

A. I. Nº - 207090.0006/06-6
AUTUADO - INDÚSTRIAS ANHEMBI S. A.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 27/03/07

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-03/07

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. a) NÃO INCLUSÃO DAS VENDAS DE MERCADORIAS DE TERCEIROS. Elidida parcialmente a exigência fiscal com a apresentação pelo autuado de DAE comprovando recolhimento não considerado no levantamento fiscal. b) PERDA DO BENEFÍCIO FISCAL EM RAZÃO DO RECOLHIMENTO A MENOS. A legislação não prevê a perda do benefício em razão do recolhimento efetuado a menos, e sim pela falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo. Infração não caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) PRESTAÇÕES INTERNAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE POR TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. Nas prestações internas de serviços de transporte de carga, a legislação, estabelece a dispensa do lançamento e do pagamento do imposto, consequentemente, não há utilização de crédito fiscal, relativo a este serviço de transporte. Infração subsistente. b) SERVIÇO INTERESTADUAL DE TRANSPORTE POR TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM ISENÇÃO. Por se tratar de serviço de transporte decorrente de operação isenta, não é permitida pela legislação a utilização do crédito fiscal relativo ao serviço de transporte CIF. Infração subsistente. 3. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. Autuado não comprova o internamento das mercadorias na forma prevista na legislação. Mantida a exigência fiscal. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo do estabelecimento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/12/2006, refere-se à exigência de R\$129.426,48 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte usufrui do Benefício Fiscal DESENVOLVE, desde 11/12/2003, para fabricar produtos de limpeza e higiene, e quando foi apurar o ICMS normal devido pelas operações próprias, não incluiu os valores correspondentes às vendas de mercadorias de terceiros, cujo pagamento do imposto não poderia ser postergado, o que resultou no recolhimento em valores inferiores aos devidos. Além disso, manteve o valor da parcela fixa que deveria ser corrigido pela variação do IGP-M, conforme determina o art. 2º da Resolução 144/2003. Valor do débito: R\$21.785,15.
2. Recolheu a menos o ICMS em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte usufrui do Benefício Fiscal DESENVOLVE, desde 11/12/2003, para fabricar produtos de limpeza e higiene, e quando foi apurar o ICMS normal devido pelas operações próprias, não incluiu os valores correspondentes às vendas de mercadorias de terceiros, cujo pagamento do imposto não poderia ser postergado, o que resultou no recolhimento em valores inferiores aos devidos. Além disso, manteve o valor da parcela fixa que deveria ser corrigido pela variação do IGP-M, conforme determina o art. 2º da Resolução 144/2003. Valor do débito: R\$73.818,40.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente ao valor do imposto recolhido a título de antecipação tributária. O contribuinte realizou vendas de mercadorias a preço CIF para dentro do Estado; contratou serviço de transporte de autônomos, retendo o ICMS devido sobre o serviço de transporte. Entretanto, a partir de 01/01/03 não é permitido o creditamento do imposto relativo a serviço de transporte interestadual. Valor do débito: R\$458,71.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de remetente da mercadoria, relativo a frete de mercadorias nas saídas isentas e não tributáveis, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportador autônomo. O contribuinte vendeu mercadorias a preço CIF para a Zona de Livre Comércio (beneficiadas com isenção, conforme art. 29 do RICMS-BA), sendo o transporte efetuado por transportador autônomo ou transportadora não inscrita neste Estado, efetuou a retenção do ICMS devido pelo transporte, sem ter direito a creditar-se de tais valores, nos meses de março e maio de 2005. Valor do débito: R\$3.083,18.
5. Deixou de recolher o ICMS em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de março, abril, maio, setembro e outubro de 2005. Valor do débito: R\$5.710,01.
6. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no exercício de 2005. Valor do débito: R\$24.571,03

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 291 a 344), alegando, em relação à primeira infração, que habilitou no Programa DESENVOLVE, projeto de expansão de sua capacidade produtiva, e por conta disso, faz jus à dilação do prazo para pagamento de 90% do saldo devedor do ICMS referente à parcela que excede a média mensal dos saldos devedores, apurados nos 24 meses que antecederem o pedido de habilitação no mencionado programa. Diz que após proceder à correção monetária da parcela não sujeita à dilação de prazo, bem como excluir do cálculo, o ICMS decorrente de revendas das mercadorias produzidas pelo estabelecimento paulista do impugnante, o autuante apurou as diferenças entre o ICMS devido e o recolhido. O autuado diz que reconhece a procedência das acusações fiscais neste item do Auto de Infração, salientando que a fiscalização cometeu equívoco no cálculo do imposto devido referente ao mês 05/2005, tendo em vista que o autuante, em vez de diminuir do imposto apurado o valor do ICMS pago no mencionado mês (R\$106.545,26) subtraiu erroneamente o valor de R\$106.108,54. Esclarece que após pagar em 09/06/2005, R\$106.108,54, relativo à competência 05/2005,

efetuou o pagamento complementar no valor de R\$436,72, que não foi considerado pelo autuante quando da lavratura do Auto de Infração. Declara que o imposto devido referente ao mencionado mês é R\$3.930,46, conforme demonstrativo à fl. 298. Assim, pede que seja retificado o imposto exigido na peça acusatória, relativamente ao mês 05/2005.

Infração 02: Alega que parte do débito exigido neste item merece ser afastado, seja porque o autuante incorreu em equívoco ao concluir que a legislação atinente ao DESENVOLVE determina a perda de benefícios em consequência do recolhimento efetuado a menos, seja porque o ICMS relativo às operações de revendas foi calculado de forma equivocada, e o recálculo implicará em aumento da parcela do imposto sujeita à dilação do prazo para pagamento do ICMS. Quanto à alegação de que houve equivocada interpretação da legislação, o defendant assegura que o art. 18 do Decreto 8.205/2002 não autoriza ao Estado exigir do contribuinte, antecipadamente, o imposto sujeito à dilação do prazo, e que, através do Decreto 9.513/2005 foi alterado o Regulamento do DESENVOLVE e o art. 18 trata unicamente de prazo para pagamento da parcela do ICMS não sujeita ao benefício do DESENVOLVE, autorizando ao Fisco exigir dos contribuintes habilitados todo o saldo devedor apurado nas competências em que a parcela não sujeita ao benefício não seja adimplida na data do seu vencimento. Entende que, se a interpretação do art. 18 do Decreto 8.205/2002 ensejasse dúvidas, não poderia o Fisco interpretar o mencionado dispositivo de forma ampla, que deveria ser interpretado da forma mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112, II, do Código Tributário Nacional. Diz que o imposto correspondente à parcela não incentivada (ainda que a menor), das competências de agosto e dezembro de 2005, foi pago nos seus respectivos vencimentos, conforme DAEs que acostou aos autos.

Em relação ao equívoco no cálculo do ICMS, pelas revendas de mercadorias produzidas pelo estabelecimento paulista, diz que o autuante deduziu do ICMS apurado nas competências agosto e dezembro de 2005, os débitos do imposto com CFOP 5102 e 6102, relativos às vendas internas e interestaduais de mercadorias recebidas de terceiros, ou seja, o autuante incluiu no imposto apurado em cada uma das competências autuadas apenas os débitos decorrentes das revendas, quando deveria ter considerado o saldo do imposto decorrente de tais operações. Diz que, ao computar apenas os débitos de ICMS decorrentes das revendas, desconsiderando os créditos correspondentes às entradas das mercadorias, a fiscalização acabou por calcular a maior o imposto decorrente das operações de revendas de mercadorias produzidas por terceiros, e sendo o ICMS um imposto não cumulativo, é permitido ao contribuinte, em cada etapa do processo produtivo, a apropriação de créditos a serem compensados com os débitos do imposto nas saídas subsequentes. Assim, conclui que o saldo do imposto correspondente às revendas do mês 08/2005 é de R\$12.412,51. Do mesmo modo, o ICMS decorrente das operações de revenda em dezembro de 2005 é de R\$11.801,11, conforme demonstrativo à fl. 309. Prosseguindo, o defendant apresenta na fl. 310, demonstrativo correspondente à diferença entre a parcela não sujeita ao incentivo, acrescida do ICMS decorrente das revendas, totalizando o imposto a ser exigido no presente lançamento, em agosto/05, R\$29.771,73 e dezembro/05, R\$44.046,67.

Infração 03: Reproduz o art. 95 do RICMS/97, e alega que em se tratando de operações tributadas, o mencionado dispositivo regulamentar autoriza e legitima a utilização dos créditos relativos ao imposto retido dos transportadores autônomos nas operações a preço CIF, nos caso em que as respectivas operações de circulação de mercadoria sejam tributadas, vedando o aproveitamento de tais créditos nas operações com mercadorias isentas, não tributadas ou enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação. Diz que a fiscalização glosou os créditos utilizados com a interpretação equivocada, uma vez que o mencionado art. 95 não veda a apropriação de créditos do imposto quando o transporte for isento, mas sim quando as operações de circulação de mercadoria o forem. Diz que no presente caso, o defendant não gozou da isenção que lhe beneficiava, tendo recolhido indevidamente o ICMS incidente sobre os serviços de transporte, consequentemente, faz jus à repetição desse indébito, o que na prática ocorreu, com a utilização do crédito fiscal correlato. Salienta que a empresa arcou com o ônus do imposto indevidamente

recolhido, tendo em vista que no preço do serviço de transporte foi embutido o ICMS sobre ele incidente. Pede a improcedência deste item da autuação fiscal.

Infração 04: Alega que a legislação aplicável prevê a manutenção de créditos de ICMS em todas as etapas a serem empregadas na produção e circulação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus, e após a edição da CF/88, “para todos os efeitos fiscais, equiparam-se a exportações, as vendas para a Zona Franca de Manaus”. Transcreve o art. 155 da CF/88 e diz que em estrita observância do disposto no art. 155, XII da Constituição Federal o legislador complementar visando atender à política governamental de incentivo às exportações, dispôs sobre a remessa de bens para o exterior, ficando determinada a manutenção de créditos fiscais em todas as operações e prestações relativas a mercadorias destinadas ao exterior, e dessa forma, os créditos relativos às operações e prestações que destinem mercadorias à Zona Franca de Manaus devem ser mantidos. Diz que a legislação estadual não veda a manutenção desses créditos fiscais, conforme art. 103, do RICMS/97. Por isso, o defendant entende que não assiste razão ao autuante ao afirmar que a empresa não tem direito ao crédito do ICMS retido e recolhido em face de serviços de transporte de mercadorias destinadas à ZFM, considerando o disposto no art. 95, II, do RICMS, salientando que a manutenção de tais créditos encontra respaldo no art. 21, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, “restando evidenciado o descabimento da glosa perpetrada pelo Fisco Estadual”. Salienta que o Convênio nº 60/90 cancelou o benefício da manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados nas operações de remessa de mercadorias para a ZFM, e o Governador do Estado do Amazonas requereu, através da ADIN 310-DF, o reconhecimento de que o mencionado Convênio não poderia ter modificado as regras de isenção previstas no Decreto Lei 288/67; o STF concedeu liminar em 25/10/90, para suspender os efeitos do Convênio 06/90 até decisão final da referida ação, o que ainda não ocorreu. Cita ensinamentos do Prof. Hugo de Brito Machado, e assegura que a pretensão do fisco baiano quanto à glosa dos créditos fiscais não possui respaldo legal, por isso, requer a improcedência da quarta infração.

Infração 05: Reproduz os artigos da legislação, e reconhece que a isenção relativa às operações de remessa de mercadorias à ZFM está condicionada à comprovação de entrada das mercadorias na área beneficiada, mas, em nenhum momento, foi estabelecida a forma pela qual a referida prova deveria ser feita. Transcreve o § 5º, do art. 597, do RICMS/97, argumentando que a despeito da falta de cumprimento da obrigação acessória prevista no mencionado dispositivo regulamentar, esta obrigação é do transportador e não do remetente das mercadorias, haja vista que, “o fato é que o produto vendido pelo impugnante efetivamente ingressou na Zona Franca de Manaus”, por isso, entende que é descabida a exigência fiscal. Diz que, uma vez comprovado que as mercadorias foram remetidas a destinatários situados na ZFM e por estes recebidas, resta comprovada a condição estabelecida na legislação para gozo da isenção, ainda que o contribuinte não logre comprovar o internamento junto à SUFRAMA. Neste sentido, cita julgados do CONSEF, e assegura que, sendo comprovado por outros meios que as mercadorias ingressaram na Zona Livre de Comércio, deve ser assegurada a isenção do imposto. Diz que está reunindo a documentação necessária à comprovação de que as operações referem-se a vendas de mercadorias para a ZFM, e que as mercadorias foram entregues aos seus destinatários, mas até o momento não logrou êxito para comprovar o alegado, e requer seja assegurado o direito de juntar essa comprovação posteriormente. O defendant entende que não deve ser apenado pela falta de cumprimento de obrigação acessória, sob pena de afronta ao princípio da pessoalidade da pena, tendo em vista que a infração foi cometida pelo transportador.

Infração 06: Inicialmente, alega que formulou consulta à SEFAZ com o objetivo de obter um pronunciamento acerca da incidência da diferença de alíquota no recebimento de material de uso e consumo oriundo de outro Estado, com isenção ou não incidência do imposto. Em resposta, o órgão fazendário emitiu parecer transcrevendo o art. 7º, III, do RICMS-BA, e a despeito da clareza do mencionado dispositivo regulamentar, o parecer foi concluído no sentido de que, se a isenção for decorrente de benefício concedido pelo Estado da origem das mercadorias, sem estar embasado em convênio, será devido o pagamento da diferença de alíquota. Entretanto, o

defendente discorda do agente fazendário responsável por responder a consulta; cita o art. 7º, III, “a”, do RICMS-BA, e salienta que as operações autuadas são meras transferências de materiais de uso ou consumo do estabelecimento matriz, situado no Estado de São Paulo, para o estabelecimento filial na Bahia, e sendo assim, entende que houve apenas circulação física das mercadorias, não se operando o fato gerador do ICMS, que se implementa quando da circulação econômica do bem. Transcreve o art. 155, II, da Constituição Federal e ensinamentos de Hugo de Brito Machado, Aliomar Baleiro e J. X. Carvalho Mendonça. Além do posicionamento da doutrina, o defendente também cita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que o posicionamento do STJ já se encontra pacificado, inclusive, com a Súmula 166/96. Portanto, o defendente entende que as transferências realizadas entre estabelecimentos do mesmo titular não constituem hipóteses de incidência do ICMS, não fazendo nascer a obrigação de pagar o imposto ou diferença de alíquota correspondente. Finaliza, requerendo: a) em relação à primeira infração, que seja retificado o valor do imposto exigido referente ao mês 05/2005, e homologado o pagamento efetuado; b) quanto à infração 02, que sejam retificadas as quantias exigidas correspondentes aos meses de agosto e dezembro de 2005 porque não procede a interpretação do agente fazendário de que o recolhimento a menos do ICMS implica na perda dos benefícios do DESENVOLVE, bem como, que seja retificado o imposto, devendo considerar os débitos e créditos relativos às entradas, no estabelecimento autuado, das mercadorias produzidas no estabelecimento paulista, e que seja homologado o pagamento efetuado; c) quanto às infrações 04, 05, 06, que sejam julgadas totalmente improcedentes, protestando pela juntada posterior de documentos que comprovem as operações autuadas no item 05, correspondentes às mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 365 a 370 dos autos, diz que acata a redução pretendida pelo autuado quanto à primeira infração, tendo em vista que o valor de R\$436,72 foi recolhido, conforme DAE à fl. 351, e o mencionado valor não foi computado no levantamento fiscal.

Quanto à infração 02, a autuante aduz que o Fisco não autua por interpretação da Lei, tendo em vista que o Auditor Fiscal exerce atividade vinculada. Entende que é imprópria a citação pelo autuado do art. 112 do CTN, argumentando que o caput do mencionado dispositivo legal refere-se a infração e penalidades, e a autuação trata da perda de benefício fiscal, regulamentada no art. 11, do RICMS/97. Diz que são pontos específicos entre a fiscalização e o contribuinte, que a falta da correção da parcela fixa e a falta da exclusão da dilação das operações referentes à comercialização dos produtos de terceiros, resultaram em valor do ICMS recolhido menor do que o valor mínimo a recolher, relativamente aos meses de agosto e dezembro de 2005. Discorda do autuado em relação ao erro indicado nas razões de defesa, referente aos créditos por aquisições de mercadorias de terceiros, esclarecendo que todos os créditos foram aproveitados na sua totalidade quando da apuração do ICMS da empresa, conforme fl. 09 do presente processo. Por isso, diz que não há fundamento a alegação defensiva.

Infração 03: Informa que o defendente já foi autuado anteriormente pela mesma infração, tendo julgamento pela procedência da autuação, conforme Acórdão JJF Nº 0249-01/06 (fl. 73 do PAF). Salienta que o contribuinte jamais poderia utilizar o crédito fiscal correspondente ao valor retido porque quem suportou o ônus financeiro foi o contribuinte substituído.

Infração 04: Salienta que contribuinte também já foi autuado anteriormente, tendo julgamento pela procedência da autuação (Acórdão JJF Nº 0249-01/06). Diz que em relação ao argumento defensivo relacionado à ADIN, o preposto fiscal não tem competência para confrontar com a legislação estadual.

Infração 05: Também já houve Auto de Infração anterior, pela mesma infração, julgado procedente (Acórdão JJF Nº 0249-01/06). Quanto ao prazo requerido pelo defendente para comprovar o internamento das mercadorias, diz que, no exercício de função vinculada, não pode se afastar do previsto em Lei.

Infração 06: Ressalta que o autuado recebeu mercadorias destinadas ao uso/consumo do estabelecimento, oriundas de sua matriz em São Paulo, deixando de recolher a diferença de alíquotas. Reproduz os dispositivos da legislação pertinente, inclusive do RICMS-BA e a legislação do Estado de São Paulo. Informa que os documentos comprobatórios da infração apurada está entre as fls. 129 e 266, bem como a cópia da consulta formulada pelo deficiente à fl. 76. Mantém a exigência fiscal.

A autuante finaliza, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Na sessão de julgamento, o representante legal do autuado apresentou e solicitou a juntada aos autos, das cópias das Notas Fiscais de números 50150, 50882 e 54377, acompanhadas de cópias do Livro Registro de Entradas de Mercadorias dos destinatários, para tentar comprovar alegações defensivas quanto à infração 05.

VOTO

A primeira infração, refere-se ao recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, tendo em vista que de acordo com a descrição dos fatos, o autuado usufrui do Benefício Fiscal DESENVOLVE, para fabricar produtos de limpeza e higiene, e quando apurou o ICMS normal devido pelas operações próprias, não incluiu os valores correspondentes às vendas de mercadorias de terceiros, cujo pagamento do imposto não poderia ser postergado. Além disso, manteve o valor da parcela fixa que deveria ser corrigido pela variação do IGP-M, conforme determinam os §§ 4º e 5º, do art. 3º, do Decreto 8.205/02, e o art. 2º da Resolução 144/2003.

O autuado diz que reconhece a procedência das acusações fiscais neste item do Auto de Infração, salientando que a fiscalização cometeu equívoco no cálculo do imposto devido referente ao mês 05/2005, tendo em vista que o autuante, em vez de diminuir do imposto apurado o valor do ICMS pago no mencionado mês (R\$106.545,26) subtraiu erroneamente o valor de R\$106.108,54, esclarecendo que após pagar em 09/06/2005, R\$106.108,54, relativo à competência 05/2005, efetuou o pagamento complementar no valor de R\$436,72, o que não foi considerado pelo autuante quando da lavratura do Auto de Infração.

Considerando que a autuante acatou a alegação defensiva tendo em vista que o valor de R\$436,72 foi recolhido, conforme DAE à fl. 351, e o mencionado valor não foi computado no levantamento fiscal, considero parcialmente procedente este item do Auto de Infração, ficando reduzido o débito correspondente ao mês 05/2005 para R\$3.930,46. Consequentemente, o total do débito fica alterado para R\$21.348,43.

Infração 02: Recolheu a menos o ICMS, em razão da falta de inclusão dos valores correspondentes às vendas de mercadorias de terceiros, cujo pagamento do imposto não poderia ser postergado. Além disso, manteve o valor da parcela fixa que deveria ser corrigido pela variação do IGP-M, conforme determinam os §§ 4º e 5º, do art. 3º, do Decreto 8.205/02, e o art. 2º da Resolução 144/2003, perdendo direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE.

Conforme Regulamento aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, o Programa DESENVOLVE tem como objetivo estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com a geração de novos produtos ou o aperfeiçoamento das características que traduzam um aumento significativo da competitividade do produto final da empresa. Dessa forma, entende-se que o mencionado Programa foi implantado para fomentar e diversificar a cadeia produtiva neste Estado, visando o seu desenvolvimento econômico e social, e nesta linha de raciocínio, não é razoável admitir incluir as mercadorias adquiridas de terceiros, para comercialização pelo contribuinte que está usufruindo o benefício deste Programa.

A Resolução 144/2003 (fl. 43) estabelece a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo é a que excede o valor de R\$106.108,54, devendo ser corrigido esse valor a cada doze

meses, pela variação do IGP-M, o que está em conformidade com os §§ 4º e 5º do Regulamento do DESENVOLVE, dispositivos não observados pelo autuado.

Em relação ao exercício de 2005, a autuante, no demonstrativo à fl. 09, apurou o ICMS mensalmente devido, inclusive os meses de agosto no valor de R\$139.188,25 e dezembro no valor de R\$155.049,29. Considerou a parcela mínima, corrigida pelo IGP-M, adicionada ao imposto devido pelas vendas de mercadorias de terceiros, apurando os valores mínimos a recolher, de R\$138.116,51 (agosto) e R\$139.696,39 (dezembro). Como o autuado recolheu a menos as quantias correspondentes aos citados meses, são devidas as diferenças de R\$28.699,99 (agosto) e R\$28.693,77 (dezembro). Além disso, a autuante exigiu também as parcelas sujeitas à dilação (diferença entre o imposto devido e o valor mínimo a recolher) em cada mês adicionando essas parcelas (R\$1.071,74 referente a agosto e R\$15.352,90 relativo a dezembro), por entender que o contribuinte perdeu o direito a utilizar o benefício.

O art. 18 do Regulamento do Programa DESENVOLVE estabelece: “a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.

Vale ressaltar, que a redação atual do citado art. 18, foi dada pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/2005, DOE de 11/08/2005, estando previsto na redação original: “a empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por três meses consecutivos, ou seis meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo”.

Pelo dispositivo regulamentar acima reproduzido, o contribuinte habilitado perde o direito ao benefício da dilação de prazo em relação à parcela incentivada, quando não recolher a parcela não sujeita à dilação, e no caso em exame, ficou comprovado que houve recolhimento efetuado a menos, e por isso, considero que são devidas as diferenças apuradas pela autuante de R\$28.699,99 (agosto) e R\$28.693,77 (dezembro), e não devem ser incluídas as parcelas sujeitas à mencionada dilação do prazo.

Quanto à alegação defensiva de que devem ser considerados os créditos fiscais relativos às entradas das mercadorias adquiridas de terceiros para comercialização, concordo com os argumentos da autuante, de que todos os créditos foram computados na sua totalidade quando da apuração do ICMS da empresa, conforme levantamento fiscal à fl. 09 e fotocópia do livro RAICMS, fls. 95 a 119. Por isso, não se deve computar outra vez os mesmos créditos fiscais já utilizados pelo contribuinte na escrituração dos livros fiscais, quando da entrada das mercadorias. Infração subsistente em parte, tendo em vista que são devidas as diferenças de R\$28.699,99 (agosto) e R\$28.693,77 (dezembro), totalizando R\$57.393,76.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, considerando que o contribuinte realizou vendas de mercadorias a preço CIF, para dentro do Estado, contratou serviço de transporte de autônomos, retendo o ICMS devido sobre o serviço de transporte.

O autuado alega que em se tratando de operações tributadas, a legislação autoriza e legitima a utilização dos créditos relativos ao imposto retido dos transportadores autônomos nas operações a preço CIF. Diz que não gozou da isenção que lhe beneficiava, tendo recolhido indevidamente o ICMS incidente sobre os serviços de transporte, consequentemente, faz jus à repetição desse indébito, o que na prática ocorreu, com a utilização do crédito fiscal correlato. Salienta que a empresa arcou com o ônus do imposto indevidamente recolhido, tendo em vista que no preço do serviço de transporte foi embutido o ICMS sobre ele incidente.

Em relação às prestações internas de serviços de transporte de carga, o § 7º, do art. 1º, do RICMS/97, estabelece a dispensa do lançamento e do pagamento do imposto, dispositivo que foi acrescentado pela Alteração de nº 38, com efeitos a partir de 01/01/2003.

Pelas Notas Fiscais emitidas pelo autuado (fls. 78 a 94), está comprovado que se trata de

operações internas, constando no campo relativo às informações complementares que o ICMS sobre o serviço de transpor foi retido na fonte.

Observo que o autuado pretende compensar o imposto recolhido indevidamente com a utilização de crédito fiscal, entretanto, tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido indevidamente, podendo o contribuinte requerer a restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99. Portanto, não assiste razão ao autuado em relação à utilização do crédito fiscal, e considero procedente este item do Auto de Infração.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de remetente da mercadoria, relativo a frete de mercadorias nas saídas isentas e não tributáveis, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportador autônomo. O contribuinte vendeu mercadorias a preço CIF para a Zona de Livre Comércio (beneficiadas com isenção, conforme art. 29 do RICMS-BA), sendo o transporte efetuado por transportador autônomo ou transportadora não inscrita neste Estado.

O defendant alega que a legislação aplicável prevê a manutenção de créditos de ICMS em todas as etapas a serem empregadas na produção e circulação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus, e após a edição da CF/88, “para todos os efeitos fiscais, equiparam-se a exportações, as vendas para a Zona Franca de Manaus”.

O art. 29, do RICMS/97, prevê a isenção das operações com produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus e a outras áreas da Amazônia, estabelecendo que o benefício está condicionado a que o estabelecimento destinatário esteja situado no Município de Manaus.

Considerando a previsão quanto no RICMS, art. 95, inciso I, alíneas “b” e “c”, e inciso II, relativo à utilização do crédito fiscal correspondente aos serviços de transporte nas operações a preço CIF, e que a legislação estadual estabelece a isenção para os produtos destinados à Zona Franca de Manaus, entendo que não se trata de manutenção de crédito fiscal, como alegou o autuado. Se a operação é isenta, não há que se falar em utilização de crédito fiscal.

Constatou que na infração 05, foi incluída a Nota Fiscal de nº 50.150 (demonstrativo à fl. 267), que também foi objeto desta infração (fl. 120). Como foi considerada a operação tributada, exigindo-se o respectivo imposto, entendo que o crédito fiscal relativo ao serviço de transporte correspondente deve ser acatado, no valor de R\$769,59, excluindo-se o mencionado valor do lançamento neste item da autuação fiscal.

Portanto, a exigência fiscal é subsistente em parte, no valor de R\$3.183,59.

Infração 05: Deixou de recolher o ICMS em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de março, abril, maio, setembro e outubro de 2005.

O defendant alega que, se for comprovado que as mercadorias foram recebidas pelos destinatários, resta comprovada a condição estabelecida na legislação para gozo da isenção, ainda que o contribuinte não logre comprovar o internamento junto à SUFRAMA. Diz que está reunindo a documentação necessária à comprovação de que as operações referem-se a vendas de mercadorias para a ZFM, e requer seja assegurado o direito de juntar essa comprovação posteriormente.

Observo que o autuado reconhece a necessidade de o estabelecimento remetente comprovar o efetivo internamento das mercadorias, haja vista que o benefício da isenção está condicionado a essa comprovação, e de acordo com o art. 11, do RICMS/97, quando a fruição de benefício

depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação.

Referente à comprovação do internamento das mercadorias, o RICMS estabelece:

Art. 598. Observar-se-á o disposto no Convênio ICMS 36/97, sem prejuízo de outros controles fiscais previstos ou que venham a ser estabelecidos:

I - no tocante à comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento;

II - no tocante aos procedimentos fiscais a serem adotados;

Por sua vez, o Convênio 37/96, prevê, em relação à formalização do internamento das mercadorias:

Cláusula oitava A formalização do internamento consiste na análise, conferência e atendimento dos requisitos legais referentes aos documentos fiscais retidos por ocasião da vistoria, nos termos do § 1º da cláusula quarta, por meio dos quais foram acobertadas as remessas de mercadorias para as áreas incentivadas.

Cláusula décima terceira Decorridos no mínimo 120 (cento e vinte) dias da remessa da mercadoria, sem que tenha sido recebida pelo fisco da unidade federada informação quanto ao ingresso daquela nas áreas incentivadas, será iniciado procedimento fiscal contra o remetente mediante notificação exigindo, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apresentação:

I - da Certidão de Internamento referida na cláusula oitava;

II - da comprovação do recolhimento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais;

III - de parecer exarado pela SUFRAMA e SEFAZ/AM em Pedido de Vistoria Técnica.

§ 1º Apresentado o documento referido no inciso I, o fisco cuidará de remetê-lo à SUFRAMA que, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, prestará informações relativas ao internamento da mercadoria e à autenticidade do documento.

Na sessão de julgamento, o representante legal do autuado apresentou fotocópias das folhas do livro Registro de Entradas dos destinatários das mercadorias constantes nas Notas Fiscais de números 50.150, 50.882 e 54377, para tentar comprovar o internamento na Zona Franca de Manaus. Entretanto, à luz do RICMS/97 e do Convênio ICMS 36/97 que dispõe sobre os procedimentos relativos ao ingresso de produtos industrializados de origem nacional na ZFM, com isenção do ICMS, a comprovação a ser efetuada pelo remetente, e não pelo transportador, como entendeu o autuado, conforme previsto na Cláusula décima terceira do mencionado Convênio, acima reproduzida. Portanto, a documentação apresentada para tentar comprovar as alegações defensivas está em desacordo com a previsão do RICMS e Convênio 36/97, não podendo ser acolhida.

Quanto ao pedido para que seja assegurado o direito para juntar a comprovação necessária, esse direito foi assegurado, de acordo com o art. 123, do RPAF-BA, haja vista que é assegurado ao sujeito passivo fazer impugnação do lançamento, e essa impugnação deve ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como a documentação apresentada pelo deficiente é insuficiente para comprovar, na forma indicada na legislação, as suas alegações constituem simples negativa do cometimento da infração o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração subsistente.

Infração 06: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.

O autuado apresenta o entendimento de que não é devida a diferença de alíquota, por se tratar de meras transferências de materiais de uso ou consumo do estabelecimento matriz, situado no

Estado de São Paulo, para o estabelecimento filial na Bahia, e sendo assim, alega que houve apenas circulação física das mercadorias, não se operando o fato gerador do ICMS.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

Assim, entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que a legislação prevê a incidência da diferença de alíquotas em decorrência da entrada e não da aquisição dos materiais, e no caso em exame, se trata de transferência em caráter definitivo, devendo ser recolhido o ICMS.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	21.348,43
02	PROCEDENTE EM PARTE	57.393,76
03	PROCEDENTE	458,71
04	PROCEDENTE EM PARTE	2.313,59
05	PROCEDENTE	5.710,01
06	PROCEDENTE	24.571,03
T O T A L	-	111.795,53

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0006/06-6, lavrado contra **INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$111.795,53, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a” e VII, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR