, deve ser analisado o dispositivo regulamentar que criou as normas em relação ao Programa FAZCULTURA, já que se trata de incentivo concedido pelo

Governo em relação a custeio de eventos culturais para o público baiano, tendo como parceria os empresários que financiam as produções culturais e, em contrapartida, o Governo concede incentivo de até 5% do imposto mensal a recolher, limitado a 80% do total do empreendimento.

Consta nos autos Termo de Acordo firmado onde no seu art. 4º, Parágrafo único é vedado expressamente o acumulo de benefícios, descabendo, assim, a alegação defensiva de que houve creditamento a menos que o correspondente a 5%, nos meses de novembro e dezembro de 2003.

Da análise dos dispositivos regulamentares entendo que o valor do imposto devido para fins de determinação do valor a ser abatido para utilização como incentivo cultural é aquele cuja tributação recaí sobre o autuado, ou seja, aquele tributo que seja de responsabilidade do próprio sujeito passivo, não estando incluso no rol dos valores devidos aquele correspondente ao regime de substituição tributária, por ser relativo às operações subsequentes.

Assim, considerando que a exigência do imposto se refere a utilização indevida de crédito fiscal, no mês de novembro de 2003 e, tendo a autuante, ao prestar informação fiscal, apontado o valor correspondente aos 5%, que o autuado teria direito a utilizar como incentivo cultural, ficou evidenciado creditamento a mais que o permitido na quantia de R\$ 350,63. Assim, deve ser mantida parcialmente a autuação, para exigir o tributo, no valor de R\$350,63.

Vale ressaltar que a autuante indicou multa de 50% para as infrações 18 e 19, no entanto, a multa a ser aplicada para a irregularidade apurada é a prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, estando, desta forma, corrigida a multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0006/04-0, lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 239.760,93**, acrescido das multas de 50% sobre R\$466,43, 60% sobre R\$238,000,42 e 70% sobre R\$1.294,08, previstas no art. 42, II, “a” e “d”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 433,78**, prevista no art. 42, IX e XI, da mesma lei.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

MARCELO MATTEDEI E SILVA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR