

PROCESSO - A. I. Nº 207090.0006/04-0  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0333-01/05  
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO  
INTERNET - 22/06/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0221-12/06

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. O autuado comprova descaber parcialmente a infração 15. **b)** INCENTIVO FAZ\CULTURA. Comprovado em parte o item 22 da ação fiscal. 2. LIVROS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. 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. 3) 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. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Infração 19 elidida parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF da presente Decisão que julgou Procedente em Parte, recorrendo a esta Câmara de Julgamento Fiscal 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.

O lançamento de ofício 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.

Em seu voto o Sr. relator da JJF afirma que ao analisar as peças processuais, constatou que o autuado reconheceu expressamente o cometimento das infrações 2, 3, 7, 9, 10, 11, 13, 14 e 21, pelo valor total e por valor parcial, as infrações 1, 4, 5, 18 e 19. Deste modo entendeu que devem ser mantidas as irregularidades apuradas nas infrações acima reconhecidas.

Em relação à parte impugnada as infrações: 6, 8, 12, 15, 16, 17, 20 e 22, na sua totalidade e 1, 4, 5, 18 e 19 de forma parcial o Sr. relator chegou ao seguinte veredito:

INFRAÇÃO 1 - 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 4 - 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 que transcreve. 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 transscrito, 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 transscrito 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 5 – 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. 219, no seu inciso IV, do RICMS/97, que estabelece a obrigatoriedade da identificação quanto ao produto vendido, conforme disposição que transcreve. E como o defendente 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 6 – 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 que transcreve. Também no seu § 2º, que transcreve, estabelece normas a serem seguidas, no tocante ao crédito fiscal utilizado quando da aquisição de tais bens. art. 98. Transcreve também o Parágrafo único do art. 98 do RICMS/97, que visa estabelecer os critérios quanto a transferência de crédito fiscal. 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 8 – 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 8 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.

Analisando 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, entendendo 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 o 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 às referidas cartas de correção, haja vista o disposto no art. 201, § 6º, do RICMS/97, que transcreveu.

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 demonstrado colocado em seu voto.

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 apresentada no voto

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, remanesce 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 que apresenta.

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 à 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 à 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 acúmulo 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.

## VOTO

O Recurso de Ofício apresentado diz respeito à parte da Decisão onde a ação fiscal foi considerada improcedente ou procedente em parte.

Em relação à infração 4 no que diz respeito ao item relativo aos “achocolatados em pó” a posição da JJF foi correta, pois também entendo que estas mercadorias não fazem parte das mercadorias arroladas na substituição tributária, nem compõem a cesta básica, sendo, portanto, tributadas à alíquota de 17%.

Em relação à infração 6 entendo também que no que se refere à transferência interna sem destaque de imposto, de bens destinados a uso e/ou consumo, concluo também “*descaber a exigência do imposto, com base nos dispositivos regulamentares acima citados (art. 27, I, “a”, 1 e 2, do RICMS/97).*”

A infração 15 utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito realizado o cotejo entre os documentos a Decisão final no sentido da correção do valor também está correta inclusive com o acolhimento por parte do autuante.

Com o mesmo raciocínio na infração descrita no item 17 remanesceu a aplicação da multa em relação aos documentos fiscais não comprovados e por outro lado foram considerados não procedentes aqueles cuja prova foi realizada. Tudo isto se encontra devidamente demonstrado na Decisão.

No que concerne às infrações descritas nos itens 18 e 19. Além da correta exclusão da quantia indicada na Decisão, fato inclusive reconhecido pela autuante, quando do atendimento a diligencia solicitada pela JJF no tocante aos demais documentos (infrações 18 e 19), verifico que a Decisão está coerente, pois se trata de bens (do ativo e material de uso e consumo) recebidos em transferência do estabelecimento situado em Cuiabá – MT. Bens não submetidos à incidência de ICMS por se tratar de bens com mais de um ano de uso, não havendo, portanto, tributação por diferença de alíquota.

A infração descrita no item 22 também teve o seu valor corrigido, pois como afirmou o Sr. relator “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.”

Correto por fim a observação feita pelo Sr. relator no sentido 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.”

Concordamos com a Decisão da JJF e NEGAMOS PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207090.0006/04-0, lavrado contra SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$239.760,93, acrescido das multas de 50% sobre R\$464,76, 60% sobre R\$238,002,09 e 70% sobre R\$1.294,08, previstas no art. 42, I, “a”, 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, com os acréscimos previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

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