

A. I. N° - 206969.0012/08-8
AUTUADO - M R INDÚSTRIA LÁCTEA LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 06.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0312-02/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. MICROEMPRESA. Comprovada parte do pagamento do imposto. Reduzida a exigência. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Comprovada parte do pagamento do imposto. Reduzida a exigência. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO DE APURAÇÃO. Imputação subsistente, reconhecida pelo autuado. **b)** ERRO NO CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO. Infração parcialmente reconhecida. Quanto à parcela dos créditos relativos à energia elétrica, ficou demonstrado não ser cabível a sua utilização, pelo autuado, para redução do imposto devido. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração admitida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/12/2008, exige ICMS no valor de R\$11.917,74, pelos seguintes motivos:

- 1) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 50,00, multa de 50%;
- 2) recolheu a menos o imposto, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, no valor de R\$ 2.448,92, multa de 50%;
- 3) efetuou o recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. ICMS no valor de R\$244,81, multa de 50%;
- 4) recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Energia elétrica. ICMS no valor de R\$ 9.034,01, multa de 60%;
- 5) declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais aprestadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$140,00.

O autuado, às fls. 374 a 376 dos autos, apresenta sua peça de defesa, alegando, quanto à infração 01, que recolheu em 20/12/2007, mês 7/2003, por meio de DAE 70319310, no valor de R\$38,25. Reconhece, no entanto, a cobrança remanescente de 08/2003.

Quanto à infração 02, alega que o autuante se equivocou ao informar como receita bruta valores de outras saídas como Remessa para Conserto CFOP 6.915, devolução de Compras CFOP 6201 e outras remessas CFOP 5949, nos meses 02, 06 e 10/2004, o que levou o autuado a refazer o

demonstrativo de débito do ICMS da Empresa de Pequeno Porte, o qual se encontra em anexo à defesa. Reconhece os valores R\$ 1.189, 76 (2003) e R\$ 960,22 em 2004.

Considera a infração 03 incontestável.

No que diz respeito à infração 04, argumenta que o autuante glosou créditos fiscais utilizados pela autuada relativos à entrada de materiais de consumo e energia elétrica utilizadas no estabelecimento. A primeira alegação é aceita pela autuada. Entretanto, discorda do estorno do crédito fiscal de energia elétrica utilizado na produção do estabelecimento. Afirmam que antes de encerrar a fiscalização, a autuante manteve contato com o contador da empresa para obter informações acerca da conta de energia, a qual se encontrava em nome da JOALCA AGRO INDUSTRIAL LTDA (CNPJ 14.441. 760/0001-49).

Segundo o autuado o aludido profissional esclareceu que o local onde funciona a MR Indústria Láctea LTDA é alugado, cujo imóvel pertence à empresa em nome da qual consta a referida nota fiscal de energia. Perguntado por que não trocara o nome, foi esclarecido que, por se tratar de um imóvel locado e de não ter havido exigência das partes, utilizou-se daquele contrato de energia (nº 70.008.815) desde a época em que a MR foi instalada, o que ocorre até o momento.

Assegura que o contador sugeriu que a fiscalização averiguasse o fato “in loco”, para concluir que a MR efetivamente é quem usava o estabelecimento.

A autuada esclarece que a JOALCA se manteve ativa no “CADICMS” até 18/09/2003 (ver Histórico de Situação em anexo) e, quando Ativa esteve, desenvolvia a atividade de fabrico de refrescos, o que era compatível com a indústria de laticínios. Destaca que no RICMS-BA/97, art. Art. 91, prevê que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Conclui que, como se vê, o citado artigo condiciona a que o contribuinte tenha usufruído dos serviços, o que de fato aconteceu. Inclusive, todas as contas se encontram devidamente escrituradas na contabilidade da Autuada. Pede que se verifique o que diz o art. 93, 11, "a" 2 do mesmo tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário; 1 - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00): a) a partir de 1º de novembro de 1996; 2 - quando consumida no processo de industrialização. Observa que a legislação de regência não prevê a exclusão do crédito só porque o nome do titular do contrato é o proprietário do imóvel. Desta forma, dado o inconformismo da Autuada, esta procedeu à revisão do conta-corrente demonstrativo em anexo) para que a justiça seja feita;

Quanto à infração 06, afirma que a autuada não induziu a fiscalização a erro, com as informações divergentes consignadas na DMA. Mesmo assim, aceitou a penalidade.

Aduz que a parte incontestes do AI foi devidamente parcelado e diante do que lhes foi apresentado e considerando o reconhecimento parcial das infrações acatadas, a autuada vem requerer que seja mantido parcialmente o AI, aceitando-se as correções feitas nos demonstrativos anexados ao presente Auto.

O autuante, às fls. 411 a 416, apresenta a informação fiscal, afirmando que a autuada juntou a sua defesa cópia de DAE para recolhimento do ICMS referente ao mês 07/2003, emitido em 20/12/2007, no valor histórico de R\$ 25,00 e valor total de R\$ 38,25, constando o referido recolhido nos arquivos da SEFAZ com data de recolhimento de 20/12/2007. Afirma permanecer a omissão de

recolhimento do ICMS SimBahia referente 08/2003, reconhecido pela autuada e incluído no parcelamento do débito.

Entende que cabe razão à defesa em sua alegação de que teria havido equívoco da fiscalização na apuração da receita bruta - incluindo valor de devolução de compras e remessas (CFOP 6201 e 5949) - nos meses 02, 06 e 10/2004. Entretanto, consigna que o somatório do ICMS devido correspondente aos meses de janeiro, junho, agosto e outubro de 2004 perfaz um total de R\$1.172,65, e não R\$ 960,22, conforme se verifica na planilha de cálculo do Demonstrativo de débito EPP com as exclusões apontadas pela defesa, anexada pela autuante, sendo: referente à 01/2004 R\$257,09, 02/2004 R\$ 00,00, 06/2004 R\$ 573,31, 08/2004 R\$.251,84, e 10/2004 R\$.90,40, perfazendo o total de R\$ 1.172,65.

Aduz que, quanto ao valor total do ICMS EPP devido e reconhecido pela autuada referente ao exercício de 2003, corresponde exatamente ao somatório dos valores devidos apurados pela autuante R\$ 1.189,76, conforme pode ser verificado às folhas 09, sendo parcelado pela autuada.

Solicita a alteração correspondente aos valores devidos, referentes aos meses 02, 06 e 10/2004, conforme demonstrado na planilha anexa, totalizando: exercício. 2003: R\$.1.189,76, exercício 2004: R\$.1.172,65, tendo sido parcelado parte do débito referente ao exercício de 2004.

Quanto à infração 03, afirma que a própria autuada classifica a infração de "incontestável".

No que se refere à infração 04, assegura que a autuada reconhece a infração quanto aos créditos referentes a materiais de consumo, com parcelamento do débito. Mas contesta a cobrança do crédito indevido relativo à energia elétrica.

Entende que não deve ser acatada a argumentação da defesa de que o imóvel onde funciona o estabelecimento da autuada é alugado, pertencendo à empresa em nome da qual está o contrato de energia elétrica (nº 70.008.815), constante nas correspondentes notas fiscais de energia elétrica, ou seja, estão "em nome da JOALCA AGRO INDUSTRIAL LTDA. (CNPJ 14.441.760/0001-49) ... , que se manteve ativa no CADICMS até 18/09/2003 ... , e quando Ativa esteve, desenvolvia a atividade de fabrico de refrescos, o que era compatível com a indústria de laticínios."

Conclui que, como pode ser verificado, o endereço da autuada é rua Osmário Batista, nº 720, enquanto que no endereço da JOALCA consta a informação "S/N" (fls. 01, 21122, 215/216); a JOALCA apresenta histórico de condição/situação cadastral incompatível com a utilização do crédito por outro contribuinte, correspondente ao local/energia elétrica, por que ficou INAPTO em 24/04/2003, ATIVO em 18/09/2003, e INAPTO a partir de 19/02/2006, situação contrária à afirmada pela defesa (que estaria ATIVO até 18/09/2003).

Informa que o período fiscalizado na ação fiscal, objeto do auto de infração em lide, é de 01/01/2003 a 31/12/2005, período esse em que a JOALCA (contribuinte titular do contrato de energia elétrica) estava na condição/situação ATIVO, com exceção dos primeiros meses do ano de 2003.

Argumenta que, mesmo se admitisse que o local do estabelecimento da autuada foi locado pela JOALCA, e que a autuada utilizava a mesma energia elétrica (mesmo contrato), hipótese que levantamos apenas para argumentar, teria que haver a individualização do consumo da energia, demonstrando o consumo de cada uma, e qual o percentual de energia utilizado no processo produtivo (indústria), o que não se verifica. Também não teria nenhuma serventia uma vistoria hoje para avaliar, ou tentar saber, qual era a situação de distribuição de energia num local há uns cinco anos (2003/2005)

Consigna que, como bem coloca a defesa, o Art. 91 do RICMS/BA informa que para o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, condiciona a que o contribuinte tenha usufruído dos serviços. Mas distorce o entendimento do dispositivo legal quando diz que "a legislação de regência não prevê a exclusão do crédito só porque o nome do titular do contrato é o proprietário do imóvel".

Afirma que as notas fiscais de energia elétrica estão em outro nome, ou seja, o destinatário é outro contribuinte do ICMS do estado da Bahia - JOALCA AGROINDUSTRIAL LTDA. IE 07.597.516. Logo, o destinatário dos serviços de energia elétrica é a JOALCA, e não a autuada.

Complementa que, os demais dispositivos legais citados na defesa em nada alteram o que já foi colocado pela autuante.

Quanto à infração 05, aduz que é penalidade acatada pela autuada, com parcelamento do débito. Autuação mantida pela autuante.

A autuada efetuou o parcelamento do valor correspondente à parte inconteste do auto de infração, solicitando seja mantido parcialmente o auto, com as correções feitas nos demonstrativos anexados pela defesa. Entretanto, como demonstrado nesta informação fiscal, o Auto de Infração deve ser mantido parcialmente, de acordo com as informações e retificações feitas.

Resume sua informação fiscal aduzindo que:

“Infração 01: Comprovado recolhimento referente à 07/2003, a autuante mantém autuação à 08/2003, já parcelado”.

Infração 02. A autuante acata parcialmente as alegações da defesa, na forma já esclarecida no item correspondente acima, mantendo a autuação na forma já descrita acima, solicitando a retificação nos valores referente à 02/2004 (que deixa de existir débito a recolher), 06/2004 e 10/2004. Com as retificações, o demonstrativo de débito à Infração 02, conforme indica à fl. 415 e 416, dos autos, totalizando a exigência em R\$2.362,40.

Infração 03: Reconhecida pela autuada, com parcelamento do débito. Mantida pela autuante.

Infração 04: Contestada parcialmente pela autuada, com parcelamento do débito. Mantida integralmente pela autuante.

A autuante mantém a autuação, solicita a retificação da Infração 01 e Infração 02, na forma supra descrita e esclarecida, mantendo inalterados os demais itens da autuação, esperando seja o auto de infração nº 206969.0012/08-8 julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Quanto a infração 02, entende caber razão à defesa quanto a apuração da receita bruta – incluído valor da devolução CFOP 6201 e 5949.

VOTO

O presente lançamento de ofício, traz a imputação de 03 infrações, a seguir sucintamente relatadas: 1 - recolheu a menos o imposto, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração - SimBahia; 2 - recolheu a menos o imposto, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia; 3 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na condição de Microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente à aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Em relação à infração 01, realmente a autuada juntou a sua defesa cópia de DAE para recolhimento do ICMS referente ao mês 07/2003, emitido em 20/12/2007, no valor histórico de R\$ 25,00 e valor total de R\$ 38,25, recolhido em 20/12/2007.

Permanece, contudo, a exigência relativa ao mês 08/2003, reconhecido pela própria autuada e incluído em seu parcelamento do débito.

No que diz respeito à infração 02, ficou evidenciado o engano da fiscalização na apuração da receita bruta - incluindo valor de devolução de compras e remessas (CFOP 6201 e 5949) - nos meses 02, 06 e 10/2004.

Verifica-se, em consonância com a autuante, que a soma do ICMS devido correspondente aos meses de janeiro, junho, agosto e outubro de 2004 totalizam o valor de R\$ 1.172,65, e não R\$960,22,

conforme se observa na planilha de cálculo do Demonstrativo de débito EPP com as exclusões apontadas pela defesa, anexada pela autuante.

Assim ficam os totais exigidos relativos ao exercício de 2004:

mês 01/2004 R\$ 257,09

mês 02/2004 R\$ 00,00

mês 06/2004 R\$ 573,31

mês 08/2004 R\$ 251,84 e

mês 10/2004 R\$ 90,40

Totalizando para a infração 02, exercício de 2004 o valor de R\$1.172,65.

Totalizando para a infração 02, exercício de 2003 o valor de R\$1.189,76, conforme explicações a seguir.

Quanto ao valor total do ICMS EPP, devido e reconhecido pela autuada referente ao exercício de 2003, corresponde exatamente à soma dos valores devidos apurados pela atuante R\$ 1.189,76, conforme consta à fl. 09, sendo, também, alvo do parcelamento efetuado pela autuada.

Em consonância com a autuante, consigo, como indicado, que devem ser efetuadas alterações correspondentes aos valores devidos, referentes aos meses 02, 06 e 10/2004, conforme demonstrado na planilha anexa, totalizando: exercício. 2003: R\$1.189,76, exercício 2004: R\$1.172,65, tendo sido parcelado parte do débito referente ao exercício de 2004.

Quanto à infração 03, afirma que a própria atuada classifica a infração de "incontestável". Considero a infração subsistente.

No que se refere à infração 04, assegura a autuada reconhecer a infração quanto aos créditos referentes a materiais de consumo, com parcelamento do débito. Contesta, entretanto, a cobrança do crédito indevido relativo à energia elétrica.

A autuante descreve com propriedade que o endereço da autuada é rua Osmário Batista, nº 720, enquanto que no endereço da JOALCA consta a informação "S/N" (fls. 01, 21/22, 215/216); a JOALCA apresenta histórico de condição/situação cadastral incompatível com a utilização do crédito por outro contribuinte, correspondente ao local/energia elétrica, por que ficou INAPTO em 24/04/2003, ATIVO em 18/09/2003, e INAPTO a partir de 19/02/2006, situação contrária à afirmada pela defesa (que estaria ATIVO até 18/09/2003).

O período fiscalizado, objeto do auto de infração em lide, é de 01/01/2003 a 31/12/2005, período esse, em que a JOALCA (contribuinte titular do contrato de energia elétrica) estava na condição/situação ATIVO, com exceção dos primeiros meses do ano de 2003.

Ora, conforme disposto no Art. 91 do RICMS/BA (citado inclusive pela autuada) para se obter o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, é pressuposto que o contribuinte tenha usufruído dos serviços.

O certo é que as notas fiscais de energia elétrica, cujos créditos foram utilizados pelo autuado, estão em nome de outra empresa, ou seja, o destinatário é outro contribuinte do ICMS do estado da Bahia - JOALCA AGROINDUSTRIAL LTDA. IE 07.597.516. Logo, o destinatário dos serviços de energia elétrica é a JOALCA, e não a autuada.

Assim, não ficou demonstrado se tratar, apenas de erro quanto ao nome constante nos recibos, cabendo a subsistência da infração 04.

A infração 05 aduz que é penalidade acatada pela autuada, com parcelamento do débito. Exigência tributária subsistente.

Diante do exposto, foram retificadas as Infrações 01, 02 e 04, na forma supra descrita.

Cabe, por fim consignar que o autuado acolhe as infrações 03 e 05. Assim, não havendo óbices legais as suas exigências e caracterizadas as infrações, considero-as subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0012/08-8**, lavrado contra **M R INDÚSTRIA LÁCTEA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.666,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.387,41, e de 60% sobre R\$9.278,82, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3, II, “b” e II “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVII, alínea “c” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR