

**A. I. Nº** - 206828.0004/09-5  
**AUTUADO** - NORSÁ REFRIGERANTES LTDA.  
**AUTUANTES** - LUIZ CARVALHO DA SILVA, ITAMAR GONDIM SOUZA e WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 05.07.2010

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-04/10

**EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS.** DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA NÃO SUJEITA AO BENEFÍCIO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado que o sujeito passivo corrigiu a parcela da base de cálculo do imposto não sujeita ao benefício utilizando-se de índice inferior ao IGP-M, contrariamente ao que determina a Resolução 69/2006. Infração 01 caracterizada. **2. FALTA DE PAGAMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.** **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 5º, I do RICMS/BA). Infração 02 caracterizada. Infração 03 parcialmente elidida após correções de cálculos na informação fiscal. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** REFRIGERANTES. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante de refrigerantes a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Comprovado que o levantamento fiscal utilizou os valores das pautas previstos nas Instruções Normativas 23/03, 10/06, 26/06 e 35/07. Infração 04 parcialmente elidida após correções de cálculos na informação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência ou perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2009 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 197.489,64, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Recolhimento a menos, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve. O contribuinte, em 2009, segundo está registrado, “promoveu a correção monetária”

- estabelecido na Resolução 69/2006, porém, utilizou índice diverso do IGP-M, conforme levantamento de fl. 12, acompanhado de extrato fornecido pelo sítio da Internet do Banco Central do Brasil. Valor exigido de R\$ 20.046,05 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federadas, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor exigido de R\$ 3.113,04 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
  - 3- Falta de recolhimento, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federadas, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Valor exigido de R\$ 21.642,87 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
  - 4- Retenção e recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas para contribuintes localizados na Bahia. Está consignado no corpo da peça de acusação que, devido ao grande volume de dados em cada planilha de apuração do imposto, foram anexadas apenas a primeira e a última folha de cada período, e um CD com todo conteúdo, gravado em dois exemplares, um dos quais foi entregue a preposto do sujeito passivo, mediante recibo anexado ao processo. Valor exigido de R\$ 152.687,68 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 45 a 49.

Informa ser pessoa jurídica de direito privado, cumpridora de suas obrigações tributárias, dedicada à industrialização e à comercialização de refrigerantes, sendo que sua produção é totalmente direcionada ao mercado interno.

No que se refere à infração 01, aduz que a Resolução 69/2006, que juntou à fl. 59, por força do seu art. 2º, fixa a parcela do saldo devedor mensal passível do incentivo na quantia correspondente ao que exceder a R\$ 71.951,26, valor a ser corrigido anualmente pelo IGP-M.

Afirma que corrigiu o sobredito valor, a partir de 28 de setembro de 2007, em 2,80% (2007), 13,63% (2008, de acordo com o IGP-M) e -0,699% (2009, também de acordo com o citado índice). Confessa que o primeiro índice, relativo ao período compreendido entre 28 de setembro de 2006 e 28 de setembro de 2007, está incorreto, enquanto os outros dois, aplicados cumulativamente, estão corretos.

Contudo, entende que a situação não se subsume na hipótese encartada no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sendo que a multa, que não sabe a que ano se refere, não corresponde à infração, pelo que requer a improcedência da infração.

No tocante à infração 02, pondera que não comprou mercadorias em outros Estados para destiná-las ao seu ativo imobilizado, mas recebeu produtos, que nunca se caracterizaram como mercadorias, em transferência da filial estabelecida no Município de Maracanaú, Ceará. Por isso, com fundamento no art. 111, III, “a” do RICMS/BA, requer a improcedência da infração.

Aponta equívocos relativos ao trabalho fiscal concernente à infração 03, a exemplo da exigência de diferenças de alíquotas nas operações designadas nas notas fiscais 523.200 e 529.877, que dizem respeito a transferências da filial situada no Estado do Ceará, motivo pelo qual requer a sua improcedência.

Entende que não foi determinada com exatidão e segurança a base de cálculo do tributo exigido na infração 04, tendo-se em vista o fato de os autuantes não terem observado os valores de pauta, fixados através das Instruções Normativas 23/03, 10/06, 26/06 e 35/07. Exemplifica com o produto “BAG IN BOX (BIB)”, em relação ao qual foi utilizada MVA, quando o correto seria observar a IN 23/03, vigente em janeiro de 2006. Requer a improcedência da infração.

Protesta por posterior juntada de provas admitidas em Direito, inclusive aquelas originadas de diligência ou perícia; requer que as futuras intimações e notificações sejam enviadas para o endereço constante da fl. 49 e pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes apresentam informação fiscal às fls. 62 a 73.

Manifestam o entendimento de que, com relação à primeira infração, ao efetuar o cálculo da correção referente ao primeiro período de utilização dos benefícios do Programa Desenvolve (28/09/2006 a 28/09/2007), a defendente corrigiu o piso estabelecido na Resolução 69/2006 (R\$ 71.951,26) aplicando o índice de 2,80%, quando o correto seria 4,6315200%. Esse erro foi inclusive reconhecido pela impugnante em sua defesa, à fl. 46, item 8.

No que é relativo à segunda infração, assinalam que os bens recebidos em transferências, oriundos de outras unidades da Federação, estão sujeitos ao pagamento do diferencial de alíquotas, conforme estabelecem o art. 5º, inc. I c/c art. 1º, § 2º, inciso IV do RICMS-BA.

Anotam que a ocorrência do fato gerador está definida em razão da entrada do bem, e não em virtude da natureza da operação, se por transferência ou aquisição.

Quanto às notas fiscais 523.200 e 529.877, reconhecem erros materiais e corrigem os cálculos relativos às mesmas, que resultaram na cobrança da infração 03 (fls. 75 a 82), sendo que o montante exigido ficou reduzido de R\$ 21.642,87 para R\$ 20.357,78.

Com relação à quarta infração, os autuantes dizem que utilizaram os valores de pauta fiscal estabelecidos através das mencionadas Instruções Normativas. Reconhecem o apontado erro relativo ao produto “BAG IN BOX (BIB)”, que informam ter ocorrido no levantamento de janeiro de 2006. Elaboram novo “DEMONSTRATIVO DA AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA SAÍDA (RETENÇÃO)”, às folhas 84 e 85, bem como “RESUMO”, à fl. 83. O imposto exigido nessa infração foi reduzido de R\$ 152.687,68 para R\$ 150.292,24.

Foram corrigidos também os demonstrativos de débito do Auto de Infração, com a respectiva entrega de cópias ao contribuinte de todos os documentos elaborados na revisão fiscal, conforme planilha e recibo de folhas 86 a 88 e 90.

Finalizam requerendo a procedência parcial, nos termos da revisão fiscal.

Cientificado da informação fiscal e dos seus documentos, o autuado não se manifestou.

Foi apensado às fls. 99/105, documento em que o contribuinte reconhece parte do débito e efetua o pagamento da parte reconhecida.

## VOTO

Como o sujeito passivo alegou indeterminação na base de cálculo do tributo exigido na infração 04, cabe, preliminarmente, registrar que não merece abrigo tal argumentação. Não possui amparo fático ou jurídico qualquer razão de defesa relativa aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que determinaram a base de cálculo e descreveram as infrações, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o fundamento jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

Quanto ao pedido de diligência e / ou perícia fiscal, não há razões para seu deferimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram a autoria e a materialidade dos fatos, mostra-se desnecessário o objeto deste pleito.

No mérito, relativamente à infração 01, o Demonstrativo de Cálculo do Desenvolve, elaborado pelos autuantes à fl. 12, exprime o erro cometido pelo sujeito passivo. Em setembro de 2007, a impugnante corrigiu o piso de R\$ 71.951,26 para 73.965,90, com o percentual de 2,80%, quando o correto seria 4,6315200%, e o piso a ser tomado por base seria de R\$ 75.283,70.

Esse erro repercutiu negativamente nos anos de 2008 e 2009, pois os índices foram aplicados sobre uma base menor, resultando em diferença de imposto a recolher.

A multa aplicada, conforme se extrai de uma simples leitura da peça inicial, refere-se a todos os períodos objeto da autuação. Entendo que a penalidade corresponde à infração apontada: recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve, motivado pela aplicação incorreta do índice de correção monetária especificado na Resolução 69/2006 (IGP-M), tipificada na alínea “F”, inc. II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 01 caracterizada.

A argumentação de defesa concernente às infrações 02 e 03 é semelhante: a de que o diferencial de alíquotas não é devido quando as operações interestaduais não são de comercialização, mas de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 5º, I do RICMS/BA).

As únicas exceções à regra acima são as contidas no art. 7º do RICMS/BA, no qual a sociedade empresária impugnante não comprovou que as operações estão subsumidas. Não foi trazida ao processo, por exemplo, qualquer comprovante de que as transferências são remessas sem incidência do imposto, o que faria operar o comando do inciso III, “a” do indigitado artigo.

Assim, concluo que está caracterizada a infração 02.

Quanto à infração 03, no que tange às notas fiscais 523.200 e 529.877, os autuantes reconheceram a existência de erros materiais nos levantamentos iniciais e corrigiram os cálculos relativos às mesmas (fls. 75 a 82).

Desse modo, afastada a tese de não incidência nas operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, acato o levantamento de fls. 75 a 82, elaborado pelos autuantes, de maneira que o tributo cobrado reste diminuído de R\$ 21.642,87 para R\$ 20.357,78.

Infração 03 parcialmente elidida.

Da análise dos elementos que consubstanciaram a infração 04, verifico que constam do demonstrativo denominado “AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA SAÍDA (RETENÇÃO)”, de folhas 35 a 40, os valores das pautas previstos nas Instruções Normativas 23/03, 10/06, 26/06 e 35/07, na coluna “P. FISCAL UNIT.”. Portanto, é forçoso concluir que não procedem as alegações de defesa relativas à inobservância da legislação na composição da base de cálculo.

Os autuantes reconheceram o equívoco apontado pelo defendente, relativo ao produto “BAG IN BOX (BIB)”, que informam ter ocorrido no levantamento de janeiro de 2006. Elaboraram novo “DEMONSTRATIVO DA AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA SAÍDA (RETENÇÃO)”, às folhas 84 e 85, bem como “RESUMO”, à fl. 83.

A lei atribui ao fabricante de refrigerantes a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Acato os levantamentos de fls. 83 a 85, elaborados pelos autuantes, exigido nessa infração fique reduzido de R\$ 152.687,68 para R\$ 150.25

Infração 04 parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já pagos.

### 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 **206828.0004/09-5**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 193.809,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR