

A. I. N° - 207090.0005/05-1  
AUTUADO - INDÚSTRIA ANHEMBI S/A  
AUTUANTES - MARIA CONSUELO PIRES BARROS  
ORIGEM - INFAZ S. FILHO  
INTERNET - 20. 12. 2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF N° 0466-04/05

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. **a)** BONIFICAÇÃO. Restou comprovado que se trata de desconto incondicional. Infração não caracterizada. **b)** VENDA PARA EMPRESAS ENQUADRADAS NO SIMBAHIA. Ficou comprovado erro no valor da operação, caracterizando redução indevida da base de cálculo. 2. ZONA FRANCA. REMESSAS DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovação parcial da regularidade das operações. 3. CRÉDITO FISCAL. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **b)** FALTA DE ESTORNO Matéria sub júdice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-0, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Mantido o lançamento de ofício para evitar a decadência do crédito tributário, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão do mérito da ADIN. Inexistência de nulidade na exigência fiscal. Infração parcialmente caracterizada. 4. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. FORNECIMENTO A ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE PARA ALIMENTAÇÃO DE SEUS EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO FORNECEDOR. O fornecedor neste caso é contribuinte substituído. Imposto de responsabilidade do destinatário. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2005, exige o ICMS no valor de R\$316.640,13, em decorrência de:

1. Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$180.119,44, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, concedendo bonificações, sem, contudo incluí-las na BC do imposto devido, contrariando o art. 54, I, “a”, do Dec. 6284/97.
2. Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$11.908,25, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, vendendo mercadorias para empresa inscritas no SIMBAHIA, reduzindo a base de cálculo do imposto pelo fator

10,75269%, quando deveria aplicar a alíquota de 7% e então repassar ao adquirente, expressamente, um desconto correspondente a 10% do valor da BC, conforme art. 51, I, “c”, do Dec. 6284/97.

3. Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$ 24.784,55, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte, regularmente intimado (cópia da intimação anexa), deixou de comprovar o internamento de mercadorias remetidas para Zona de Livre Comércio, nos exercícios de 2001 e 2002, contrariando o art. 29, I e V, combinado com os arts. 11, 597 e 598, todos os dispositivos citados do Dec. 6284/97.

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$9.514,00, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saída subsequente tributada. Contribuinte remeteu, nos exercícios de 2001 e 2002, mercadoria para Zona de Livre Comércio, com isenção conforme art. 29 do RICMS, com frete CIF e utilizou-se indevidamente, no livro Registro de Entradas, do crédito referente a estas aquisições de Serviços de Transporte, contrariando o art. 95, II, do Dec. 6284/97.

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$11.718,66, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saída subsequente tributada. Contribuinte remeteu, nos exercício de 2002, mercadoria para Zona de Livre Comercio, com isenção conforme art. 29 do RICMS, com frete CIF (operação com Autônomos e Transportadoras não inscritas no Estado da Bahia – Código da Receita 1632 – ST Transporte) e utilizou-se indevidamente, no livro Registro de Entradas, do crédito referente a estas aquisições de Serviços de Transporte, contrariando o art. 95, II, do Dec. 6284/97.

6. Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$ 24.055,24, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, tanto adquiriu mercadorias de outras filiais, para revender, quando insumos para fabricar os mesmo produtos, “não sendo possível determinar a qual das aquisições correspondem as mercadorias vendidas com isenção/não tributação”. Assim, conforme determina o art. 100, inciso I, §§ 1º e 2º, III, § 5º, Dec. 6284/97.

7. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$ 5.372,72, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, tanto adquiriu mercadorias de outras filiais, para revender, quando insumos para fabricar os mesmo produtos, “não sendo possível determinar a qual das aquisições correspondem as mercadorias vendidas com isenção/não tributação”. Assim, conforme determina o art. 100, inciso I, §§ 1º e 2º, III, § 5º, Dec. 6284/97.

8. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$ 23.885,79, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, tanto adquiriu mercadorias de outras filiais, para revender, quando insumos para fabricar os mesmo produtos, “não sendo possível determinar a qual das aquisições correspondem as mercadorias vendidas com isenção/não tributação”. Assim, conforme determina o art. 100, inciso I, §§ 1º e 2º, III, § 5º, Dec. 6284/97.

9. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$ 309,35, relativa a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente forma objeto de saídas com isenção do imposto.

10. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$ 1.907,48, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, tanto adquiriu mercadorias de outras filiais, para revender, quando insumos para fabricar os mesmo produtos, “não sendo possível determinar a qual das aquisições correspondem as mercadorias vendidas com isenção/não tributação”. Assim, conforme determina o art. 100, inciso I, §§ 1º e 2º, III, § 5º, Dec. 6284/97.

11. Deixou de recolher o ICMS diferido, no valor de R\$23.064,65, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Contribuinte, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, adquiriu refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, de empresa inscrita como Normal com recolhimento do ICMS pelo Regime de apuração em função da Receita Bruta, sem, entretanto recolher o ICMS devido por diferimento.

O sujeito passivo impugnou o lançamento tributário, às fls. 9161/9219, informando que irá pautar sua defesa na análise individual dos pontos controversos, na ordem em que os mesmos foram suscitados pela fiscalização.

INFRAÇÃO 01 – Transcreveu o art. 54, I, “a” e teceu comentários sobre descontos, para fundamentar seu entendimento em relação à improcedência da infração. Destaca que, analisando as notas fiscais, é possível observar que, ao contrário do quanto alegado pela autuante, o autuado concedeu a seus clientes bonificações sob a forma de descontos incondicionais em dinheiro e não sob a forma de mercadorias e, portanto, esses valores deveriam ter sido abatidos da base de cálculo do imposto.

Ante o grande volume de documentos que foram objeto da autuação em tela, cita, a título exemplificativo, o conteúdo da Nota fiscal de nº 019.779 (cópia anexa – doc.03), que retrata o procedimento adotado, na qual o valor total da venda dos 394 itens foi de R\$3.095,47. Aduz que, sobre o valor total da venda, como se observa no corpo da nota fiscal, consta que foi concedido uma bonificação especial sob a forma de desconto monetário incondicional no valor de R\$400,98, sendo então o valor da operação reduzido para R\$ 2.694,49, que foi a base de cálculo utilizada na apuração do ICMS.

Assevera que na operação em questão não houve a concessão de bonificação sob a forma de mercadoria, mais sim sob a forma de desconto incondicional em dinheiro, conforme discriminado no documento fiscal, de acordo com o que determina o art. 54, II, do RICMS/97, não havendo qualquer infração à legislação do ICMS.

Sustenta, ainda, por mera hipótese, mesmo se entendendo que houve a concessão de bonificação em mercadorias, ainda assim, a presente infração não poderia ser mantida, isso porque, a operação de circulação sobre a qual recai o ICMS não é a mera circulação física dos bens, mas sim a circulação jurídica e econômica, citando doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

INFRAÇÃO 02 – Assegura que o procedimento adotado seguiu a orientação constante no inciso I, alínea “c”, combinado com inciso II, do § 1º do artigo 51, do RICMS em vigor e a Instrução Normativa nº 38/94. Assim foi que o autuado calculou e recolheu o ICMS devido nas vendas a empresas inscritas no SIMBAHIA segundo os ditames das normas supra. Transcreve trecho do Acórdão CJF nº 0155-12/05, para fundamenta o pelo pela improcedência da autuação.

INFRAÇÃO 03 – Reconhece que, em algumas das saídas levantadas no Auto de Infração, o imposto é devido, haja vista não possuir qualquer comprovante do internamento ou devolução das mercadorias. Assim, tratou o autuado de recolher o imposto, que entende ser devido, no valor de R\$21.356,48, relativo aos meses de janeiro/01 R\$568,71; agosto/02 R\$ 5.326,78; setembro/02 R\$1.080,30; outubro/02 R\$6.465,92; novembro/02 R\$4.565,88 e dezembro/02 R\$3.348,89.

Alega que algumas das saídas levantadas pela fiscalização sem comprovação de ingresso nas zonas de Livre Comércio, ou foram devidamente internadas, ou foram devolvidas pelo comprador, como se pode observar dos documentos abaixo listados:

| EMISSÃO  | Nº NOTA | ICMS     | OBSERVAÇÃO      | DOC. |
|----------|---------|----------|-----------------|------|
| 02/08/02 | 31.210  | 1.080,29 | MERC. INTERNADA | 09   |

|          |        |          |                 |    |
|----------|--------|----------|-----------------|----|
| 16/09/02 | 32.359 | 1.398,97 | MERC. DEVOLVIDA | 10 |
| 17/09/02 | 32.371 | 761,60   | MERC. DEVOLVIDA | 11 |
| 21/11/02 | 33.957 | 187,21   | MERC. INTERNADA | 12 |

INFRAÇÃO 04 – Diz que demonstrará o seu direito à manutenção do crédito fiscal de ICMS, relativo aos serviços de transporte de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, e a conseqüente improcedência da autuação, uma vez que não pode ser aplicada a norma contida nos arts. 95, II e 97, II, “b”, do RICMS/97, nas vendas realizadas para ZFM. Aduz que, mesmo antes do advento da Carta Política de 1988, estava em vigor o Decreto-Lei nº 288/67, que previa isenção do ICMS nas operações de venda de produtos industrializados para a ZFM e, em determinadas condições, permitia a manutenção dos créditos relativos a insumos aplicados na fabricação de tais mercadorias, uma vez que o artigo 4º, do referido decreto, equiparava, para todos os efeitos fiscais, essas vendas a exportação para o estrangeiro.

Transcreve parte de decisões de outros tribunais reconhecendo a condição de área de livre comércio da ZFM, estendendo-lhe todos os benefícios fiscais relativos às exportações (que não exigem estorno de crédito anteriormente apropriados). Aduz que, com o advento da constituição Federal de 1988, a Zona Franca de Manaus adquiriu *status* constitucional.

Salienta que o Convênio ICMS nº 65/88, vigente a partir de 09 de dezembro de 1988, respeitando o quanto estatuído no DL 288/67, além de convalidar a isenção em questão, deixou explícito o direito dos estabelecimentos industriais à manutenção do crédito relativo aos insumos empregados na fabricação de mercadorias destinadas àquela área de exceção fiscal (tal como ocorre com a exportação), conforme se verifica da leitura de suas cláusulas primeira e terceira.

Aduz que, posteriormente, afrontando o quanto estatuído no texto constitucional, bem assim na legislação infraconstitucional atinente à matéria, o Convênio nº 06/90 modificou a isenção acima referenciada, na medida em que cancelou o benefício de manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados nas operações de remessa de mercadorias para a ZFM. Insurgindo-se contra essa evidente afronta ao texto constitucional, o Governador do Estado de Amazonas requereu, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, o reconhecimento de que o referido Convênio não poderia ter modificado as de isenção prevista no Decreto-Lei nº 288/67, sob a alegação de que estaria ele infringindo as normas contidas no artigo 40 do Ato das disposições Constitucionais Transitórias, que garantiu a manutenção desses incentivos, após a vigência da nova Carta Magna. Tendo o Supremo Tribunal Federal, acolhendo a alegação em comento, concedeu, em 25/10/90, liminar suspendendo os feitos do referido Convênio, até a decisão final a ser proferida na referida ação, estando a mesma em vigor, conforme extrato de andamento processual da referida ADIN (doc.03), produzindo seus feitos até os dias atuais, citando doutrina de Hugo de Brito Machado, José Afonso da Silva e transcreveu partes da Resolução nº 2911/94, deste CONSEF, para fundamentar sua tese.

Sustenta que, a despeito do entendimento anteriormente esposado, o fisco estadual, tendo em vista a demora no julgamento da mencionada ADIN nº 310-DF, que já se estende por 15 anos, vem efetuando os lançamentos que entende cabíveis, no intuito de evitar a decadência do seu direito de constituir os respectivos créditos tributários caso o referido instrumento de controle de constitucionalidade venha a ser julgado improcedente.

No tocante a multa aplicada, sustenta que ao se apropriar dos créditos referentes às aquisições de insumos a serem empregados na produção de mercadorias destinadas à ZFM, o autuado obedeceu à decisão proferida pela Corte Constitucional do País, não podendo ser punido por agir em consonância com a decisão *erga omnes* proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, não se pode admitir infração à legislação que não está apta a produzir seus efeitos no mundo jurídico, como é o caso do Convênio 06/90 cujos efeitos estão suspensos pela multi-citada liminar proferida em sede de ADIN pelo STF. Cita que a Lei Federal nº 9.430/96, em seu artigo 63, determina a não

incidência de multa de ofício e de mora nas ocasiões em que o lançamento tributário tenha sido realizado unicamente com o intuito de prevenir a decadência, por estar o crédito inexigível, relativo a tributos e contribuições de competência da União, transcrevendo jurisprudência do Tribunal Regional Federal e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Entretanto, à folha 9210, reconheceu com devida parte da autuação, relativamente ao transporte das mercadorias descrita nas notas fiscais que foram objeto de autuação na Infração 03, no valor de R\$1.213,86, o qual informa que recolheu.

INFRAÇÃO 05 – Aduz que trata exatamente da mesma matéria descrita para a infração 04, com uma pequena diferença que os serviços foram prestados por transportadores autônomos ou não-inscritos no estado da Bahia, razão pela qual ela também não pode subsistir, uma vez que as saídas para ZFM são equiparadas a exportação, conforme demonstrado na impugnação da infração 04. Ademais, como na infração 04, a multa de 60% não pode ser exigida.

À folha 9212, reconheceu parcialmente a infração, relativamente ao transporte das mercadorias descrita nas notas fiscais que foram objeto de autuação na Infração 03, no valor de R\$2.186,98, o qual informa que recolheu.

INFRAÇÕES 06 a 10 – Na peça defensiva o autuado trata das infrações 06 a 10 conjuntamente, preliminarmente, destacando que essas infrações, muito embora estejam segregadas, referem-se exatamente a mesma matéria, qual seja a glosa de crédito de ICMS pagos sobre a entrada de insumos utilizados na fabricação de mercadorias que não oram tributadas nas saídas subseqüentes, em vista da isenção atinente a essas operações, separando por alíquotas de 7%, 12%, 17% 25% e 27%, respectivamente nas infrações 06, 07, 08, 09 e 10. Ademais, como na infração 04, a multa de 60% não pode ser exigida.

Sustenta que, as saídas isentas do autuado referem-se a vendas realizadas para a Zona Franca de Manaus, o que não impede o creditamento do imposto relativo a aquisições de insumos, tendo em vista que tais saídas são equiparadas a exportações, conforme exaustivamente demonstrado no item 05 da impugnação, que contempla os argumentos contra a infração 04 do Auto de Infração.

À folha 9216, sustenta que as infrações devem ser reduzidas para R\$19.219,75, R\$4.375,34, R\$21.498,66, R\$309,35 e R\$1.488,60.

INFRAÇÃO 11 – aduz que, embora a responsabilidade pelo pagamento do tributo seja atribuída, em princípio, aos adquirentes de refeições, o imposto correspondente só poderia ser exigido do autuado caso o fornecedor das refeições não houve lançado o ICMS incidente sobre tais operações. Observa que nas cópias das notas fiscais acostadas aos autos, o fornecedor das refeições destacou o ICMS em todas as operações, operações, o que significa dizer que o lançou e imposto lançado, como é sabido, deve ser pago. Assim, entende que a infração é improcedente.

Ao final, requer a realização de diligência e a improcedência do Auto de Infração.

Na Informação Fiscal, fls. 9378/9385, a autuante prestou os seguintes esclarecimentos:

INFRAÇÃO 01 – Salaria que entre as folhas 35 a 132 dos autos estão os levantamentos fiscais que embasaram a autuação. Entre as folhas 868 a 5316, as cópias da nota fiscais elencadas nos Levantamentos, onde consta, expressamente o valor concedido a título de bonificação. Razão pela qual opina pela manutenção da infração 01.

INFRAÇÃO 02 – Inicialmente lembra que as Normas Jurídicas possuem hierarquia Enquanto o Dec. 2460/89 estava vigente, a IN era válida. Entretanto, com a edição do Dec. 6284/97, RICMS vigente e suas alterações, Dec. 7466/99, a IN 38/94 foi revogada, por que hierarquicamente inferior e incompatível com aqueles, que normatizaram os procedimentos a partir de suas publicações no DOE.

INFRAÇÃO 03 – Salaria que o autuado reconhece parcialmente a infração, inclusive recolhendo o ICMS correspondente, fl. 9251.

Quanto às Notas Fiscais nºs 31210 de 02/08/02; 33957 de 21/11/02 diz que assiste razão ao contribuinte.

Relativamente às Notas Fiscais nºs 32359 e 32371, respectivamente de 16/09/02 e 17/09/02, o contribuinte não comprova o seu internamento, mas alega que as mercadorias foram devolvidas, folhas 9253, 9254, 9255 e 9256. Entretanto, fica comprovado pelos dizeres da devolução e pelo intervalo de datas entre às notas fiscais de saídas e as de entrada, que as mercadorias circularam, indo até o destino (AM). Uma vez que não ficou comprovado o internamento, não é cabível a isenção prevista no art. 29, I e IV, combinado com o art. 11, 597 e 598 do RICMS/97, opinando pela manutenção das notas fiscais na autuação.

INFRAÇÃO 04 – Salaria que o autuado, para defender-se da autuação, invoca a constituição/88, Dec. Lei 288/67. Diz que o auditor estadual não tem competência para discutir Constituição e Legislação Federal. Este deve ater-se ao cumprimento da Legislação Estadual, que define como infração à utilização indevido de crédito fiscal do ICMS referente a serviços de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadoria com saída subsequente tributada, conforme constatado do exame dos documentos da empresa autuada. Ressalta que a multa aplicada encontra-se prevista da Lei Estadual, opinando pela manutenção da autuação.

INFRAÇÃO 05 – Reitera as informações apresentadas em relação à infração 04, e opina pela manutenção no valor integral.

INFRAÇÃO 06 a 10 – Salaria que na peças defensiva o autuado trata das infrações 06 a 10 conjuntamente, argumentado em seu procedimento está amparado pela constituição, e por este motivo, não poderia constar do Auto de Infração em tela. Reafirma que ao preposto fiscal não cabe discutir a constitucionalidade da Legislação Estadual. Salaria que as planilhas, folhas 9271 a 9274, onde pleiteia redução do valor autuado, com incorreções que inclusive aumentam o valor autuado, conforme comparação da folha 9272 com a folha 536 do PAF.

INFRAÇÃO 11 – Ressalta que, não obstante o dispositivo literal da Lei, que lhe imputa o recolhimento diferido do ICMS, pretende eximir-se da obrigação imposta alegando que o fornecedor destacou o ICMS nos seus documentos fiscais. Também confessa que deixou de realizar a retenção e o conseqüente recolhimento do imposto devido. Esclarece que o destaque do ICMS está previsto na Lei, art. 504, VIII, do Dec.6284/97. A obrigação de recolhe-lo também, artigos 127, 342, 343, XVIII, 348, § 1º, IV e 349 do mesmo decreto. Entretanto, o fornecedor da refeição, nesse caso específico, deixa de figurar no pólo passivo da relação, sendo substituído pelo tomador da refeição. E mais, a vontade das partes não pode revogar a Lei. Por tais motivos, opina pela manutenção da infração.

Destaca que o pedido de improcedência do Auto de Infração, formulado pelo autuado à folha 9219, é incompatível com o recolhimento realizado pelo autuante referente parte da infração 03.

Ao finalizar, opina pela procedência parcial da autuação.

Às folhas 9391 a 9407, ao se manifestar sobre a informação fiscal, aduz que a despeito de ter reconhecido a procedência de parte do lançamento relativo a infração 03, demonstrou, na impugnação oportunamente apresentada, a total improcedência do restante da autuação em apreço.

Diz que a autuante trouxe à apreciação argumentos inaptos a demonstrar a procedência das exigências fiscais em comento.

Assevera que, como autuante não conseguiu trazer aos autos argumentos que já não estivessem suficientemente rebatidos, se limitará a reiterar de forma sucinta sua razão.

Acrescenta que, em relação à infração 02, cotejando a disposição legal contida na IN nº 38/94 com os comandos normativos previstos no inciso I, “c”, combinado com inciso II, § 1º, do artigo 51, do RICMS em vigor, verifica-se que não existe qualquer incompatibilidade que justifique a revogação da referida instrução, tendo reiterado os argumentos anteriores.

Com relação a Infração 03, acrescentou que com a devolução as mercadorias circularam, mas tal circulação não é suficiente para desencadear a ocorrência do fato gerador do ICMS, tendo em vista que tal movimento foi apenas físico e não jurídico. Sendo assim, a hipótese não se trata de isenção, como fez crer a autuante, mas sim de não incidência do ICMS pela falta de circulação jurídica da mercadoria. Como restou comprovado a devolução da mercadoria relativas as notas fiscais de nºs 32359 e 32371, não haveria que subsistir qualquer resquício da infração em comento.

Finalizar, mais uma vez, requerendo a improcedência total da autuação.

## **VOTO**

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que a autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 11 (onze) infrações.

Inicialmente não acato o pedido de diligência formulado pelo autuado, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação a presente lide.

Na infração 01, é atribuída ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, concedendo bonificações, sem contudo incluí-las na base de cálculo do imposto devido, contrariando o art. 54, I, “a”, do Dec. 6284/97.

Em sua peça defensiva, o autuado destaca que, analisando as notas fiscais, é possível observar que, ao contrário do quanto alegado pela autuante, o autuado concedeu a seus clientes bonificações sob a forma de descontos incondicionais em dinheiro e não sob a forma de mercadorias e, portanto, esses valores deveriam ter sido abatidos da base de cálculo do imposto.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois conforme constatei na Nota fiscal de nº 019.779, cópia acostada à folha 9230, a título de exemplo, o valor total da venda dos 394 itens foi de R\$3.095,47. Consta no corpo da referida nota fiscal, que foi concedido uma bonificação especial sob a forma de desconto monetário incondicional no valor de R\$400,98, sendo então o valor da operação reduzido para R\$ 2.694,49, que foi a base de cálculo utilizada na apuração do ICMS.

Logo, em meu entendimento não houve concessão de bonificação sob a forma de mercadoria, mais sim sob a forma de desconto incondicional em dinheiro, conforme discriminado no documento

fiscal, de acordo com o que determina o art. 54, II, do RICMS/97, não havendo qualquer infração à legislação do ICMS, sendo desta forma improcedente a infração em tela.

Na infração 02, é atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento a menos o ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, vendendo mercadorias para empresa inscritas no SIMBAHIA, reduzindo a Base de Cálculo do imposto pelo fator 10,75269%, quando deveria aplicar a alíquota de 7% e então repassar ao adquirente, expressamente, um desconto correspondente a 10% do valor da BC, conforme art. 51, I, “c”, do Dec. 6284/97.

Em sua defesa o autuado assegura que o procedimento adotado seguiu a orientação constante no inciso I, alínea “c”, combinado com inciso II, do § 1º do artigo 51, do RICMS em vigor e a Instrução Normativa nº 38/94. Assim foi que o autuado calculou e recolheu o ICMS devido nas vendas a empresas inscritas no SIMBAHIA segundo os ditames das normas supra. Transcreve trecho do Acórdão CJF Nº 0155-12/05, para fundamenta o pelo pela improcedência da autuação.

Em relação ao Acórdão acima citado, o mesmo trata da concessão ou não do desconto, não sendo o caso em tela, onde se discute o valor do desconto e base de cálculo do imposto.

Com relação à demanda em questão, esta 4º JJF, mediante o ACÓRDÃO JJF 0326-04/05, já se manifestou sobe o tema:

*“Quanto à infração 02, entendo que houve um equívoco na interpretação do autuado em relação à determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. A Instrução Normativa nº 38/94 foi revogada em função da entrada em vigor do decreto nº 7.466 de 17/11/1998 que alterou o art. 51 do RICMS/BA para a seguinte redação: “ I – Alíquota de 7% nas operações com: c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinados a microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e de mercadorias consideradas supérfluas.”*

*Ainda no artigo supracitado, parágrafo 1º inciso II – “O estabelecimento industrial ou a este equiparado obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.”*

*A Base de Cálculo do ICMS na operação é o valor total dos produtos, sem o desconto, aplicando-se sobre ela a alíquota de 7%, obtendo-se assim o valor do imposto devido. O desconto dado ao adquirente das mercadorias é feito por fora, uma vez que o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.*

*Assim, entendo que não foi efetuado corretamente o cálculo do imposto devido nas notas fiscais apresentadas nos autos, por isso não deve ser acatado o argumento do defendente. Mantida a exigência fiscal.”*

Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 03, é atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta da acusação que o contribuinte, regularmente intimado, deixou de comprovar o internamento de

mercadorias remetidas para Zona de Livre Comércio, nos exercícios de 2001 e 2002, contrariando o art. 29, I e V, combinado com os arts. 11, 597 e 598, todos os dispositivos citados do Dec. 6284/97.

Em sua defesa, o *autuado* reconhece que, em algumas das saídas levantadas no Auto de Infração, o imposto é devido, haja vista não possuir qualquer comprovante do internamento ou devolução das mercadorias, tendo informado que recolheu o imposto, que entende ser devido, no valor de R\$21.356,48, relativo aos meses de janeiro/01 R\$568,71; agosto/02 R\$ 5.326,78; setembro/02 R\$1.080,30; outubro/02 R\$6.465,92; novembro/02 R\$4.565,88 e dezembro/02 R\$3.348,89. Entretanto, alega que algumas das saídas levantadas pela fiscalização como sem comprovação de ingresso nas Zonas de Livre Comércio, ou foram devidamente internadas, ou foram devolvidas pelo comprador.

Quanto às Notas Fiscais nºs 31210 de 02/08/02; 33957 de 21/11/02, entendo que razão assiste ao *autuado*, pois o próprio *autuante* reconheceu que o *autuado* comprovou haver internado as mercadorias respectivas. Relativamente às Notas Fiscais nºs 32359 e 32371, respectivamente de 16/09/02 e 17/09/02, o contribuinte não comprova o seu internamento, mas comprovou que as mercadorias foram devolvidas, folhas 9253, 9254, 9255 e 9256, devendo ser acolhido o argumento defensivo.

Logo a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$21.356,48, relativo aos meses de janeiro/01 R\$568,71; agosto/02 R\$ 5.326,78; setembro/02 R\$1.080,30; outubro/02 R\$6.465,92; novembro/02 R\$4.565,88 e dezembro/02 R\$3.348,89.

As infrações 04 a 10 tratam da utilização de crédito fiscal referente a mercadorias destinadas a Zona Franca de Manaus.

As infrações 04 e 05, tratam do serviço de transporte, sendo que a infração 05 trata exatamente da mesma matéria descrita para a infração 04, porém, uma pequena diferença, os serviços foram prestados por transportadores autônomos ou não-inscritos no estado da Bahia

Por sua vez, as infrações 06 a 10, muito embora estejam segregadas, referem-se exatamente a mesma matéria, qual seja a glosa de crédito de ICMS pagos sobre a entrada de insumos utilizados na fabricação de mercadorias que não foram tributadas nas saídas subseqüentes, em vista da isenção atinente a essas operações, separando por alíquotas de 7%, 12%, 17% 25% e 27%, respectivamente nas infrações 06, 07, 08, 09 e 10.

Assim, a lide nas infrações de 04 a 10 reside em saber se é admitido o crédito sobre o frete e se é permitido a manutenção do crédito decorrente das mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, relativos aos produtos destinados para Zona Franca de Manaus.

Em sua defesa sustenta o *autuado* que o lançamento tributário não merece prosperar, por entender que o Decreto-Lei nº 288/67, amparado pela liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, impetrada pelo Estado da Amazonas, contra o Convênio nº 06/90, garante ao *autuado* o direito à manutenção do crédito fiscal de ICMS relativo às aquisições de insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus.

Efetivamente, em relação a matéria em lide, este Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através das Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, em julgamentos reiterados, tem firmado o entendimento de que a liminar concedida não tem o condão de obstar a constituição do crédito tributário, inclusive para evitar a ocorrência do instituto da decadência, não havendo, assim, qualquer impedimento para que seja realizado o lançamento de ofício. No caso em lide, uma vez

constituído definitivamente o crédito tributário, que ocorrerá após esgotada a fase administrativa, e não havendo decisão de mérito sobre a ADIN, ficará suspensa a exigibilidade do mesmo, em atendimento à regra inserta no art. 151, IV, do Código Tributário Nacional. A título de exemplo de decisão deste colegiado, transcrevo a Ementa do Acórdão, da Câmara Superior, CS Nº 0876/01, sobre decisão proferida em idêntica material:

**“CÂMARA SUPERIOR**

**ACÓRDÃO CS Nº 0876/01**

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. Matéria sub júdice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-0, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Mantido o lançamento de ofício para evitar a decadência do crédito tributário, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão do mérito da ADIN. Inexistência de nulidade na exigência fiscal.”**

Em relação a multa aplicada de 60%, sobre o imposto devido, o argumento do autuado de que não descumpriu com a legislação em vigor, não pode ser acolhido, pois este não é o entendimento deste CONSEF, conforme já relatado acima, que tem decidido pela procedência da autuação sobre a referida matéria, por considerar que houve descumprimento da legislação em vigor. Sendo assim, devida a multa aplicada.

Logo, as infrações 04, 05, 06, 07 08, 09 e 10, restaram caracterizadas.

Na infração 11, é atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS diferido, nas entradas de refeições destinadas ao consumo por parte dos seus funcionários. Contribuinte, nos exercícios de 2000, 2001e 2002, adquiriu refeições destinadas ao consumo por parte dos seus funcionários, de empresa inscrita como Normal com recolhimento do ICMS pelo regime de apuração em função da receita bruta, sem, entretanto recolher o ICMS devido por diferimento.

Em sua defesa, o autuado reconhece que a responsabilidade pelo pagamento do tributo é atribuída, em princípio, aos adquirentes de refeições. Entretanto, observa que, nas cópias das notas fiscais acostadas aos autos, o fornecedor das refeições destacou o ICMS em todas as operações, o que, em seu entendimento afasta sua responsabilidade em relação ao diferimento.

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

Por sua vez, o artigo 349, do mesmo regulamento, estabelece a responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja diferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento.

Efetivamente o argumento defensivo de que o imposto teria sido destacado nas notas fiscais acostadas aos autos não é capaz de ilidir a infração, pois, além do autuado não comprovar que o emitente teria recolhido o imposto devido na operação, situação que não o liberaria da responsabilidade pelo recolher do imposto diferido, o destaque do imposto é uma norma prevista no artigo 504, inciso VIII c/c com o inciso IX, do RICMS/97, os quais transcrevo:

*“VIII - as saídas de mercadorias do estabelecimento serão documentadas por Nota Fiscal com o imposto destacado normalmente, quando a operação for tributada, ou por Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou pelos*

documentos que a substituem, nos casos admitidos pela legislação;

*IX - ocorrendo saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em que o estabelecimento assuma a condição de substituto tributário, o ICMS a ser retido será calculado na forma do art. 357, sendo que o valor do imposto de responsabilidade direta do vendedor, para fins de dedução na apuração do imposto a ser retido, será calculado de acordo com o critério normal de tributação;"*

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO   | ICMS DEVIDO | MULTA % |
|-----------|--------------|-------------|---------|
| 1         | IMPROCEDENTE | -           |         |
| 2         | PROCEDENTE   | 11.908,25   | 60      |
| 3         | PROC.PARTE   | 21.356,48   | 60      |
| 4         | PROCEDENTE   | 9.514,00    | 60      |
| 5         | PROCEDENTE   | 11.718,66   | 60      |
| 6         | PROCEDENTE   | 24.055,24   | 60      |
| 7         | PROCEDENTE   | 5.372,72    | 60      |
| 8         | PROCEDENTE   | 23.885,79   | 60      |
| 9         | PROCEDENTE   | 309,35      | 60      |
| 10        | PROCEDENTE   | 1.907,48    | 60      |
| 11        | PROCEDENTE   | 23.064,65   | 60      |
| TOTAL     |              | 133.092,62  |         |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0005/05-1, lavrado contra **INDÚSTRIA ANHEMBI S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$133.092,62**, sendo R\$13.522,20, atualizado monetariamente, acrescidos da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", "f" e VII, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$119.570,42, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, "a", "f", VII, "a" e "b", do mesmo artigo e lei citado, e dos acréscimos legais.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR