

A. I. Nº - 141596.0106/07-2
AUTUADO - POLO QUÍMICA LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 13.11.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0335-04/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração descrita erroneamente, decidindo-se o mérito a favor do contribuinte, sendo ultrapassada a preliminar de nulidade. Infração improcedente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. VENDA PARA EMPRESAS ENQUADRADAS NO SIMBAHIA. Ficou comprovado que o contribuinte procedeu de acordo com o previsto no art. 51, II, § 1º do RICMS/97. Infração elidida. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS – DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA A multa restringe-se à ação fiscal, não importando em quantas ocorrências foram detectadas. Infração parcialmente elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor comercial daquelas que não estão sujeitas a tributação. Infração subsistente em parte. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis. Infração não elidida. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO PROGRAMA “DESENVOLVE”. Para o cálculo do benefício fiscal previsto no programa DESENVOLVE devem ser excluídas as operações com mercadorias adquiridas de terceiros. Infração comprovada. **b)** ERRO NO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. Infração comprovada. 6. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Fato não negado pelo sujeito passivo. 7. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, totalizando o valor histórico de R\$ 255.320,21, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97. (Valor histórico: R\$ 108.281,87; percentual da multa aplicada: 60%).
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. (Valor histórico: R\$ 12.937,24; percentual da multa aplicada: 60%).
3. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentados através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). (Valor da multa fixa aplicada: R\$ 1.820,00).
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não-tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal. (Valor histórico: R\$ 624,01; percentual da multa aplicada: 1%).
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. (Valor histórico: R\$ 64.306,01; percentual da multa aplicada: 10%).
6. Recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. (Valor histórico: R\$ 58.286,57; percentual da multa aplicada: 100%).
7. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação do prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. (Valor histórico: R\$ 1.123,76; percentual da multa aplicada: 60%).
8. Deixou de escriturar Livro(s) Fiscal(is). (Valor da multa fixa aplicada: R\$ 1.380,00).
9. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. (Valor histórico: R\$ 6.560,75; percentual da multa aplicada: 70%).

O autuado, por meio de advogado, ingressa com defesa às fls. 376 a 405, apresentando as seguintes alegações:

Preliminarmente, assevera que as infrações do presente Auto refletem entendimento particularmente adotado pelo autuante, passível de questionamentos, defendendo, desde já, a procedência parcial da ação fiscal realizada.

Com relação à infração de nº 01, argüi sua nulidade, sob a alegação de que os anexos se referem, na realidade, a saídas do produto “redutor”, produzidas pelo impugnante, enquanto o autuante afirma tratar-se de obrigação de antecipação do ICMS relativa a aquisições interestaduais de mercadorias, destacando que tal erro de enquadramento caracteriza violação dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bem assim que o referido produto não é abrangido pela regra de substituição tributária, não cabendo à empresa a obrigação de antecipar o pagamento do imposto na ocasião de suas saídas.

Acusa também desrespeito ao princípio da legalidade estrita, vez que o autuante não indicou qual o produto, dentre os constantes do Anexo 88 do RICMS/97, foi comercializado pela empresa, bem como não apresentou a respectiva motivação, protestando, assim, pela nulidade da infração de nº 01 com suporte no artigo 18, IV, “a”, do RPAF. Em caráter subsidiário, alega a improcedência da mesma infração 01, argumentando que o fato de o produto “redutor” não figurar no Anexo 88 do RICMS/97, retira a obrigação da empresa de recolher o ICMS na qualidade de substituto tributário.

Ademais, aduz que o produto “redutor”, nem mesmo se assemelha a qualquer dos produtos relacionados no item 17 do Anexo 88, salientando que tal afirmativa transgrediria os convênios ICMS 74/94 e 28/95, que exigem a observância da respectiva codificação segundo o NCM, bem como violaria o quanto disposto no §1º do artigo 108 do CTN.

Na verdade, a impugnante produz e comercializa o redutor, uma mistura de hidrocarbonetos aromáticos, obtida após um complexo procedimento industrial, que se enquadra no item 2707.50.00 da NCM, dentro do capítulo 27, correspondente aos “combustíveis minerais, óleos minerais, e produtos de sua destilação; matérias betuminosas; ceras minerais”. Por força de sua classificação fiscal, essa mercadoria não se insere na regra de substituição tributária. Lembra que os Convênios ICMS 74/94 e 28/95 exigem respeito à “respectiva codificação segundo o NCM”.

Portanto, se o autuante contesta esse fato, deveria ter lavrado infração para cobrar o imposto devido por substituição, referente às saídas de mercadorias comercializadas pelo contribuinte, e não por supostas aquisições deste produto em outros Estados da Federação.

A respeito da infração 02, defende sua improcedência com base na alegação de que a IN nº 38/94 determina que o cálculo do ICMS nas saídas para as empresas do SIMBAHIA deve considerar o desconto no preço do produto, estipulado pelo fator fixo de 10,75269%. Aduz que formulou consulta ao Plantão Fiscal, obtendo resposta favorável à redução da base de cálculo.

Contudo para a fiscalização, o cálculo do ICMS devido resulta na aplicação da alíquota de 7% sobre a base de cálculo “cheia” do produto, desconsiderando o desconto previsto no art. 51, § 1º do RICMS/97, o que não corresponderia à legislação da matéria.

Quanto à infração 03, afirma que, apesar do equívoco apontado pela autuação ter ocorrido nas 13 DMA’s, fora descumprida apenas uma obrigação acessória, o que resultou em imposição de penalidade pecuniária desproporcional e desarrazoada, frisando que o erro cometido pela empresa foi involuntário.

No que tange à infração 04, declara que as notas fiscais de nºs 12231, 12275 e 1232, todas de maio de 2005, foram devidamente escrituradas, conforme cópia anexa do livro Registro de Entradas, requerendo, assim, sejam excluídas do lançamento fiscal.

Com relação à infração 05, impugna a aplicação da multa de 10%, informando que as mercadorias devem ser consideradas não-tributáveis, posto que correspondem a bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento, ressaltando que a fiscalização arrolou outras notas fiscais relativas a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, como se fossem tributáveis, o que torna inválida, da mesma forma, a incidência da multa de 10%.

Ainda, sugere a redução do percentual da multa acima para 1%, destacando que a ação fiscal englobou algumas notas fiscais de venda que devem ser excluídas da infração de nº 05, consoante planilha anexa, por serem de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento. Devem ser considerados não tributáveis, seja porque não saem do seu estabelecimento, seja porque não são tributadas em sua saída.

A respeito da falta de escrituração de mercadorias no livro Registro de Entradas, relativamente às infrações 04 e 05, atribui tal equívoco ao desconhecimento da legislação tributária e à desorganização documental da empresa, defendendo para o caso, em virtude da infração ter sido praticada de maneira involuntária, a aplicação do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Assim, requer o cancelamento das aludidas infrações e, subsidiariamente, sua redução, transcrevendo, para dar respaldo ao seu pedido, os acórdãos CJF 0206-12/05, CJF 0542-12/06 e JJF 0186-01/02.

Quanto à infração 06, argumenta que a indicação incorreta do CFOP em algumas notas teria induzido a fiscalização a erro, motivo pelo qual operações tipicamente industriais foram consideradas como comerciais, assim como que as informações do CFOP 5102, relativas a venda de mercadoria adquirida de terceiro, especialmente “álcool anidro”, “querosene” e “tolueno”, se

encontram equivocadas, tendo em vista que os mencionados produtos são efetivamente industrializados, por serem submetidos a processo de embalagem antes da comercialização, conforme previsto no artigo 4º, IV, do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados – RIPI, aprovado pelo Decreto 4.544/02.

Esse mesmo equívoco tem repercussão nas entradas destas mercadorias, que apresentaram CFOP 2102 (compra para comercialização), quando o correto seria compra para industrialização, na forma descrita anteriormente.

Em relação aos outros produtos, salta aos olhos o fato de que se encontram dentro do cálculo do DESENVOLVE. É o caso do “Redutor Pólo”, “Batida de Pedra Pólo” e “Cola Plástica Pólo”, “Aguarrás Pólo”, Massa Corrida Pólo” “Solenpolo”, por exemplo, que são mercadorias produzidas pela impugnante, e estão incluídas no cálculo do Desenvolve.

Reconhece que ocorreu a indicação incorreta do CFOP (5110, p.ex), valendo as considerações sobre a impossibilidade de uma falha formal validar a cobrança de tributo.

Concernente à infração 07, salientando não ter compreendido os termos da autuação, requer sua improcedência acreditando que tenha sido decorrente da infração anterior.

Se assim for, requer a sua improcedência, nos termos deduzidos anteriormente.

Com relação à infração 08, argüi a ocorrência de *bis in idem*, vez que já teria a empresa sido autuada em fiscalização anterior pelo mesmo fato, tendo realizado o respectivo pagamento naquela ocasião.

No que toca à infração 09, argumenta que a ação fiscal se baseia em mera presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis por manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Destacando que, em decorrência do fato de a empresa ser beneficiária do DESENVOLVE, a presunção de omissão de saídas deve respeitar a forma de pagamento do imposto não presumido, o que torna inviável a aplicação da alíquota de 17%.

Afirma que não há prova material de que o autuado omitiu saídas de produtos tributáveis, ao revés, o autuante identificou algumas obrigações supostamente mantidas no passivo, reputando-as como prova indireta da ocorrência do fato gerador do ICMS, aplicando a alíquota de 17%, o que inclusive já teria sido rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão que menciona no Recurso Extraordinário nº 80.695-4.

Ademais, a prosperar esta infração, materializar-se-á uma grande incongruência, pois o imposto presumido será cobrado da forma mais gravosa do que o imposto real do contribuinte, que é pago com dilação de prazo de 90% do saldo devedor, em 72 meses.

Assim, seja porque não houve passivo fictício, seja porque a forma de cálculo da infração desrespeita a legislação do DESENVOLVE, esta infração deve ser julgada improcedente.

Ante o exposto, argüi a nulidade do presente Auto de Infração e, subsidiariamente, sua improcedência.

O autuante presta informação fiscal às fls. 496 a 506, nos seguintes termos:

Inicialmente, com relação ao argumento da defesa de que houve erro de descrição na infração 01, afirma que a suposta ocorrência não prejudicou o autuado, haja vista que os cálculos permanecem os mesmos que se encontram previstos às fls. 99 a 115 do presente PAF, ressaltando que o “redutor” é um tipo de solvente incluído no item 17 do Anexo 88 e no item 16 do inciso II do artigo 353 do RICMS, não tendo a empresa apresentado prova em contrário, mas afirmado que nunca escrutou o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, apesar de ter sido intimada para tanto.

Aduz que o autuado se recusou a apresentar seus relatórios de produção, sob a justificativa de jamais ter efetuado tal controle, salientando que a empresa já havia sido autuada pelo Fisco com

base na mesma infração, tendo sido esta julgada procedente, bem como que a informação sobre a natureza do “redutor” foi obtida junto a funcionários da própria empresa.

Sendo assim, informando ter renovado a intimação da empresa para que fosse fornecido o livro acima referido, ratifica os termos da autuação relativamente à infração 01, pondo em questão o merecimento do autuado de ser beneficiário do DESENVOLVE.

Quanto à infração 02, assevera que a IN 38/94 já não se encontrava em vigor à época dos exercícios fiscalizados por força do advento do RAICMS, que prevê, em seu artigo 51, §1º, II, a atual forma de cálculo do imposto, transcrevendo, também, o Parecer PGE/PROFIS de 10/05/2006 para dar suporte à informação e o acórdão de nº 2540406, referente ao PAF 874610006058-A.

A respeito da infração 03, argumenta que trata-se de prática reincidente do autuado, tendo ocorrido sucessivamente em vários meses de um mesmo exercício, ressaltando que o RAICMS não estabelece limite para a aplicação da penalidade correspondente.

No que tange às infrações 04 e 05, declara que ficaram comprovados os registros, no livro RE, das notas fiscais de nºs 12231, 12275 e 12332, sendo que os valores respectivos de R\$ 60,36, R\$ 151,01 e R\$ 118,35 devem ser excluídos, assim como que improcede o pedido de redução da multa para 1%, vez que os documentos fiscais que acobertaram as operações respectivas registram em destaque o valor do ICMS incidente sobre as mercadorias, frisando que a multa de 10% é prevista no inciso IX do artigo 915 do RICMS. Além disso, alega que não há nos mesmos documentos fiscais referência ao regime de substituição tributária, ressaltando que tais documentos fiscais não foram sequer registrados.

Sobre a infração de nº 06, afirma que o autuado não apresentou provas de que efetivamente industrializa os produtos “álcool anidro”, “querosene” e “tolueno”, posto que não disponibilizou o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

Ademais, sustenta a lisura da infração de nº 07, referente às parcelas constantes na coluna “parcela a dilatar” das planilhas acostadas às fls. 44, 51 e 57 do PAF, depois de devidamente atualizadas, fls. 61 a 69, conforme a Resolução Desenvolve do autuado. Esclarece que tais cálculos levaram em consideração a apuração referente à infração anterior, na medida em que foram expurgados valores relativos às operações não albergadas pelo benefício fiscal. Os valores foram transportados por período, para a tabela de fl. 41 do processo.

Salienta que a própria empresa admite ser reincidente na infração de nº 08, por não ter apresentado livro fiscal de escrituração obrigatória, o que impossibilitou a realização de roteiros fiscais que teriam como base o citado livro.

Por fim, declara manter os termos da infração 09, alegando que o autuado, além de não comprovar a improcedência do item, “absurdamente”, reivindica que o benefício fiscal a que tem direito alcançasse a sonegação praticada.

VOTO

Inicialmente destaco que o contribuinte recebeu cópia de todos os demonstrativos, que fazem parte integrante deste Auto de Infração, lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99, razão porque passo ao exame do seu mérito.

Na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

A mercadoria objeto da infração é o redutor, de fabricação do autuado, cujo imposto por antecipação está calculado na planilha de fls. 99 a 115 do PAF.

O autuado, ao apresentar sua peça de defesa clama pela nulidade deste item, por flagrante equívoco na descrição da infração e no enquadramento legal, pois ambos reportam-se às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, e os demonstrativos anexos ao Auto de Infração, tratam de substituição tributária de “redutor”, hipótese em que o sujeito passivo por substituição deve fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

O autuante na informação fiscal reconhece que a descrição da infração foi equivocada, mas que tal fato não prejudicou o contribuinte, que a entendeu, e exerceu plenamente o seu direito de defesa, não lhe causando qualquer prejuízo, mormente quando os cálculos da planilha de fls. 99 a 115 permanecem os mesmos, com demonstrativo resumo à fl. 32.

Embora o contribuinte tenha exercido sua defesa, negando inclusive que o produto redutor esteja enquadrado no regime de substituição tributária, entendo que a infração não pode subsistir, pois há flagrante insegurança jurídica quanto à infração, pois inegavelmente o erro na descrição fática e no enquadramento legal levam à nulidade da autuação fiscal.

Assim, caberia a aplicação do disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pois o erro na indicação do dispositivo regulamentar, além do erro na descrição dos fatos implica em nulidade da infração.

Contudo, podendo decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, (art. 249, § 2º do CPC), prossigo no seu exame, haja vista que o produto “redutor”, tipo de solvente, conforme indica o autuante, codificado na NCM 2707.50.00 não está relacionado no inciso II, item 16 do art. 353 do RICMS/97, não sendo portanto objeto do regime de substituição tributária.

É que o contribuinte alienante, neste Estado, de tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convés. ICMS 74/94 e 28/95) estão obrigados a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, devidamente listadas no art. 16, item II do RICMS/97, no qual a NCM 2707.50.00 não se encontra.

Outrossim, em consulta via Internet da NCM, que passou a constituir a nova nomenclatura Brasileira de Mercadoria, baseada no Sistema Harmonizado (NBM/SH), para todos os efeitos do Decreto-lei nº 1.154/71, constatei que a NCM 2707.50.00, refere-se à “outras misturas de hidrocarbonetos aromáticos que destilem, incluídas as perdas, uma fração superior ou igual a 65%, em volume, a 250%, segundo o método ASTM D 86”.

Infração improcedente.

A infração 02 decorreu do recolhimento a menos do ICMS devido a erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias para empresas inscritas no SIMBAHIA.

A empresa ao efetuar os cálculos do desconto concedido na condição de empresa industrial, ao efetuar vendas a microempresas, entendeu que deveria obtê-lo considerando o desconto no preço do produto, estipulado por fator fixo de 10,75269%, e a partir desta base de cálculo aplicar a alíquota de 7%, consoante resposta obtida no plantão fiscal, com base na Instrução Normativa 38/94, adaptada ao art. 51, § 1º II do RICMS/97, no que não se conformou o auditor fiscal autuante, afirmando que o autuado incorreria em erros no cálculo.

Esta discussão já foi objeto de outros julgamentos no âmbito administrativo fiscal, a exemplo do Acórdão nº 0271-03/05, no qual o ilustre Relator Eduardo Ramos de Santana, assim se pronunciou:

A autuante por sua vez, afirmou que ao ser instituído a alíquota de 7% nas vendas para microempresas, foi condicionado que o imposto que deixou de ser cobrado seja descontado do

valor correspondente da diferença da alíquota interna (17%) e da alíquota de 7%. Diz que o desconto feito com base na IN 38/94 é maior do que o indicado na legislação.

Ressalto que, antes da instituição do Simbahia (Lei 7.357/98), durante a vigência do RICMS/89, nas operações internas o estabelecimento vendedor era responsável pela retenção do ICMS e nas compras interestaduais o contribuinte inscrito como Microempresa era obrigado a fazer a antecipação do imposto (Anexo 69). Em conformidade com o disposto no art. 68, parágrafo único, II do Dec. 2460/89, a IN 38/94, deu orientação que o estabelecimento industrial remetente obrigar-se-ia a repassar para a microempresa adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em lugar da prevista de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Após a instituição do Simbahia, o ICMS devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (EPP) passou a ser calculado com base nas saídas, porém o mesmo benefício foi fiscal mantido com a edição do Dec. 7.466/98 que instituiu o inciso II, do § 1º do art. 51, com efeitos a partir de 01/01/99 em que o estabelecimento industrial ou a este equiparado, obrigar-se-ia a repassar para o adquirente (ME, EPP, AMB), 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.

Como não há no Regulamento do ICMS de 1997, regra matemática do desconto, é perfeitamente possível o raciocínio matemático contido na IN 38/94, por não estar em contradição com a legislação em vigor. Constatou que a redação do art. 51, § 1º, II do RICMS/97 é a mesma do art. 68, § único do RICMS/89.

Sendo assim, concordo com o autuado em relação aos cálculos efetuados que foram indicados nas notas fiscais por ele emitidas e também com a resposta dada pelo Plantão Fiscal da Secretaria da Fazenda. Pelo exposto, seguindo a orientação da Instrução Normativa nº 38/94, mesmo a referida IN seja anterior ao atual Regulamento, que é de 1997, em consonância com o art. 51, I, "c", do RICMS/97, c/c o § 1º, II, as vendas efetuadas por estabelecimento industrial ou equiparado destinadas a microempresas (ME), empresas de pequeno porte (EPP) e ambulantes (AMB), a alíquota prevista é de 7% desde que seja repassado para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, fazendo constar no corpo da Nota Fiscal o valor do referido desconto.

Como o ICMS integra a própria base de cálculo, o valor do desconto que deve ser repassado às ME, EPP ou AMB não pode ser simplesmente a diferença do percentual de 17% para 7%, e neste caso é correta a utilização do percentual do fator fixo de 10,75269 previsto na citada IN.

Pelo exposto, verifico que a exemplo da Nota Fiscal 7308 (fl. 1402), a empresa efetuou os cálculos do ICMS em venda efetuada para microempresa, da seguinte forma:

01. Valor da venda R\$ 446,70
02. Percentual $10,75269 \times R\$ 446,70 =$ R\$ 48,02 (desconto)
03. Base de Cálculo (1 - 2) R\$ 398,67
04. Alíquota de 7% $\times R\$ 398,67 =$ R\$ 27,91.

Dessa forma, o valor normal da tributação com a aplicação da alíquota de 17% seria de R\$75,93 (a) e com a aplicação da alíquota de 7% resultou em R\$27,91 (b). Aplicando-se a regra prevista no art. 51, § 1º, II do RICMS/97, o valor do benefício deve ser repassado a ME/EPP/AMB, ou seja (a - b): $R\$75,93 - R\$27,91 = R\$48,02$. Este valor foi o efetivamente repassado ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximado da redução da carga tributária. Isso porque a finalidade objetivada pelo legislador não foi beneficiar a indústria, mas sim o adquirente que se enquadra na categoria de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, conforme indicado na NF 7308 (fl. 1402). Este foi o procedimento adotado em relação a todas as operações objeto da autuação.

Face ao exposto, considero correto o procedimento do autuado e improcedente esta infração.

Quanto a alegação da autuante em relação a decisão contida no Acórdão JJF nº044-02/05, verifico que naquela autuação, o defensor alegou que repassava o benefício fiscal para o adquirente, sob a forma de desconto, no entanto, o Julgador José Bizerra Lima Irmão, afirmou que "não é verdadeira a afirmação da defesa. Foi feito o abatimento no valor da base de cálculo, mas o valor da operação continuou intacto, não foi dado o desconto, não foi, em suma, repassado o benefício ao adquirente. Sendo assim, não foi cumprida a condição para fruição do benefício".

No presente caso, verifico que o autuado efetuou os cálculos da seguinte forma, consoante nota fiscal nº 7353, e demais especificadas na planilha de fls. 72 a 97:

- | | |
|---|--------|
| 01. Valor da venda - | 264,04 |
| 02. percentual de 10,75269 x 264,04 | 28,39 |
| 03. base de cálculo | 235,65 |
| 04. alíquota de 7% | 16,49 |

Deste modo, constato que os cálculos efetuados pela empresa estão corretos, não havendo diferença de ICMS a ser exigida.

Infração improcedente.

Na infração 03 está sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória face à declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA, no valor de R\$ 140,00 por mês, resultando no total de R\$ 1.820,00.

Constato que a redação do art. 42, XVIII, "c", prevê a aplicação da multa de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios. Assim, a multa a ser aplicada restringe-se à infração detectada na ação fiscal, no valor de R\$ 140,00, não importando em quantos meses tal declaração foi incorreta ou houve omissão de dados.

Deste modo, deve ser mantido o valor de R\$ 140,00 referente à data de ocorrência de 31/12/2004.

Infração parcialmente mantida.

Na infração 04, foi constatado que o contribuinte deu entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro fiscal, sendo aplicada a multa de 1% do valor da mercadoria, em conformidade com o art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte em sua peça de defesa aponta que as notas fiscais nºs 12231, 12275 e 1232, emitidas em abril de 2005 já estariam devidamente registradas, fato acatado pelo autuante, após a conferência no livro fiscal. Assim, devem ser excluídos os valores de R\$ 60,36; R\$ 151,01 e R\$ 118,35, da planilha de fl. 39, permanecendo no mês de abril de 2005, apenas a multa no valor de R\$ 14,56, relativa à nota fiscal nº 3052.

As demais parcelas do demonstrativo de débito ficam inalteradas haja vista que não ficou comprovado que as mercadorias objeto desta infração estariam devidamente registradas na escrita fiscal do contribuinte.

Infração parcialmente mantida no valor de R\$ 294,30.

Na infração 05, está sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação, ingressas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

O contribuinte em sua peça defensiva requer o cancelamento da multa ou sua redução, nos moldes propostos na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo como parâmetro 10% do valor originariamente cobrado, em caso análogo. (Acórdão CJF nº 0542-12/06, de 03/01/2007).

Analisando o § 7º do art. 42 da Lei 7.014, constato que o legislador facultou ao julgador o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique

comprovado que as infrações além de terem sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, não impliquem em falta de recolhimento do imposto.

Portanto, reservo-me ao direito de manter a multa aplicada, deixando à apreciação da instância superior a possibilidade de reduzi-la ou cancelá-la, mesmo porque a falta de registro de tais notas fiscais em seus livros fiscais e contábeis, implica na falta de registro dos desembolsos, o que reflete na arrecadação dos tributos.

Outrossim, não acato o pedido de exclusão da multa referente às mercadorias adquiridas para consumo, ou ativo pois se trata de multa e não exigência do imposto, haja vista que tais mercadorias são tributáveis nas suas aquisições (entradas).

Infração mantida.

A infração 06 decorreu do recolhimento a menos de ICMS na razão de uso indevido de incentivo fiscal. Dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Desenvolve, reduzindo o montante do imposto devido.

Tal recolhimento a menos decorreu de erro na apuração da parcela não incentivada, tendo em vista que incluiu na apuração da parcela com incentivo, operações não previstas para tal.

A impugnante, empresa industrial é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituída pela Lei Estadual nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, visando estimular a instalação de novas indústrias ou estimular a expansão, a reativação ou a modernização das já existentes no Estado da Bahia.

Neste mister, goza de incentivo de dilação do prazo de pagamento de 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, em um prazo de carência de 6 anos.

A fiscalização entendeu que algumas operações promovidas pela impugnante não estariam englobadas no DESENVOLVE, excluindo-as da parcela incentivada, pois não se referiam a produtos industrializados pelo contribuinte. Ocorre que o autuado ao analisar os levantamentos anexos ao auto de infração concluiu que a indicação incorreta do CFOP – Código Fiscal de Operações e Prestações, em certas notas, principalmente por equívoco na interpretação da legislação tributária, induziu a fiscalização ao erro, pois algumas operações, tipicamente industriais, foram tidas como operações comerciais.

Trata-se, segundo o contribuinte, de industrialização de “álcool anidro”, “querosene” e “tolueno”, pois a impugnante assevera que não simplesmente revende tais produtos, mas os industrializa, de modo que a codificação da operação deveria ser de venda de produção e não à correspondente ao CFOP 5102. Isto porque adquire os aludidos produtos a granel, embalando-os no seu estabelecimento antes de comercializá-los, pratica portanto, operação de industrialização, nos termos do art. 4º, inciso IV do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados – RIPI, aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002.

Afirma ainda, o autuado, que em relação a outros produtos, salta aos olhos o fato de que se encontram dentro do cálculo do DESENVOLVE, tais como “redutor POLO”, “Batida de Pedra POLO” e Cola Plástica POLO”, “Aguarrás POLO”, “Massa Corrida POLO” e “SOLVENPOLO”, que são mercadorias produzidas pelo impugnante. Teria ocorrido, em algumas operações a indicação incorreta do CFOP (5110, p.ex), mera falha formal que não valida a cobrança de tributo.

Apesar das afirmativas acima, verifico que a empresa autuada não comprovou, efetivamente, que industrializa tais produtos, não trazendo, em sua peça defensiva, qualquer documento ou registro fiscal e contábil que ocorre sua industrialização no estabelecimento. Pelo contrário, sequer apresentou à fiscalização o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, de escrituração obrigatória por parte das empresas que desenvolvem atividade industrial, ou mesmo relatórios de produção ou outro tipo de controle dos produtos industrializados.

O autuante ao prestar a informação fiscal ressaltou tais fatos e reafirmou que pautou seu trabalho fiscalizatório nos documentos fiscais e nos relatórios extraídos dos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa.

Os demonstrativos de cálculo encontram-se às fls. 44 a 59 do PAF e encontram-se discriminados os produtos cujas entradas não estão previstas no cálculo do Desenvolve.

Aplico os arts. 142 e 143 do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”, e “ A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Infração mantida.

A infração 07 está diretamente relacionada com a anterior, pois decorrente do recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.

Verifico que os cálculos encontram-se às fls. 61 a 69, onde incidiu juros, no percentual máximo equivalente à TJLP (taxa de juros de longo prazo), conforme previsto na Lei 7.980/01 e Decreto 8.205/02.

A empresa requer a improcedência desta infração com base nos argumentos expendidos na infração anterior, não trazendo qualquer comprovação de que tais diferenças não seriam devidas.

Infração mantida, ao tempo em que ressalto que não foram contestados os números apresentados como devidos.

Na infração 08 foi aplicada a multa pela falta de escrituração do livro Registro de Controle da Produção e Estoque, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

Verifico que o art. 42, XV, “d”, contém a previsão da multa no valor de R\$ 460,00, por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal, não especificando se por exercício. Assim, entendo que deve prevalecer a multa no valor de R\$ 460,00, pelo descumprimento desta obrigação, detectada na ação fiscal, e não por exercício, como está equivocadamente sendo exigido.

Não acato o argumento da empresa de que já teria sido autuada, em decorrência de outra fiscalização, pois cada ação fiscal é independente, e o auditor fiscal tem, em cada uma, o poder-dever de fiscalizar a empresa e intima-la para apresentar os livros fiscais que entender necessários para a aplicação dos roteiros de auditoria.

Infração parcialmente mantida, no valor de R\$ 460,00, com data de ocorrência de 31/12/2005.

Por último, na infração 09 está sendo exigido ICMS por omissão de saídas tributáveis, ao ser detectado a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

O contribuinte nega o cometimento da infração e aduz que prevalecendo a exação, a empresa seria apenada de forma irregular, pois o imposto presumido estaria sendo cobrado de forma mais gravosa do que o imposto “real do contribuinte, que é pago com dilação de prazo de 90% do saldo devedor, em 72 meses”.

Entendo que não há pertinência entre a alegação do contribuinte, de que o imposto estaria sendo cobrado de forma mais gravosa do que o imposto real, pois o que está sendo levado a julgamento é o descumprimento de uma obrigação principal, que gerou uma sanção, pelo seu inadimplemento, consoante o § 5º do art. 1º do RICMS/97.

Neste caso, não cabe a utilização de qualquer benefício fiscal, pois este fica sempre adstrito ao cumprimento de todas as obrigações tributárias, seja de ordem formal, ou material.

Ademais, o autuado em sua peça defensiva não se opôs à exigência que lhe está sendo feita, pois não apresentou qualquer erro no levantamento da Conta do Passivo, retirado dos fornecedores nominados nos Balanços Patrimoniais, referentes aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, cópias anexas às fls. 341 a 355 do PAF, e demonstrativo de débito de fl. 42, com a indicação dos fornecedores objeto da autuação.

Infração mantida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0106/07-2, lavrado contra **POLO QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 65.971,08**, acrescido das multas de 100%, sobre R\$ 58.286,57, de 60% sobre R\$ 1.123,76, e de 70% sobre R\$ 6.560,75 previstas no art. 42, IV, “j”, II, “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 65.200,31**, previstas no art. 42, XI, IX, XVIII, “c” XV, “d”, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 06 de novembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR