

A. I. Nº - 207090.0006/05-8
AUTUADO - INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 21.09.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249-01/06

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** BONIFICAÇÃO. Comprovado nos autos que os valores destacados nos documentos fiscais não se tratam de bonificações, e sim, desconto incondicionais. Correta a dedução da base de cálculo relativa a tais descontos. Infração insubstancial. **b)** VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO INCORRETA DA BASE DE CÁLCULO. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é condicionada a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. Caracterizada a concessão do benefício em obediência à legislação específica. Autuado efetua corretamente o cálculo do imposto devido na operação. Infração insubstancial. **c)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Autuado reconhece parte da irregularidade e comprova descaber a parte remanescente. Infração parcialmente subsistente. 2. ZONA FRANCA . REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. Autuado comprova ter abortado parte das operações realizadas, reconhecendo devido o imposto relativo à parte não comprovada. Infração parcialmente mantida. 3. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. OPERAÇÃO CIF. MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM ISENÇÃO. Inexiste regra expressa de manutenção de crédito fiscal, por se tratar de prestação de serviços de transporte decorrente de operação isenta. Incluído indevidamente valor relativo a serviço de transporte com mercadoria tributada. Refeito os cálculos. Mantida parcialmente a infração 04 e integralmente a infração 05. **b)** FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. Matéria *sub judice*. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-AM, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Suspensa a eficácia das normas em que se fundamentou a autuação. Restabelecida a legislação que assegurava o direito à

manutenção dos créditos dos insumos. Infrações 06 a 09 descabidas. **c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** SERVIÇOS DE TRANSPORTES AUTÔNOMOS. Apesar de ter o contribuinte retido indevidamente o imposto do transportador autônomo, na qualidade de substituto tributário, não poderia ter utilizado o crédito, a teor do § 1º do art. 73 do RPAF/99. **4. DIFERIMENTO.** ENTRADAS DE REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Autuado reconhece o cometimento da infração. **5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Autuado reconhece o cometimento da infração. **b)** DESTINADO AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Autuado reconhece parte da irregularidade e comprova que a partir de 2004 está amparada pelo benefício instituído pelo Programa DESENVOLVE. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares argüidas. No tocante as multas estas foram aplicadas observando a Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2005 exige imposto no valor de R\$ 231.342,09, pelas seguintes irregularidades:

1) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e 2004, no valor total de R\$59.310,23;

Contribuinte concedeu bonificações, sem, contudo, incluí-las na base de cálculo do imposto devido, contrariando o art. 54, I, “a”, do RICMS/97.

2) recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e 2004, no valor total de R\$13.490,47;

Contribuinte vendeu suas mercadorias para empresas inscritas no SimBahia, reduzindo a base de cálculo do imposto devido, pelo fator 10,75269%, quando deveria simplesmente aplicar sobre a base de cálculo a alíquota de 7% e repassar ao adquirente, expressamente, um desconto correspondente a 10% do valor da base de cálculo, conforme art. 51, I, “c”, do RICMS/97.

3) deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, julho e agosto de 2003, janeiro, março, julho, agosto e novembro de 2004, no valor de R\$5.224,09;

Contribuinte deixou de comprovar o internamento de mercadorias remetidas para Zona de Livre Comércio, conforme cópia de levantamento fiscal – remessa de mercadorias para a Zona Franca – ingresso não comprovado.

4) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de janeiro, março a julho e outubro de 2003 e outubro a dezembro de 2004, no valor de R\$2.030,34;

5) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de março, abril, junho e dezembro de 2003 e janeiro a março, agosto, setembro e dezembro de 2004, no valor de R\$13.448,24;

Nas infrações 04 e 05, o contribuinte remeteu mercadorias para a Zona de Livre Comércio com isenção, conforme art. 29 do RICMS, com frete CIF e utilizou indevidamente como “outros créditos” dos créditos referentes a estas aquisições de serviços de transporte. Utilização indevida de crédito fiscal – ST de Transporte vinculado a saídas de mercadorias para Zonas Francas – Frete CIF. A infração 04 envolve as prestações se serviços realizadas por transportadores inscritos neste Estado e a infração 05 envolve as prestações de serviços de transporte realizadas com autônomos e transportadores não inscritos no Estado da Bahia.

6) deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro, março a dezembro de 2004, no valor de R\$13.033,78;

7) deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro, março a dezembro de 2004, no valor de R\$4.324,07;

8) deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro, março a dezembro de 2004, no valor de R\$39.301,58;

9) deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro, março a dezembro de 2004, no valor de R\$2.574,74;

Em relação às infrações 6 a 9, consta que o contribuinte nos exercícios de 2003 e 2004, tanto adquiriu mercadorias em outras filiais para revender, quanto insumos para fabricação dos mesmos produtos, não sendo possível determinar a qual das aquisições correspondem as mercadorias vendidas com isenção / não tributação. Assim, com base no art. 100, I, §§ 1º e 2º, III e § 5º, do RICMS/97, foram efetuados 3 (três) levantamentos: 1) Estorno de Crédito por Saídas Isentas – Base de Cálculo, comparando, mês a mês, as saídas isentas com as saídas totais da empresa, chegando a uma proporção. Tal proporção foi extraída das compras tributadas da empresas nos referidos meses; 2) Estorno de Crédito por Saídas Isentas – Percentual da Base de Cálculo por Alíquota, onde se determinou quais os percentuais correspondentes a cada alíquota; 3) Estorno de Crédito por Saídas Isentas – Resumo – III, onde a base de cálculo foi rateada proporcionalmente às alíquotas utilizadas quando das aquisições das mercadorias, matérias primas e serviços tomados, chegando ao valor do imposto a estornar.

10) utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor do ICMS recolhido a título de antecipação tributária, nos meses de outubro e novembro de 2004 no valor de R\$867,96;

Contribuinte efetuou vendas de mercadorias a preço CIF, para dentro do Estado. Contratou o serviço de transportadores autônomos retendo o imposto sobre as operações. A partir de 01/03/2004 não é permitido o creditamento do imposto relativo a serviços de transportes intra-estaduais (art. 95, II, do RICMS/97).

11) deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de janeiro a março, outubro a dezembro de 2003, janeiro a maio e dezembro de 2004, no valor de R\$8.440,79;

12) deixou de recolher ICMS referente a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto, setembro e novembro de 2003 e março de 2004, no valor de R\$543,80;

13) deixou de recolher ICMS referente a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho e novembro de 2003 e março a agosto de 2004, no valor de R\$65.545,12;

14) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Através do AI 204090.0005/05-1, infração 03, o contribuinte foi autuado em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Reconheceu a infração recolhendo o débito, no entanto, os valores cobrados foram inferiores aos devidos, já que o contribuinte abateu do valor da mercadoria o valor do ICMS, reduzindo a base de cálculo, nos meses de janeiro de 2001, agosto a dezembro de 2002, no valor de R\$ 3.206,88.

O autuado, às fls. 5959 a 6019, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa, inicialmente, reconhece a procedência do lançamento relativo às infrações 11 e 12 e a procedência parcial das infrações 03, 13 e 14, do Auto de Infração, impugnando as demais infrações.

Infração 01 – alegou existirem 02 tipos de bonificações, sendo: 1) concedida ao comprador sob forma de descontos e, 2) pela entrega a mais de mercadorias. Citou ensinamentos do mestre Hugo de Brito Machado no tocante ao que seja desconto financeiro condicional e incondicional. Disse ter concedido a seus clientes descontos incondicionais e que tais valores deveriam ser abatidos da base de cálculo do imposto. Como é grande o volume de notas fiscais, a título de ilustração citou a nota fiscal nº 034973 dizendo que a mesma retrata o procedimento adotado.

Do total de 1.160 itens, no valor de R\$ 9.614,06, concedeu bonificação especial sob forma de desconto incondicional, no valor de R\$ 333,87, tendo o valor da operação sido tributada, no valor de R\$ 9.280,19. Transcreveu o art. 54, II, do RICMS/97, para afirmar não ter havido infração à legislação do ICMS por ter concedido abatimento no preço da mercadoria.

Transcreveu entendimento do tributarista Roque Carrazza e decisões do STJ (Resp. nº 477525/GO e Resp. 63838/BA).

Infração 02 - disse ter seguido a orientação do inciso I, alínea “c” combinado com o inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97 que transcreveu, bem como a IN nº 38/94, ao efetuar o cálculo e recolher o ICMS devido nas vendas a empresas inscritas no SimBahia. Citou como exemplo a nota fiscal nº 035475 de 29/01/03, tendo como valor venda R\$514,97, preço considerando a carga tributária de 17%. Assim, encontrando o valor da operação sem a incidência do imposto (R\$514,97 / 0,83) foi apurado o valor de R\$427,43 que inserido o percentual de 7% obteve a base de cálculo de R\$459,61, chegando ao ICMS no valor de R\$ 32,16, tendo repassado para a empresa adquirente (SimBahia) essa redução fazendo constar expressamente o desconto de R\$ 55,36 “desconto referente ao fator de redução (10,75269)” e que o resultado da aplicação desse fator está conforme a IN 38/94. Citou o Acórdão CJF nº 0155-12/05, deste Colegiado.

Infração 03 – reconhece devido o imposto em relação a algumas saídas levantadas no Auto de Infração, através das notas fiscais nºs 35372, 39303, 45416, 45949 e 47929, já que não possui comprovante do internamento ou devolução.

Afirmou que as mercadorias vendidas através das notas fiscais nºs 38631, 42174, 43137 e 47981, foram devolvidas pelo comprador, tendo sido comprovado a devolução das mesmas, não sendo devido, ao seu ver, o imposto exigido em relação a tais operações.

Infração 04 – argumentou não poder se aplicar o disposto nos arts. 95 e 97 do RICMS/97, por se tratar de vendas realizadas para a Zona Franca de Manaus- ZFM, em que é assegurado ao autuado o direito à manutenção dos créditos fiscais mesmo antes da CF/88 pelo Decreto Lei nº 288/67, já que previa isenção do ICMS nas operações de vendas de produtos industrializados para ZFM e, em determinadas condições, permitia a manutenção dos créditos relativos a insumos aplicados na fabricação de tais mercadorias. Desta maneira, após a edição da CF/88, tem natureza constitucional a assertiva de que “para todos os efeitos fiscais, equipara-se a exportação as vendas para Zona Franca de Manaus”.

Disse que o convênio ICM 65/88, respeitando o estatuído no DL nº 288/67, além de convalidar a isenção deixou explícito o direito dos estabelecimentos industriais a manutenção do crédito dos insumos empregados na fabricação de mercadorias destinadas àquela área de exceção fiscal. Já o Convênio ICMS 06/90 afrontando o estatuído no texto constitucional modificou a isenção citada, na medida em que cancelou o benefício de manutenção do crédito. Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 310/AM, foi requerido o reconhecimento de que o Convênio 06/90 não poderia modificar as regras de isenção previstas no DL nº 288/67. O STF, acolhendo a alegação, concedeu em 25/10/90 liminar suspendendo os efeitos do Convênio 06/90 até a decisão final.

Citou ensinamentos dos mestres Hugo de Brito Machado e José Afonso da Silva, sobre “declaração de inconstitucionalidade”. Ressaltou que o CONSEF vem julgado nulo os Autos de Infração lavrados em tais condições, citando a Resolução nº 2911/94. Disse que o fisco, tendo em vista a demora no julgamento da ADIN nº 310/AM, vem efetuando lançamento, no intuito de evitar a decadência de seu direito de constituir os créditos tributários, no entanto, tal procedimento está eivado de vício insanável de inconstitucionalidade, já que a liminar concedida em sede de ADIN tem efeitos *erga omnes*, devendo ser obedecida, inclusive, pela autoridade fazendária.

Alegou, também, que a multa não poderia ser exigida, já que a obrigação de pagamento não decorre de um ato praticado pelo autuado, mas, apenas da subsunção do fato jurídico à norma tributária. Citou o tributarista Luciano Amaro, *in* “Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 4ª ed, 1999, São Paulo, p. 25”.

Ressaltou que diante de recentes decisões das Juntas de Julgamento, no sentido de que o crédito tributário aqui debatido estaria com a sua exigibilidade suspensa, em função da liminar concedida pelo STF é inadmissível a exigência de multa de infração, visto ser um contra-senso admitir que o crédito tributário não pode ser cobrado do contribuinte por decisão judicial que determina a suspensão de sua exigibilidade e, ao mesmo tempo, punir o contribuinte por não haver recolhido o crédito inexigível. Assim, entendeu ser descabida e despropositada a cobrança de multa de infração durante a vigência da suspensão da exigibilidade por se encontrar *sub judice*.

Transcreveu o art. 63 da Lei Federal nº 9.430/96 que trata da não aplicação de multa na constituição de crédito tributário destinado a prevenir a decadência; além de decisões do Tribunal Regional Federal (AMS nº 2000.38.00.037284-4-MG – AMS nº 200.38.00.010772-3) e; Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF 02-0.775.

Asseverou que se após os argumentos descritos a Junta de Julgamento entender que a infração seja subsistente, ainda assim, parte da infração não merece prosperar, uma vez que o autuante elaborou levantamento denominado “Utilização Indevida de Crédito Fiscal Frete CIF de Mercadorias Isentas” e se verifica que o crédito correspondente a transporte das mercadorias descritas nas notas fiscais nºs 47929 e 35372 foi objeto de autuação na infração 03 e como o

autuado reconheceu devido o ICMS relativo às saídas que não haviam sido comprovadas o internamento das mercadorias e recolheu o imposto correspondente, os créditos relativos aos serviços de transporte passaram a ser utilizáveis. Assim, deve ser, no mínimo, reduzido o valor de R\$105,00 da infração 04, por corresponder ao ICMS pago no transporte de mercadorias cujo imposto foi reconhecido na infração 03.

Infração 05 – disse que a única diferença entre a infração 04 e a 05 é o fato de que a infração 05 se refere a operação relativa a serviços de transporte prestados por contribuinte autônomo ou não inscrito. Não devendo subsistir a infração já que as saídas para ZFM são equiparadas a exportação, como demonstrado no ponto 05 da presente impugnação. Também alega não subsistir a multa pelos motivos expostos na infração 04.

Infrações 06, 07, 08 e 09 – asseverou que esses itens da autuação, embora não estejam segregados se referem a mesma matéria, ou seja, a glosa de crédito de ICMS pago sobre a entrada de insumos utilizados na fabricação de mercadorias que não foram tributadas nas saídas subsequentes, em vista da isenção atinente a essas operações.

Disse que nada impede ao autuado a se utilizar o crédito fiscal, tendo em vista que tais saídas são equiparadas a exportação, como demonstrado no item 05 da impugnação. Ainda que o lançamento pudesse subsistir, a multa de 60% aplicada não poderia ser exigida pelos mesmos motivos indicados nas infrações 04 e 05 cujos argumentos devem ser aqui reiterados.

Acrescenta que caso a Junta de Julgamento não se convença das razões que levam a considerar improcedentes as infrações 06 a 09, deve ser improcedente parte dos valores, tendo em vista o recolhimento do imposto exigido na infração 03. O autuante levou em conta, para o cálculo da proporção existente entre as saídas isentas e as totais, as notas fiscais cujo internamento não foi comprovado e o imposto foi reconhecido como devido (infração 03).

Como as saídas deixaram de ser consideradas isentas, a proporção entre as saídas isentas e as saídas totais deve ser refeita, conforme demonstrativo anexo (documento 16) que apontam uma redução de R\$12.901,61, R\$4.223,74, R\$38.631,28 e R\$2.538,88, para as infrações 06 a 09, respectivamente. Também alegou que a multa deve ser excluída, por ter o autuado adotado um procedimento que se encontra amparado por medida liminar em sede de ADIN. Também devem ser reduzidos os valores apontados nos itens 06 a 09, em razão do pagamento e reconhecimento da infração 03.

Infração 10 – alegou que está sendo exigido o pagamento do ICMS recolhido a título de antecipação tributária, no período de outubro e novembro de 2004, incidente sobre o serviço de transporte efetuado por autônomo para entrega de mercadorias vendidas a preço CIF, fora do Município, mas dentro do Estado. O fisco entendeu que o creditamento teria ofendido ao art. 1º, § 7º c/c art. 95, II, do RICMS/97, uma vez que tais dispositivos teriam passado a vedar o aproveitamento do crédito a partir de 01/03/2004. No entanto, de acordo com o art. 380, I, “b”, do RICMS/97, estando obrigado a proceder a retenção do imposto incidente sobre a prestação, por ter realizado a entrega de mercadorias vendidas a destinatários deste Estado, por transportadores autônomos, efetuou a retenção e o recolhimento antecipado do imposto e consequentemente se creditou do mesmo e entendeu que tal procedimento está respaldado no art. 95, I, “b” do RICMS/97.

Asseverou que a lógica utilizada pelo fisco está inadequada, porque o mencionado inciso II do art. 95 não se refere à vedação do direito ao crédito quando o serviço de transporte for isento, não tributável ou sujeito à substituição tributária, mas sim, para aquelas operações em que a mercadoria transportada for isenta, não tributada ou sujeita ao regime da substituição tributária. E que se a norma do inciso II do art. 95 se referisse ao serviço de transporte, a outra norma inserta na alínea “b” do inciso I do mesmo artigo, que confere o direito ao creditamento jamais seria aplicada.

Argumentou que, mesmo se por absurdo o entendimento do fisco prevalecer, ao proceder ao recolhimento do imposto deixou de se valer de um benefício fiscal previsto no § 7º do art. 1º do RICMS. Desta maneira, por não ter se utilizado da isenção que lhe foi conferida, recolheu indevidamente o imposto, fazendo jus a repetição deste indébito. Concluiu requerendo a total improcedência deste item da autuação.

Infração 13 – reconheceu parcialmente a infração efetuando o recolhimento com os benefícios da anistia dada pela Lei nº 9650/2005, em relação aos valores de R\$32,50 e R\$194,50, dos meses de julho e novembro de 2003. Em relação aos demais períodos, disse que tendo em vista que o autuado gozava do benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições de bens destinados ao seu ativo fixo, relativamente a diferença de alíquota, para o momento que ocorrer a desincorporação dos mesmos (Decreto nº 8205/2002 instituído pelo Programa DESENVOLVE. Assim, como obteve a concessão mediante Resolução nº 144/2003, todas as aquisições de bens do ativo efetuados após a publicação, que se deu em 12/12/2003, deve vir com o lançamento e o pagamento do imposto diferido, o que afasta a maior parte da exigência do presente item da autuação.

Infração 14 - disse razão assistir ao fisco em relação a maior parte do montante exigido, ou seja, no valor de R\$ 2.912,25, já tendo providenciado o recolhimento com os benefícios da anistia; no entanto, a autuante incluiu indevidamente os valores relativos a saídas de mercadorias que foram devolvidas pelos compradores, notas fiscais nºs 32359 e 32371, nos valores de R\$ 1.398,97 e R\$761,60, no mês de setembro de 2002, não havendo o que se falar em imposto a recolher.

Requeru a improcedência do Auto de Infração e que seja realizada diligência com o fito de atestar as alegações contidas na impugnação.

A autuante, às fls. 6084 a 6093, informou que:

Infração 01 – entre as folhas 48 a 101 está o levantamento fiscal que embasou a autuação e às fls. 634 a 3902, as cópias das notas fiscais elencadas nos levantamentos, constando expressamente o valor concedido a título de bonificação, desta maneira, mantém a autuação.

Infração 02 – na autuação está demonstrada que o autuado procedeu ao cálculo do ICMS devido a menos. O autuado utiliza para justificar a sua tese, a IN 38/94 e as normas jurídicas possuem hierarquia. Assim, o Decreto nº 2460/89 estava vigente e a IN, hierarquicamente inferior, era válida. Com a edição do Decreto nº 6.284/97 e suas alterações através do Decreto nº 7.466/99, a IN 38/94 foi revogada. Ficou demonstrado que o contribuinte foi autuado por ter concedido um desconto maior que o possível e não por ter deixado de concedê-lo.

Infração 03 – o autuado não comprovou o internamento das mercadorias, alegando que as mesmas foram devolvidas; no entanto, pelos dizeres da devolução e pelo intervalo de datas entre as notas fiscais de saídas e as de entradas, ficou provado que as mercadorias circularam, indo até o destino. Como não ficou comprovado o internamento, não é cabível a isenção prevista no art. 29, I e IV combinado com os arts. 11, 597 e 598, do RICMS/97. Manteve a autuação em relação às notas fiscais 38631, 42174, 43137 e 47981.

Infração 04 - o autuado invoca a CF/88, o Decreto Lei nº 288/67 e Súmulas do STF. Disse não ser competente para discutir a legislação federal, nem quanto a multa determinada em Lei.

O autuado requereu a extinção / redução do crédito tributário, apurado na infração 04 em função do reconhecimento e recolhimento dos débitos apurados na infração 03. Disse não acreditar que o reconhecimento e pagamento de infrações levantadas no AI possa ser usado para elidir outras infrações apuradas no mesmo Auto. Citou e transcreveu o art. 156, 170, 170-A, 171 e 172, todos do CTN. Manteve a infração 04.

Infração 05 - o autuado invoca a CF/88, o Decreto Lei nº 288/67 e Sumulas do STF. Disse não ser competente para discutir a legislação federal, nem quanto a multa determinada em Lei. Mantém os termos da autuação.

Infrações 06, 07, 08 e 09 – os argumentos do autuado fere literal disposição de Lei Estadual, como apontado no Auto de Infração. Mantém os termos e valores das infrações e reitera as informações apresentadas nos itens 04 e 05 da informação.

Infração 10 - informou que o autuado pretende discutir legislação estadual, ao que cabe argumentar que falta competência ao preposto fiscal para fazê-lo. Toma, o autuado, para si procedimento que o RPAF atribui à autoridade fazendária. Assim, a sua pretensão não pode prosperar. Mantém os termos e valores indicados na infração.

Infrações 11 e 12 - o autuado reconheceu o débito. Mantidas as infrações.

Infração 13 - o autuado acata parcialmente a infração e após análise minuciosa, cumpre reconhecer que assiste razão ao autuado, em relação aos fatos geradores de 2004, posteriores à publicação da Resolução.

Infração 14 - o autuado reconheceu parte da infração – disse que a parte remanescente pelos dizeres e intervalo de datas entre as notas fiscais de saídas e as notas fiscais de entradas, que as mercadorias circularam, indo até o destino (AM), não tendo ficado comprovado o internamento, não é cabível a isenção prevista no art. 29, I e IV c/c arts. 11, 597 e 598 do RICMS/97, estando a autuação de acordo com a lei. Mantida a ação fiscal.

Concluiu opinando pela procedência parcial da autuação.

Esta JJF, à fl. 6099, considerando que as infrações 6 a 9 do Auto de Infração foram apuradas levando-se em conta a proporcionalidade entre as saídas totais e as isentas, para exigência do estorno de crédito fiscal do ICMS, relativo às aquisições tributáveis e, que posteriormente foram objeto de saídas isentas; considerando que na infração 3 foi exigido o imposto relativo às operações consideradas isentas pelo autuado que não foram comprovadas a internalização na ZFM – Zona Franca de Manaus, tendo o autuado reconhecido parcialmente a infração, passando, desta forma, as citadas mercadorias a serem arroladas como tributáveis, bem como das demais operações que o autuado comprova o seu retorno, deliberou que o processo fosse encaminhado a ASTEC/CONSEF para que fossem adotadas as seguintes providências: a) elaborasse novo demonstrativo da base de cálculo 1 – apontando a proporção entre os valores das saídas isentas em relação às saídas totais, observando que devem ser excluídas das saídas isentas aquelas apontadas na infração 3 que foram reconhecidas como sendo tributadas, também fossem excluídas do total das saídas isentas e saídas totais aquelas que não foram reconhecidas pelo autuado, sob a alegação de que não foram internalizadas por ter sido abortada a operação; b) verificasse se após os ajustes apontados houve alteração em relação aos índices percentuais encontrados pelo autuante; c) caso positivo fosse elaborado novo demonstrativo apontando os valores devidos nos itens 6 a 9 do Auto de Infração. Para isso o revisor deveria seguir a mesma sistemática utilizada pelo autuante, conforme se verifica dos levantamentos anexados aos autos.

Em seguida, fosse dada ciência ao autuado com a entrega de cópia do resultado da revisão e informado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar. Também fosse dada ciência ao autuante.

O revisor fiscal, às fls. 6102/6111, através do parecer ASTEC nº 0073/2006, esclareceu e apresentou planilhas informando que em razão das exclusões efetuadas como solicitado na diligência requerida foram encontrados novos índices percentuais, os quais produziram novos valores devidos nos itens 6 a 9 do Auto de Infração. Assim, elaborou novo demonstrativo de débito apontando os valores, mês a mês, do débito remanescente, em relação às citadas infrações, nas quantias de R\$ 12.684,55 (infração 06), R\$ 4.170,83 (infração 07), R\$ 36.993,46 (infração 08) e R\$ 2.481,51 (infração 09).

Recebido, via correios, cópias dos documentos às fls 6102 a 6111 dos autos, o impugnante requereu cópia dos documentos, às fls. 6083 a 6101, tendo recebido as cópias solicitadas, no entanto, não consta dos autos manifestação do autuado a respeito do resultado da diligência.

A autuante, á fl. 6128, ao tomar ciência da revisão fiscal acolheu o resultado do parecer técnico.

VOTO

No tocante aos questionamentos acerca das multas observo que as mesmas estão aplicadas em conformidade com a Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Saliento que este órgão julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação tributária do ICMS, a teor do artigo 167, I do RPAF/99, motivo pelo qual deixo de apreciar os questionamentos os quais entendo que estão revestidos de legalidade por estarem previstas na legislação estadual.

Constato inicialmente que o autuado reconhece expressamente o cometimento das infrações 11 e 12, que tratam da falta de recolhimento do ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários e da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Também reconhece proceder parte das infrações 03, 13 e 14, do Auto de Infração, impugnando as demais infrações.

Analizando as peças processuais, verifico o seguinte:

Infração 01 – se trata de recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O autuado tendo concedido desconto incondicional sobre o valor das mercadorias vendidas e como indicou nos documentos fiscais que tal valor se referia a “bonificação especial” foi exigido imposto sob o fundamento de que tal valor deveria ser agregado ao valor da base de cálculo para efeito de recolhimento do imposto.

Foram trazidas ao processo, pelo autuado e autuante, cópias de notas fiscais, tendo a autuante confirmado que efetivamente a situação em que gerou a exigência do tributo é a indicada nos documentos anexados ao processo. Assim, da análise dos mesmos, observo não estar evidenciada a existência de fornecimento de mercadorias a título de bonificação como determina o inciso I, alínea “a” do art. 54 do RICMS/97, ou seja, o fato do autuado consignar o termo “bonificação especial” não significa ter havido a figura da “bonificação” prevista na legislação tributária estadual. O que se constata é a existência de descontos incondicionais, ou seja, desconto sobre o valor da mercadoria adquirida, cuja previsão legal está disposta no inciso II do art. 54 do citado regulamento, conforme abaixo transcrito:

Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:

II - serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos;

Desta forma, concluo descaber a exigência do tributo em relação à infração 01.

Infração 02 – recolhimento a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O que se verifica dos autos é que a autuante ao elaborar novo demonstrativo aplica a alíquota de 7% sobre o valor da operação, para determinação do valor do ICMS devido, sem atentar que o autuado, atendendo as determinações previstas no inciso I, alínea “c” combinado com o inciso II do § 1º do art. 51 do

RICMS/97, conforme abaixo transcritas, repassou para o adquirente das mercadorias, sob forma de desconto, a quantia que estava obrigado a repassar. Assim, o valor repassado ao adquirente e somado ao destacado no documento fiscal, corresponde ao valor calculado à alíquota de 17% sobre o valor da operação.

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas 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 (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior 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 da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Tomando como exemplo a nota fiscal nº 41932, no valor da operação de R\$3.062,63, a autuante aplica alíquota de 7% sobre tal valor, no caso, R\$3.062,63 x 7% = 214,38; enquanto que o autuado ao fazer constar no documento fiscal o valor repassado ao adquirente sob forma de desconto, na quantia de R\$329,31, aplicando o percentual de 10,75269%, apura como valor base de cálculo R\$2.733,32 e, sobre tal valor calcula o imposto devido à alíquota de 7%, no valor de R\$191,33. Vale observar que o ICMS calculado à alíquota de 17% sobre R\$ 3.062,63 corresponde ao valor de R\$520,64 (R\$329,31 repassado ao adquirente e R\$191,33 destacado no documento fiscal).

Assim, não há o que se falar em diferença a recolher, devendo ser excluído este item da autuação.

Apenas como ressalva, observo que o Acórdão nº 0155-12/05 citado pelo autuado se refere a reforma de decisão prolatada pela 2ª JJF, mediante Acórdão JJF nº 0044-02/05, por ter a 2ª Instância Administrativa entendido que apesar de não constar expressamente o desconto indicado no documento fiscal, o valor foi repassado ao adquirente quando da indicação do valor da base de cálculo, conforme se verifica de parte do voto que abaixo transcrevo, ou seja, não tem relação com o fato aqui em exame:

Com referência ao item 1, examinando a Nota Fiscal nº 4145, fl. 830, verifiquei que consta realmente na mesma a redução do valor total dos produtos, de R\$960,00, para R\$910,39, demonstrando a existência de uma diferença que o recorrente afirma ser o desconto concedido a título de benefício. Por entender que o julgador de Primeira Instância não se aprofundou na demonstração de sua contestação, diferentemente do recorrente que fez uma análise aritmética indicando uma diferença entre o valor total dos produtos e o valor da nota fiscal, fica caracterizada a concessão de um desconto sobre o valor da nota fiscal, em obediência à legislação específica, e o seu correto procedimento.

Infração 03 – falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. O autuado reconhece devido o tributo, haja vista não haver a comprovação do internamento das mercadorias indicadas nas notas fiscais nºs 35372, 39303, 45416, 45949 e 47929. Em relação os documentos fiscais nºs 38631, 42174, 43137 e 47981, o autuado trouxe aos autos a comprovação, mediante emissão de notas fiscais de entradas, de terem sido devolvidas as mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus, cujo benefício da isenção estaria assegurado caso a operação não tivesse sido abortada. Desta maneira, como a operação de saída se deu com benefício da isenção e comprovado o desfazimento da operação com o retorno das mercadorias ao estabelecimento autuado, não há o que se falar em exigência do imposto em relação a tais operações, descabendo, portanto, a exigência do crédito tributário em relação às operações indicadas nos documentos fiscais de nºs 38631, 42174, 43137 e 47981, no valor de R\$3.624,15. Assim, mantida parcialmente a infração para exigência do imposto, no valor de R\$1.599,94.

Infrações 04 e 05 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas. Observo que a diferença entre as infrações 04 e 05 diz respeito ao fato da primeira tratar de prestação de serviços de transportes prestados por empresas inscritas neste Estado e a segunda relativa a serviços de transportes prestados por autônomos e contribuintes não inscritos neste Estado.

Entendo que incorre em equívoco o autuado ao invocar a regra de manutenção de crédito, que está sendo objeto de ação judicial através da ADIN nº 310/AM, decorrente da decisão dos Estados em vedar a manutenção de crédito fiscal, prevista no Convênio ICMS nº 65/88, através do Convênio 06/90, assim como invocar o Decreto Lei 288/67, para falar de equiparação à exportação das remessas para a Zona Franca de Manaus.

Isso porque, a Cláusula Terceira do Convênio nº 65/88, assegurava aos contribuintes o direito à manutenção e utilização dos créditos do ICMS decorrentes das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem para emprego no processo produtivo de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus, remetidas com isenção do imposto. Jamais autorizou a manutenção do crédito relativo às prestações de serviços de transportes, conforme se verifica na transcrição abaixo, da referida cláusula.

Cláusula Terceira - Fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída mencionada na cláusula primeira a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto daquela isenção.

Afastada a discussão sobre a admissibilidade da manutenção do crédito com fulcro na regra emanada do Convênio ICMS 65/88, pois, conforme dito acima esta Medida Cautelar somente alcança as operações e não as prestações. Cabe analisar o que dispõe a legislação do ICMS sobre a admissibilidade do crédito quando a operação se realiza a preço CIF.

Conforme se verifica na descrição da infração, o contribuinte remeteu mercadorias para a Zona de Livre Comércio com isenção, conforme art. 29 do RICMS, com frete CIF e utilizou indevidamente como “outros créditos” os créditos referentes a estas prestações de serviços de transporte.

O artigo 95, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” e inciso II, do RICMS/97, que cuida da utilização do crédito fiscal relativo aos serviços de transporte nas operações a preço CIF, estabelece *in verbis*:

Art. 95. Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I - tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:

- a) pelo próprio remetente, o crédito fiscal a ser utilizado pelo destinatário será o valor destacado na respectiva Nota Fiscal;*
- b) por transportador autônomo, o imposto retido em virtude de substituição tributária constitui crédito fiscal para o estabelecimento remetente, a ser escriturado no Registro de Apuração do ICMS como "Outros créditos", fazendo-se referência, no campo "Observações", à Nota Fiscal que o originou;*
- c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário;*

II - tratando-se de operação isenta ou não-tributada ou com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, não haverá utilização de crédito fiscal, salvo disposição em contrário, inclusive na hipótese da alínea "b" do inciso anterior.

Conforme se verifica no dispositivo regulamentar acima transscrito, se a operação for isenta, como é o caso das saídas realizadas para a Zona Franca de Manaus, não há que se falar em utilização de crédito fiscal, salvo se existisse regra expressa de manutenção, que efetivamente não existe, consoante se constata no artigo 104 do RICMS/97, que trata da manutenção de créditos nas saídas com isenção do imposto.

Vale observar que a utilização do crédito fiscal referente aos serviços de transporte nas operações a preço CIF pelo remetente, decorre única e exclusivamente da necessidade de se afastar a duplicidade de recolhimento do imposto relativo à uma mesma prestação, ou seja, o imposto incidente sobre o frete constante na Nota Fiscal e no Conhecimento de Transporte. Daí a autorização para que o remetente utilize como crédito fiscal o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte quando se tratar de preço CIF.

Observo que razão assiste ao autuado, no tocante ao direito a utilização do crédito fiscal relativo a prestação dos serviços de transporte em que as operações de saídas de mercadorias, através das notas fiscais nºs 47929 e 35372, foram consideradas como tributadas, tendo sido, inclusive, reconhecido como devido, pelo autuado, o ICMS relativo às saídas que não haviam sido comprovadas o internamento das mercadorias e que foi objeto da exigência do ICMS na infração 03.

Assim, entendo que a infração 04 é parcialmente subsistente, devendo ser excluído o valor de R\$105,00 e, mantida a infração 05.

Nas infrações 6, 7, 8 e 9 foram exigidos os estornos de crédito fiscal de ICMS relativos a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. As citadas irregularidades foram distribuídas por alíquotas de 7%, 12%, 17% e 25%, razão de estarem arroladas em separado.

O autuado questiona a exigência do estorno do crédito fiscal fundamentando que tais saídas são equiparadas à exportação e, que se suas razões não forem acolhidas sejam revistos os cálculos da proporção existente entre as saídas isentas e as totais, já que ao reconhecer devido o imposto de parte da infração 03, que diz respeito a operações lançadas como isentas e que foram consideradas como tributadas, haja vista não ter ficado comprovado o internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus e tais valores passaram a ser considerados como tributados.

Na ação fiscal a autuante esclarece que o impugnante tanto adquire mercadorias tributáveis de outras filiais para revenda, quanto adquire insumos para fabricação dos mesmos produtos

recebidos para revenda e, como não foi possível determinar a qual das aquisições correspondem às operações de saídas com isenção, elabora levantamentos determinando a proporção das saídas isentas e com alíquotas diferenciadas, para, daí, determinar os valores dos créditos fiscais a serem glosados, citando como dispositivos infringidos o art. 100, I, §§ 1º e 2º, III e § 5º, do RICMS/97.

Foi solicitada diligência, tendo através do parecer ASTEC nº 0073/2006, o revisor apresentado planilhas encontrando novos índices percentuais e apontado como valores remanescentes, as quantias de R\$ 12.684,55 (infração 06), R\$4.170,83 (infração 07), R\$36.993,46 (infração 08) e R\$2.481,51 (infração 09).

Observo que a matéria em discussão já foi objeto de reiteradas decisões deste CONSEF em que eram mantidas as exigências dos créditos tributários, tendo, inclusive, a Câmara Superior confirmado o acerto dessas decisões. Também, neste sentido, o Parecer da PGE/PROFIS opinava pela manutenção da exigência do tributo, sob o fundamento de que efetuado o lançamento e notificado o contribuinte, deve ser esclarecido ao mesmo que a exigibilidade do crédito apurado permanecerá suspensa, em face da liminar concedida em MS, nos termos do art. 151 do C.T.N., ou seja, que a ADIN 310-1/AM suspendia a exigibilidade do crédito tributário, porém não impedia a sua constituição.

Entretanto, considerando se tratar de matéria de natureza eminentemente jurídica, e tendo a Segunda Instância deste Colegiado, através dos Acórdãos CJF nºs 0211-12/06, de 17/05/2006 e CJF 0230-11/06, de 13/06/2006, acompanhando novo entendimento da PGE/PROFIS de que na doutrina e na jurisprudência a prevalência de medida cautelar concedida em ADIn atinge a matriz normativa que deu suporte a autuação, impedindo não somente a exigibilidade, como também, a constituição do crédito tributário, ficando, portanto, suspensa a eficácia do Convênio ICMS 06/90, devendo ser aplicada a norma anteriormente vigente, no caso o Convênio ICMS 65/88.

Desta forma, transcrevo parte do voto prolatado pelo ilustre relator da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão CJF nº 0230-11/06, que passa a fazer parte integrante deste voto, conforme abaixo transcrito:

A Decisão recorrida pautou-se em jurisprudência consolidada deste colegiado, cujo fundamento, sempre sintonia com o órgão jurídico do Estado, trazia como premissa, em face do caráter precário de uma Decisão liminar, mesmo em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a necessidade de lançamento do crédito tributário, objetivando prevenir a sua decadência.

Não obstante, esta 1ª Câmara, acompanhando a PGE/PROFIS, em novo entendimento sobre a matéria, através do Acórdão CJF nº 0150-11/06, à unanimidade resolveu acolher a tese do contribuinte, julgando insubstancial o lançamento do crédito tributário. Essa Decisão, evidentemente, criou um importante precedente jurisprudencial, fato que conduz este colegiado a, doravante, analisar as demandas pertinentes a essa matéria com base nos paradigmas advindos desse novo entendimento.

De fato, a doutrina e a jurisprudência, parecem conduzir a um ponto de convergência, a discussão a respeito da matéria que se está a examinar neste processo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, mesmo em decisões preliminares, impõe a observância do seu conteúdo a todos, impedindo a realização de qualquer ato respaldado na norma atingida por aquela Decisão. Isto é o que deflui da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo de julgamento da ADIn perante o STF, cujos § 1º e 2º do artigo 11 assim se expressa:

“Art.11

§ 1º. A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º. A concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

Dessa forma, deferida a medida cautelar, suspendendo a eficácia dos Convênios ICMS 02 e 06/90, sem restrição ao efeito reprimiratório da Decisão, restaurou-se, com eficácia erga omnes, a Cláusula Terceira do referido Convênio ICM 65/88, a qual confere ao contribuinte, o direito à manutenção do crédito dos insumos empregados na fabricação dos produtos destinados a Zona Franca de Manaus. Em consequência, entendo, assim como a Procuradoria, que o poder público está impedido de efetuar lançamento de crédito tributário atinente à matéria albergada pela medida cautelar na ADIn nº 310-DF, desde a sua concessão até Decisão final do processo.

É de se concluir, portanto, que razão assiste ao recorrente no tocante à discussão da matéria principal, em face da impossibilidade jurídica da aplicação das normas atingidas pela referida medida cautelar. Quanto às argüições vinculadas à aplicação da multa por descumprimento da obrigação principal, não comungo com os fundamentos esposados na peça recursal. Todavia, deixo de tecer maiores considerações, até porque, tal discussão deixa de ter relevância neste processo, porquanto insubstancial o lançamento do crédito tributário.

Infração 10- diz respeito a utilização indevida a título de crédito fiscal do valor do ICMS recolhido a título de antecipação tributária, referente a contrato de prestação de serviços de transportadores autônomos nas operações realizadas a preço CIF, tendo o autuado retido e recolhido o imposto sobre as prestações relativas aos serviços de transportes intra-estaduais, tendo a autuante glosado o crédito utilizado com base no disposto no art. 95, II, do RICMS/97, considerando que a partir de 01/03/2004 foi vedado o creditamento do imposto relativo a tais serviços.

O autuado fundamentando-se no disposto no art. 380, I, “b”, do RICMS/97, entende ter direito a utilização de tal crédito e que se tal fato não fosse verdadeiro, teria recolhido indevidamente o imposto, por não se valer de um benefício de isenção. Assim, por ter recolhido indevidamente o imposto, entende fazer jus ao valor a título de repetição de indébito.

Analizando o mérito da autuação, Entendo assistir razão a autuante, pois, apesar de ter, o contribuinte, retido indevidamente o imposto do transportador autônomo, na qualidade de substituto tributário, não poderia ter se creditado a teor do § 1º do art. 73 do RPAF/99, abaixo transcrito:

Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

§ 1º É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

O que se verifica é que o autuado não observou que está dispensado o lançamento e o pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga, nos termos do §7º do art. 1º do RICMS/97, tendo efetuado a retenção. No entanto, jamais poderia se creditar do valor retido, mesmo que indevidamente, considerando que quem suportou o ônus financeiro foi o contribuinte substituído, sendo aplicável à espécie o instituto da restituição. Mantida a infração.

Quanto as infrações 11 e 12 que dizem respeito ao não recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários e ao não recolhimento do ICMS referente a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, o autuado reconhece devidas as irregularidades cometidas e apontadas no Auto de Infração. Mantidas as infrações acima indicadas.

Infração 13 – foi exigido ICMS decorrente do não recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado reconhece devidos os valores de R\$ 32,50 e R\$ 194,50, relativos aos meses de julho e novembro de 2003, informando estar efetuando o recolhimento com os benefícios da anistia dada pela Lei nº 9650/2005. Já em relação aos valores relativos ao exercício de 2004, este comprova descaber a exigência do tributo, haja vista que o mesmo passou a gozar do benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições de bens destinados ao seu ativo fixo, relativamente à diferença de alíquota, para o momento que ocorrer a desincorporação dos mesmos, benefício este, instituído pelo Programa DESENVOLVE, mediante Resolução nº 144/2003, em 12/12/2003. Assim, descabe a exigência crédito tributário, em relação aos meses de março a agosto de 2004, nos valores de R\$211,93, R\$31.212,76, R\$1.897,27, R\$919,74, R\$1.729,16 e R\$29.347,26, no total de R\$65.318,32. Mantida a quantia de R\$ 227,00.

Infração 14 – trata de recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Neste item da autuação a autuante informa que o impugnante havia sido autuado, mediante AI 204090.0005/05-1, tendo naquela oportunidade reconhecido o cometimento da infração, no entanto, verificou-se que os valores cobrados foram inferiores aos devidos, uma vez que o autuado deduziu o ICMS do valor da mercadoria, e, desta maneira reduziu o valor da base de cálculo.

Na impugnação o autuado reconhece devido o valor de R\$ 2.912,25, informando ter providenciado o recolhimento com os benefícios da anistia. Discorda da inclusão dos valores relativos às mercadorias devolvidas pelos compradores, ou seja, das Notas Fiscais nºs 32359 e 32371.

Foram juntadas aos autos cópias reprográficas das notas fiscais nºs 000.644 e 000646, tendo como natureza da operação a entrada de mercadorias não entregues aos destinatários, relativos às operações de saídas, mediante Notas fiscais nºs 32359 e 32371. Pelos mesmos motivos expostos na infração 03, entendo que o autuado comprova ter sido abortada a operação com o retorno das mercadorias ao seu estabelecimento. Assim, concluo não deva ser devida a diferença apontada em relação aos documentos fiscais acima indicados, passando o débito deste item da autuação para R\$ 2.912,25, sendo: R\$77,55, R\$726,38, R\$147,31, 881,72, R\$ 622,62 e R\$456,67, nos meses de janeiro de 2001, agosto a dezembro de 2002, respectivamente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

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 207090.0006/05-8, lavrado contra **INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.965,32**, acrescido das multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” e “F”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

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, 17 de julho de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR