

A.I. Nº - 206973.0004/09-9
AUTUADO - QUÍMICA AMPARO LTDA.
AUTUANTES - IVANA MARIA MELO BARBOSA e GILBERTO MOREIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 02.12.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0365-01/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Nas transferências interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento é devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infração devidamente caracterizada. 2. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Correta a exigência do imposto, tendo em vista a exclusão de produtos não contemplados pelo benefício do Programa Desenvolve. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. ALÍQUOTA DE 7%.
a) OPERAÇÕES COM EMPRESAS NORMAIS UTILIZANDO A ALÍQUOTA PREVISTA PARA MICROEMPRESAS. O benefício destina-se à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Os adquirentes não se enquadravam nessas situações. Infração subsistente. **b)** OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CAD-ICMS (INATIVOS). Nas operações de saídas destinadas a contribuintes inativos no CAD-ICMS, deve ser utilizada a alíquota de 17%. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 28/12/09 para exigir ICMS, no valor total de R\$ 493.763,28, em razão das seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no período de janeiro de 2006 a novembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 103.315,23, mais multa de 60%.
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro, abril, junho, julho e dezembro de 2006, fevereiro a abril, outubro e novembro de 2007, abril e outubro a dezembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 190.589,50, acrescido de multa de 60%.
3. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2007 e de janeiro a dezembro de 2008. Lançado ICMS no valor de R\$ 198.016,35, mais mu

a empresas inscritas na condição de “normal” como se fosse a microempresas, tendo sido aplicada a alíquota de 7% em vez de 17%.

4. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, setembro e dezembro de 2006, março e abril, setembro e novembro de 2007, janeiro e setembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 1.842,20, mais multa de 60%. Trata-se de operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes inativos, utilizando a alíquota de 7% em vez de 17%.

O autuado apresenta defesa (fls. 218 a 232 – vol. II) e reconhece a procedência da infração 4 e a procedência parcial das infrações 2 e 3. Em relação à parcela reconhecida da autuação, acosta ao processo DAE no montante de R\$ 13.271,76 (fls. 244 e 245 – vol. II). Impugna os demais valores conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, o autuado afirma que, segundo o art. 69, I, “a”, do RICMS-BA (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 6.284/97), não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, quando o Estado de origem dos bens tenha optado pela não incidência do ICMS sobre a operação de saída. Diz que as notas fiscais acostadas ao processo (fls. 20 a 49, 53 a 66 e 73 a 84 – vol. I) comprovam que o Estado de São Paulo, amparado no art. 155, II e XII, “g”, da Constituição Federal, não exige o referido imposto nas transferências de material de uso e consumo para outro estabelecimento do mesmo titular, consoante o art. 7º, XV, do RICMS-SP (Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, aprovado pelo Dec. 45.490/00).

Aduz que o artigo 69 do RICMS-BA exclui a hipótese de incidência da diferença de alíquotas, quando o Estado de origem não exige o lançamento do tributo na operação de saída do material destinado ao consumo do próprio estabelecimento. Frisa que a Lei Complementar nº 87/96 não contemplou esta hipótese como fato gerador do citado tributo. Diz que esse seu entendimento é ratificado pelo art. 7º, combinado com o art. 7º, III, “a”, ambos do RICMS-BA.

No que tange à infração 2, referindo-se ao mês de janeiro de 2006, o autuado apresenta demonstrativo do cálculo do ICMS que entende ser devido (fl. 256 – vol. II) e faz as seguintes considerações sobre a apuração efetuada:

1. o saldo credor de ICMS do mês anterior, referente aos valores não passíveis de dilação, não foi considerado, ensejando, assim, a cobrança de valor que já havia sido recolhido;
2. os produtos não fabricados na Bahia foram “sabão em barras” e “sabão raladinho”, sendo que a tributação desses produtos foi excluída do cálculo da parcela dilatada;
3. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado e as saídas de CFOPs 5.949 e 6.949 não foram excluídos da apuração do imposto, pois são relacionados a produtos do projeto;
4. nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos referentes às operações próprias não foram estornados, uma vez que se tratava de tributação sobre operação e produtos relacionados com o projeto;
5. não foram estornados os créditos relativos ao livro CIAP, uma vez que eram relacionados a equipamentos vinculados ao projeto;
6. compensou o saldo credor não vinculado ao projeto, relativamente à parcela que não foi objeto do incentivo e que não foi dilatada.

Às fls. 246 a 316, o autuado acostou os documentos e demonstrativos atinentes aos argumentos acima. Afirma que após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão que recolheu R\$ 3.513,35 a mais que o devido.

Quanto ao mês de abril de 2006, o autuado apresenta demonstrativo de ser o devido (fl. 318 – vol. II) e faz as seguintes considerações sobre a

1. os produtos não fabricados na Bahia foram “sabão em barras” e “sabão em pó”, sendo que a tributação desses produtos foi excluída do cálculo da parcela dilatada;
2. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado e as saídas de CFOPs 5.949 e 6.949 não foram excluídos, por serem relacionados com produtos compreendidos no projeto;
3. nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos das operações próprias não foram estornados, uma vez que se tratava de tributação sobre operação e produtos relacionados com o projeto;
4. não foram estornados os créditos relativos ao livro CIAP, pois estavam relacionados com equipamentos vinculados ao projeto.

Às fls. 317 a 355, o autuado acostou ao processo documentos e demonstrativos referentes aos argumentos acima. Diz que, após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão de que o valor devido é R\$ 3.457,66.

Em relação ao mês de junho de 2006, o autuado apresenta demonstrativo do cálculo do ICMS que entende ser o devido (fl. 357 – vol. II) e faz as seguintes considerações sobre a apuração:

1. os produtos não fabricados na Bahia foram “sabão em barras” e “sabão raladinho”, sendo que a tributação desses produtos foi excluída do cálculo da parcela dilatada;
2. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado e as saídas de CFOPs 5.949 e 6.949 não foram excluídos, por serem relacionados com produtos compreendidos no projeto;
3. nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos das operações próprias não foram estornados, uma vez que se tratava de tributação sobre operação e produtos relacionados com o projeto;
4. não foram estornados os créditos relativos ao livro CIAP, pois estavam relacionados com equipamentos vinculados ao projeto.

Às fls. 356 a 411, o autuado juntou ao processo documentos e demonstrativos referentes aos argumentos acima. Assevera que, após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão de que o valor devido é de R\$ 4.168,81.

Quanto ao mês de abril de 2007, o autuado apresenta demonstrativo do cálculo do ICMS que entende ser o devido (fl. 413 – vol. II) e faz as seguintes considerações sobre a apuração efetuada:

1. os produtos não fabricados na Bahia foram “sabão em barras” e “sabão em pó”, sendo que a tributação desses produtos foi excluída do cálculo da parcela dilatada;
2. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado e as saídas de CFOPs 5.949 e 6.949 não foram excluídos, por serem relacionados com produtos compreendidos no projeto;
3. foram excluídos os valores referentes ao diferencial de alíquotas de material de uso, consumo e fretes correspondentes;
4. nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos das operações próprias não foram estornados, uma vez que se tratava de tributação sobre operação e produtos relacionados com o projeto;
5. não foram estornados os créditos relativos ao livro CIAP, pois estavam relacionados a equipamentos vinculados ao projeto;
6. os autuantes não consideraram o desconto atinentes ao “FAZCULTURA”.

Às fls. 412 a 420, o autuado juntou ao processo documentos e d argumentos acima. Assevera que, após as devidas correções na apu conclusão de que o valor devido é de R\$ 38,78.

Relativamente ao mês de abril de 2008, o autuado apresenta demonstrativo do cálculo do ICMS que entende ser devido (fl. 422 – vol. II) e tece as seguintes considerações sobre a apuração:

1. quanto às vendas de produtos fabricados em outras unidades fabris do autuado:
 - a. os valores atinentes ao CFOP 5.102 não correspondem a material adquirido para revenda, mas sim a sucatas de materiais comprados como insumos vinculados ao projeto;
 - b. a empresa excluiu o valor de R\$ 38.011,26, equivalente à totalidade de saídas de produtos fabricados em outras unidades fabris, não vinculadas ao projeto, quais sejam:
 - b.1- R\$ 5.063,24, oriundos de vendas de “detergente”, conforme cálculo em anexo, onde também se constata que não houve transferências deste produto no período analisado;
 - b.2- R\$ 4.066,96, referente à parcela dos custos de fabricação do produto “sabão atol raladinho”, produzido em outra unidade da mesma empresa;
 - b.3- R\$ 23.992,60, correspondentes às vendas de “sabão em barras”;
 - b.4- R\$ 4.888,46, relacionados com o ICMS das vendas de “sabão em barras perfumado”.
2. as remessas de amostras grátis, para exposição ou feiras, promoções e outras saídas, possuem operações com produtos ou materiais vinculados ao projeto; os estornos relativos a eventuais produtos não vinculados, já estão sendo considerados no item “b” retro;
3. o diferencial de alíquotas foi considerado sobre as entradas oriundas de outras unidades da Federação e respectivos fretes, conforme consta no livro Registro de Entradas;
4. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado não foram excluídos, por serem relativos com perdas de produtos abrangidos pelo projeto;
5. nos créditos vinculados às transferências para comercialização, ao valor de R\$ 23.333,45, a requerente acresceu o estorno da parcela de crédito proporcional dos custos de fabricação do produto “sabão atol raladinho”, fabricado em outra unidade da empresa, no valor de R\$ 1.092,70;
6. nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos das operações próprias não foram estornados, uma vez que se tratava de tributação sobre operação e produtos relacionados com o projeto;
7. não foram estornados os créditos concernentes ao livro CIAP, pois estes dizem respeito à equipamentos vinculados ao projeto;
8. O CFOP 5.949 – outras saídas – trata de produtos ou operações ligadas ao projeto;
9. foi compensado o saldo credor não vinculado ao projeto relativamente à parcela que não foi objeto do incentivo e que não foi dilatada;
10. quanto à divergência de valores nas parcelas fixas, os autuantes utilizaram a correção com base em abril, sendo que o correto seria aplicar a correção para o período de setembro a agosto, uma vez que o incentivo iniciou-se em setembro/2003 e que a correção das parcelas devem ser realizadas a cada 12 meses.
11. Às fls. 421 a 476, o autuado juntou ao processo documentos e demonstrativos referentes aos argumentos acima. Assevera que, após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão de que recolheu R\$ 5.748,84 a mais que o devido.

No tocante ao mês de outubro de 2008, o autuado apresenta demonstrativo da apuração do ICMS que entende ser o devido (fl. 478 – vol. II) e faz as seguintes considerações

1. vendas de produtos fabricados em outras unidades fabris do autuado

- a. os valores constantes do CFOP 5.102 não correspondem a material adquirido para revenda, mas sim a sucatas de materiais compradas como insumos vinculadas ao projeto;
- b. a empresa excluiu o valor de R\$ 28.201,74, equivalente à totalidade de saídas de produtos fabricados em outras unidades fabris, não vinculadas ao projeto, quais sejam:
 - b.1- R\$ 16.496,16 oriundos de vendas de “detergente”, conforme cálculo em anexo;
 - b.2- R\$ 11.479,50, referentes à exclusão do ICMS sobre as vendas de “sabão atol raladinho”;
 - b.3- R\$ 226,08 referente à exclusão de ICMS sobre venda de “sabão em barras atol”, fabricado em outra unidade;
2. as remessas de amostras grátis, para exposição ou feiras, promoções e outras saídas, possuem operações com produtos ou materiais vinculados ao projeto; os estornos relativos a eventuais produtos não vinculados, já estão sendo considerados no item “b” retro;
3. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado não foram excluídos, por serem referentes a perdas de produtos relativos ao projeto;
4. os créditos das transferências de CFOP 6.152 foram estornados junto com os demais produtos, para o cálculo do incentivo foi estornado apenas o valor do débito correspondente;
5. os créditos correspondentes ao CFOP 6.949 são decorrentes de operações com produtos compreendidos no projeto;
6. nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos correspondentes à operação própria não foram estornados, já que se trata de tributação sobre operação e produtos inseridos no projeto;
7. não foram estornados os créditos concernentes ao livro CIAP, pois estes dizem respeito a equipamentos vinculados ao projeto;
8. o autuado compensou o saldo credor não vinculado ao projeto da parcela que não foi objeto do incentivo;
9. quanto à divergência de valores nas parcelas fixas, os autuantes utilizaram a correção com base em abril, sendo que o correto seria aplicar a correção para o período de setembro a agosto, uma vez que o incentivo iniciou-se em setembro/2003 e que a correção das parcelas devem ser realizadas a cada 12 meses.

Às fls. 477 a 543, o autuado juntou ao processo documentos e demonstrativos referentes aos argumentos acima. Assevera que, após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão de que recolheu R\$ 5,67 a mais que o devido.

No tocante ao mês de novembro de 2008, o autuado apresenta demonstrativo da apuração do ICMS que entende ser o devido (fl. 545 – vol. II) e faz as seguintes considerações sobre a apuração:

1. o saldo credor da apuração do ICMS, referente aos valores não passíveis de dilação, não foi considerado pelo autuante, o que diz ter acarretado a cobrança de valor já recolhido;
2. vendas de produtos fabricados em outras unidades fabris do autuado:
 - a. os valores constantes do CFOP 5.102, não correspondem a material adquirido para revenda, mas sim a sucatas de materiais compradas como insumos vinculadas ao projeto;
 - b. a empresa excluiu o valor de R\$ 1.810,85, referente às saídas de produtos fabricados em outras unidades fabris, não vinculadas ao projeto, quais sejam:
 - b.1- R\$ 1.619,89 referentes à exclusão de ICMS sobre as vendas de “sal em outra unidade;

b.2- R\$ 190,96, referente à exclusão do ICMS sobre as vendas de “sabão atol raladinho”, proporcionais aos custos de fabricação em outra unidade.

3. as remessas de amostras grátis, para exposição ou feiras, promoções e outras saídas possuem operações com produtos ou materiais vinculados ao projeto; os estornos relativos a eventuais produtos não vinculados, já estão sendo considerados no item “b” retro;
4. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado não foram excluídos, por serem relacionados com perdas de produtos relativos ao projeto;
5. os créditos das transferências com CFOP 5.152, exceto para “lã de aço”, foram estornados junto com os demais produtos, ao passo que, especificamente em relação à matéria-prima transferida, o autuado estornou o seu débito de R\$ 7.315,01, porém, em obediência ao princípio da não cumulatividade, estornou-se também o crédito proporcional;
6. em relação produtos sujeitos à substituição tributária, os créditos compreendidos nas operações próprias não foram estornados, já que se trata de tributação sobre operação e produtos inseridos no projeto;
7. não foram estornados os créditos relativos ao livro CIAP, pois estes dizem respeito a equipamentos vinculados ao projeto;
8. compensou-se o saldo credor não vinculado ao projeto, da parcela que não foi objeto do incentivo/dilação;
9. quanto à divergência de valores nas parcelas fixas, a fiscalização utilizou a correção com base em abril, porém o certo seria aplicar para o período de setembro a agosto, já que o incentivo iniciou-se em setembro/2003 e a correção das parcelas deve ser realizada a cada 12 meses.

Às fls. 544 a 650, o autuado juntou ao processo documentos e demonstrativos referentes aos argumentos acima. Assevera que, após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão de que recolheu R\$ 47,68 a mais que o devido.

No tocante ao mês de dezembro de 2008, o autuado apresenta demonstrativo da apuração do ICMS que entende ser o devido (fl. 652 – vol. III) e faz as seguintes considerações sobre a apuração:

1. o saldo credor originado da apuração do ICMS, referente aos valores não passíveis de dilação, foi desconsiderado pelo autuante, o que diz ter gerado a cobrança de valor já recolhido;
2. as remessas de amostras grátis, para exposição ou feiras, promoções e outras saídas, possuem operações com produtos ou materiais vinculados ao projeto; os estornos relativos a eventuais produtos não vinculados, já estão sendo considerados no item “b” retro;
3. os valores constantes em laudo apresentado pelo autuado não foram excluídos, por serem relacionados com perdas de produtos relativos ao projeto;
4. em relação aos créditos das transferências com CFOP 5.152, especificamente em relação à matéria-prima transferida, o autuado estornou seu débito de R\$ 33.627,34, porém, em obediência ao princípio da não cumulatividade, estornou-se também o crédito proporcional;
5. em relação aos créditos das operações com produtos sujeitos à substituição tributária, aqueles compreendidos nas operações próprias não foram estornados, já que se trata de tributação sobre operação e produtos inseridos no projeto;
6. não foram estornados os créditos relativos ao livro CIAP, pois estes dizem respeito a equipamentos vinculados ao projeto;
7. foi compensado o saldo credor não vinculado ao projeto, da p:
incentivo/dilação;

8. quanto à divergência de valores nas parcelas fixas, a fiscalização utilizou a correção com base em abril, sendo que o certo seria aplicar para o período de setembro a agosto, uma vez que o incentivo iniciou-se em setembro/2003 e que a correção deve ser realizada a cada 12 meses.

Às fls. 651 a 720, o autuado juntou ao processo documentos e demonstrativos referentes aos argumentos acima. Assevera que, após as devidas correções na apuração do imposto, chega-se à conclusão que o imposto devido é de R\$ 13,48.

Sustenta que, em relação aos demais períodos, os autuantes nortearam-se por critérios inadequados e à margem das determinações normativas. Diz que só deveria ser objeto de cálculo para a apuração da parcela a ser dilatada o eventual saldo devedor mensal que suplantasse a parcela mínima fixada para o gozo do incentivo do Programa DESENVOLVE.

Quanto à infração 3, o autuado afirma que considerou a situação cadastral dos adquirentes das mercadorias na data da realização das operações (fls. 721 a 908 – vol. III), ao passo que os autuantes tomaram por base a situação cadastral atual. Diz que os auditores desprezaram as alterações ocorridas entre a data da operação e a data da fiscalização.

Relativamente à infração 4, o autuado reconhece a procedência da autuação e diz que já recolheu o valor correspondente.

Ao finalizar a defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Na informação fiscal (fls. 910 a 920 – vol. III), referindo-se à infração 1, os autuantes afirmam que nenhuma das hipóteses previstas no art. 70 do RICMS-BA coincide com a operação praticada pelo autuado. Frisam que o RICMS-SP não tem qualquer implicação nas exigências do RICMS-BA. Dizem que o art. 3º da LC 87/96, ao dispor sobre a não incidência, não elenca a operação em comento. Mantêm a exigência fiscal em sua totalidade.

No que tange à infração 2, referindo-se ao mês de janeiro de 2006, os autuantes afirmam que:

1- Saldo credor do período anterior: No cálculo da parcela do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, não há que se considerar o saldo credor de ICMS do período anterior. O saldo credor do período anterior, se houver, será deduzido do valor do ICMS a recolher no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS). O documento acostado à fl. 315 comprova a inexistência do referido saldo credor.

2- Revenda: Mediante intimações, solicitaram o controle de entradas e saídas das mercadorias adquiridas de terceiros, para que fossem calculados os débitos não vinculados ao projeto, porém o autuado afirmou que não tinha esse controle. Durante a ação fiscal, solicitaram o Relatório de Produção (fl. 17) e constataram que "sabão em barra" e "sabão raladinho" não foram os únicos produtos recebidos em transferência, ou seja, o autuado fabricava e também recebia produtos idênticos em transferência, conforme comprova o documento de fls. 96 a 106. Era, portanto, necessário segregar as vendas de produtos de fabricação própria das vendas de produtos recebidos em transferência. Explicam como apuraram os valores estornados (fls. 922 a 930).

3- Operações com CFOPs 5949 e 6949 e valores constantes em laudo: Afirman que desconhecem o laudo citado na defesa, conforme *e-mail* à fl. 931 (vol. III). Quanto às notas fiscais de CFOPs 5949 e 6949, cujas cópias foram anexadas na defesa, afirmam que são referentes a "outras saídas não especificadas", não havendo na IN 27/09 previsão de exclusão dos valores do ICMS destacado.

4- Produtos da substituição tributária: Sustentam que os valores referentes às operações de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária devem ser considerados créditos não vinculados ao projeto, conforme a IN 27/09.

5- Bens do Ativo Imobilizado, Crédito lançados no livro CIAP: A IN 27/09 determina a exclusão dos créditos relativos a bens do ativo imobilizado e materiais

6- Compensação saldo credor: Não há o que compensar, pois não existe previsão legal para a compensação de saldo devedor do ICMS normal apurado no período anterior com o valor da parcela não dilatada. Ademais, o saldo do período anterior foi devedor, conforme DAE à fl. 932.

No que tange ao mês de abril de 2006, os autuantes asseveram que:

- 1- Revenda: Idem item 2 do mês de janeiro de 2006.
- 2- Operações com CFOP 5949 e 6949 e valores de laudo: Idem item 3 do mês de janeiro de 2006.
- 3- Produtos da substituição tributária: Idem item 4 do mês de janeiro/2006.
- 4- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

Quanto ao mês de junho de 2006, os autuantes informam que:

- 1- Revenda: Idem item 2 do mês de janeiro/2006.
- 2- Operações com CFOP 5949 e 6949 e valores de laudos: Idem item 3 do mês de janeiro/2006.
- 3- Produtos da substituição tributária: Idem item 4 do mês de janeiro/2006.
- 4- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

Em relação ao mês de abril de 2007, os autuantes dizem que:

- 1- Revenda: Idem item 2 do mês de janeiro/2006.
- 2- Operações com CFOP 5949 e 6949 e valores de laudos: Idem item 3 do mês de janeiro/2006.
- 3- A exclusão de valores referentes ao diferencial de alíquota, tanto das mercadorias para uso e consumo quanto dos fretes relativos a tais aquisições, está prevista no item 2.1.24 da IN 27/09.
- 4- Produtos da substituição tributária: Idem item 4 do mês de janeiro/2006.
- 5- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

6- FAZCULTURA: Consta no livro RAICMS do autuado (fls. 416 a 420 – vol. II) o valor R\$ 46.869,80, sob a indicação de que se trata do incentivo do FAZCULTURA (Título nº 7417). Contudo, o Título nº 7417 (fls. 252 – vol. II), por si só, não estabelece qual o valor a ser deduzido no período. A defesa deverá abrir o valor total acima indicado para diferenciar o montante do FAZCULTURA, bem como apresentar a memória de cálculo do incentivo cultural de cada título, para que seja possível se determinar o valor a ser deduzido.

Em relação ao mês de abril de 2008, os autuantes dizem que:

- 1- Revenda: Idem item 2 do mês de janeiro/2006. Os valores apresentados pela defesa nas alíneas “a” e “b” deste item não são confiáveis, porque não são oriundos de um controle efetivo das operações realizadas. Os montantes citados pela defesa nos subitens “b1”, “b2”, “b3” e “b4” não podem ser levados em conta, pois não tiveram a sua origem demonstrada.
- 2- Remessa de amostra grátis: As remessas de amostra grátis (CFOPs 5911 e 6911) fazem parte dos débitos não vinculados ao projeto, conforme item 2.1.23 da IN 27/09 e, portanto, a exclusão desses valores está correta.
- 3- O diferencial de alíquota foi considerado na forma prevista na IN 27/2009.
- 4- Os laudos mencionados não o foram apresentados durante a ação fiscal e nem na defesa.
- 5- Os valores apresentados na defesa não foram demonstrados, diferente do que ocorreu na ação fiscal (demonstrativo à fl. 94).
- 6- Produtos incluídos na substituição tributária: Idem item 4 do mês de
- 7- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

8- Operações com CFOP 5949 e 6949: Idem item 3 do mês de janeiro/2006.

9- Não há previsão legal para a compensação levada a efeito pela autuada.

10- A parcela mínima do período não foi calculada com base no índice de abril, como afirma a defesa. O referido valor foi atualizado em setembro/2007 e, desde então, a parcela mínima permaneceu inalterada até o mês de setembro/2008, quando foi recalculada. O índice de correção aplicado em setembro/2007 para os doze meses seguintes foi 1,1363, calculado da seguinte forma: o IGPM acumulado de setembro de 2008 = 4.123,361369 dividido pelo IGPM de setembro de 2007 = 3.628,743881. Assim, a parcela mínima de R\$ 141.215,78, utilizada até agosto de 2007, foi corrigida para R\$ 147.729,54 e continuou com o mesmo valor até agosto/2008. Estranham o fato de a defesa questionar o índice apenas em relação ao mês de abril/2008, já que o mesmo valor foi utilizado desde setembro/2007.

Quanto ao mês de outubro de 2008, os autuantes sustentam que:

1- Revenda: As notas fiscais com CFOP 5102 acobertaram operações de revenda de mercadorias e não de sucata, para a qual existe CFOP específico. Os subitens “b1”, “b2” e “b3” tratam de afirmativas sem qualquer comprovação.

2- Remessa de amostra grátis: Idem item 2 do mês de abril de 2008.

3- Os laudos mencionados não foram apresentados nem durante a ação fiscal e nem na defesa.

4- Os valores questionados nesse item não podem ser aceitos, pois não foram demonstrados e comprovados. Destacam que os valores estornados na ação fiscal foram comprovados (fls. 92) e foram indicados na memória de cálculo (fl. 95), tanto para os créditos (2152, R\$ 4.061,91) quanto para os débitos (6152, R\$ 4.747,90), na forma da IN 27/09.

5- A defesa não apresenta valores ou documentos para embasar as afirmações que faz.

6- Produtos incluídos na substituição tributária: Idem o item 4 do mês de janeiro/2006.

7- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

8- Não há previsão legal para a compensação efetuada pelo autuado.

9- Correção da parcela mínima: Idem item 10 do mês de abril/2008.

No tocante ao mês de novembro de 2008, os autuantes asseveram que:

1- Saldo credor período anterior: No cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo, não há que considerar o saldo credor do ICMS no período anterior.

2- Revenda: Idem item 1 do mês de outubro de 2008.

3- Remessa de amostra grátis: Idem o item 2 do mês de outubro de 2008.

4- Os laudos mencionados não foram apresentados durante a ação fiscal e nem na defesa.

5- Os valores questionados nesse item não podem ser aceitos, pois não foram demonstrados e comprovados. Os valores estornados na ação fiscal foram comprovados (fl. 92) e foram indicados na memória de cálculo (fl. 95), tanto para os créditos (2152, R\$ 233,37) quanto para os débitos (6152, R\$ 7.315,01), na forma da IN 27/09.

6- Produtos na substituição tributária: Idem item 4 do mês de janeiro/2006.

7- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

8- Não há previsão legal para a compensação levada a efeito pelo autuado.

9- Idem item 9 do mês de outubro/2008.

Quanto ao mês de dezembro de 2008, os autuantes dizem que:

1- Saldo credor período anterior: Idem item 1 do mês de novembro de 2008.

2- Remessa de amostra gráitis: Idem item 2 do mês de outubro de 2008.

3- Os laudos mencionados não foram apresentados durante a ação fiscal e nem na defesa.

4- Os valores questionados nesse item não podem ser aceitos, pois não foram demonstrados e comprovados. Os valores estornados na ação fiscal foram comprovados (fl. 92) e foram indicados na memória de cálculo (fl. 95), tanto para os créditos (2152, Nihil) quanto para os débitos (6152, R\$ 33.627,34), na forma da IN 27/09.

5- Produtos na substituição tributária: Idem item 4 do mês de janeiro/2006.

6- Bens do Ativo Imobilizado: Idem item 5 do mês de janeiro/2006.

7- Não há previsão legal para a compensação levada a efeito pelo autuado.

8- Idem item 9 do mês de outubro/2008.

Os autuantes afirmam que todos os documentos trazidos na defesa foram cuidadosamente verificados, porém nenhum deles se mostrou capaz de alterar os valores originalmente cobrados. Dessa forma, mantêm esse item do lançamento em sua totalidade.

Quanto à infração 3, os auditores fazem a distinção entre “situação e condição cadastral” e, em seguida, afirmam que a fonte escolhida pelo autuado para acompanhar a situação dos seus clientes não foi o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia e, portanto, os documentos acostados na defesa (fls. 721 a 908 – vol. III) não comprovam a condição de microempresa na data da realização das vendas arroladas na autuação. Frisam que a comprovação da real condição dos contribuintes está às fls. 112 a 173 (vol. I), aonde foram relacionadas a data da emissão das notas fiscais e o histórico da condição, conforme exemplos que cita.

No que tange à infração 4, os autuantes frisam que a procedência desse item da autuação foi expressamente reconhecida e o valor cobrado foi recolhido.

Ao finalizar a informação fiscal, os auditores mantêm a autuação em sua totalidade.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado se pronuncia nos autos (fls. 1001 a 1004 – vol. III) e, após reiterar os termos da defesa inicial, passa a abordar questões pertinentes à infração 2, conforme relatado a seguir.

Afirma que, quando se referiu a “saldo credor do período anterior”, estava tratando de “saldo credor do próprio período” em que se deram as operações não vinculadas ao projeto. Diz que, em relação a esse saldo credor não vê qualquer óbice para a sua utilização na compensação de saldo devedor das parcelas não dilatadas. Sustenta que não é possível aplicar a IN 27/09 retroativamente com o intuito de atingir os fatos objetos da autuação.

Menciona que, na apuração da parcela não dilatada, excluiu os débitos e créditos que julgava não abrangidos pelo projeto. No que concerne aos “códigos” dos produtos fabricados na Bahia, assegura ter demonstrado aos auditores que tomava as cautelas necessárias para que mercadorias advindas de outras unidades não fossem incluídas no Programa DESENVOLVE. Frisa que não é admissível que os autuantes tenham interpretado a sua prática como uma irregularidade. Aduz que, ao contrário do que foi afirmado no segundo parágrafo da fl. 112, independentemente da mercadoria recebida por transferência haver sido, ou não, comercializada no próprio mês, sempre efetuou o estorno na apuração do benefício do DESENVOLVE, enquanto existisse eventual saldo.

Referindo-se às “Operações com CFOP 5949 e 6949”, o autuado assevera que há contradição nos argumentos dos auditores, pois, se eles foram cordial e atenciosamente atendidos pelo funcionário da empresa, por certo, todos os documentos e informações solicitados:

processo deveria ser convertido em diligência, concitando os advogados a apresentar os documentos necessários.

Acrescenta que as notas fiscais acostadas ao processo demonstram que eram referentes a materiais de uso no processo produtivo. Com relação aos CFOP 5.949/6.949, diz que o entendimento dos autuantes é ambíguo e estranho, pois, ao excluir a parcela do cálculo do DESENVOLVE, como diz ter feito, acarretou uma redução da parcela incentivada e majorou aquela a ser paga sem o incentivo.

Quanto aos produtos enquadrados no regime da substituição tributária, assevera que os “CFOPs 1.410 e 2.410 referem-se à devolução de produtos fabricados no contexto do projeto, sendo que os créditos considerados (não excluídos) relacionam-se somente à parcela do ICMS da apuração própria desses produtos e que, portanto, se assemelham aos créditos da CFOPs 1.201 ou 2.201, devolução de produtos manufaturados no estabelecimento”.

No tocante à compensação de saldo credor, frisa que *o equívoco incorrido pelos auditores está claro, não se cuida de saldo devedor do ICMS normal, apurado no período anterior*.

Em relação ao FAZCULTURA, diz que o demonstrativo em anexo (fl. 1008 – vol. III) elucida os questionamentos formulados pelos auditores.

Salienta que o demonstrativo citado no mês “Abril/2008” (fls. 915 – vol. III) não foi apresentado porque não foi solicitado.

No tocante às “Remessas de amostra grátis”, sustenta que não é possível que a IN 27/09, mesmo que fosse aplicável a fatos pretéritos, vedasse o que a legislação respectiva não o fez. Frisa que a norma alcança as saídas de produtos fabricados no contexto do projeto, não importando a natureza contábil ou jurídica de tal providência.

Referindo-se ao mês “Out/2008” (fls. 916 – vol. III), afirma que “os anexos pareceres, extraídos do website da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (nºs 16.484 e 13.358), eliminam as dúvidas suscitadas pelos auditores fiscais”.

Quanto ao mês “Nov/2008” (fls. 917 – vol. III), diz que “não se trata de saldo credor do ICMS no período anterior, como afirmado pelos auditores”.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado reitera as razões e o pedido formulados em sua defesa.

Após apreciação em pauta suplementar, a 1ª JJF decidiu encaminhar o processo em diligência à IFEP INDÚSTRIA (fls. 1020 – vol. III), para que fossem atendidas as seguintes solicitações:

1. Intimassem o autuado a apresentar as seguintes comprovações:

- a) Demonstrar a segregação dos produtos fabricados no estabelecimento fiscalizado daqueles recebidos de outras unidades, uma vez que o próprio autuado justifica que não utilizava códigos para separar os produtos fabricados dos recebidos em transferência.
- b) Esclarecer e apresentar comprovações acerca dos produtos constantes nos citados laudos, além dos produtos com CFOPs 5.949 e 6.949 (outras saídas não especificadas) destinadas a atacadistas neste ou em outras unidades da Federação.
- c) Apresentar memória de cálculo demonstrando a apuração dos valores utilizados na forma de crédito fiscal do FAZCULTURA.
- d) Demonstrar que as saídas de “remessas de amostra grátis” foram feitas com produtos vinculados ao “projeto”, ou que foram excluídas quando fabricados em outro estabelecimento.
- e) Discriminar os valores dos créditos vinculados às transferências para comercialização, de forma a identificar os valores excluídos e os estornos da parcela proporcionalmente aos valores fabricados em outras unidades.

- f) Comprovar que os produtos das operações com CFOP 5.102 se referem a sucatas.
2. Elaborem novo demonstrativo de débito, observando o que dispõe a legislação em vigor e os novos documentos que venham a ser acostados pelo autuado.
3. Entreguem cópia do resultado da diligência ao autuado, reabrindo o prazo de defesa.

A diligência foi cumprida, conforme os documentos de fls. 1023 a 1791 (vols. III a V), tendo sido o autuado intimado a atender as solicitações acima, conforme fls. 1023 (vol. III). Em atendimento à intimação, o autuado prestou as seguintes informações:

Item 1 da Intimação – Reitera que estornava a totalidade dos créditos e dos débitos referentes a produtos não fabricados na unidade fiscalizada, conforme o Anexo I – planilhas de apuração, relatório interno de CFOP conciliado com o livro RAICMS e “espelho” das notas fiscais de transferências (fls. 1033 a 1091). Repisa que está, portanto, confirmado os estornos de créditos e de débitos não vinculados ao projeto. Aduz que utilizou método assemelhado ao método PEPS (primeiro que entra, primeiro que sai), para que, independentemente do local de fabricação, todos os produtos recebidos em transferência tivessem os valores correspondentes estornados.

Item 2 da Intimação – Explica que adota o sistema de emissão de laudos, originados pelo sistema de controle interno, para estornar créditos, valores relativos a produtos avariados, devolvidos sem condição de reutilização, etc. Acosta ao processo o Anexo II – com os laudos e demonstrativos referentes às notas fiscais do período fiscalizado (fls. 1092 a 1163).

Item 3 da Intimação – Junta ao processo o Anexo III (fls. 1164 a 1169) com a memória de cálculo do utilização do incentivo FAZCULTURA e com fotocópia dos respectivos títulos.

Item 4 da Intimação – Afirma que o Anexo IV (fls. 1170 a 1179) comprova que todos os produtos não fabricados na Bahia tiveram os seus débitos estornados.

Item 5 da Intimação – Diz que no Anexo V (fls. 1180 a 1206) constam os detalhamentos solicitados, demonstrando o estorno dos créditos referentes às operações de transferência, em sua totalidade ou proporcionalmente aos custos, conforme o caso.

Item 6 da Intimação – Afirma que a solicitação lhe causa estranheza, pois não realiza outra operação que não seja a industrialização de produtos de limpeza. Diz que os materiais discriminados nos relatórios e notas fiscais correspondentes (Anexo VI – fls. 1207 a 1791) são referentes a produtos sucateados e que, por essa razão, foi utilizado o código 5.102.

Às fls. 1793 e 1794, os autuantes se pronunciaram acerca das informações prestadas pelo autuado em atendimento à intimação.

Os autuantes afirmaram que, após análise dos anexos apresentados, verificaram que, em relação ao primeiro item da diligência, não houve comprovação da segregação dos produtos fabricados no estabelecimento autuado dos recebidos de outras unidades fabris.

Quanto ao segundo item da diligência, mencionam que os valores expurgados no demonstrativo referente aos débitos e créditos não vinculados à produção (CFOPs 5949 e 6949) coincidem com os apurados pela fiscalização (fls. 85 a 87, 89 a 91 e 93 a 95). Ressaltam que o autuado não apresentou demonstrativo para todo o período abraçado pela ação fiscal.

Em relação ao terceiro item da diligência, asseveraram que o autuado apresenta um demonstrativo (fl. 1165), com os mesmos valores que foram utilizados na ação fiscal.

No que tange o quarto item da diligência, sustentam que não ficou demonstrado que as saídas referentes a “remessas de amostra grátis” foram feitas com produtos ou materiais vinculados ao projeto. Frisam que a relação apresentada não separa os produtos f

dos recebidos em transferência, o que impossibilita saber se o produto foi ou não fabricado na unidade fiscalizada ou se foi recebida de outra unidade.

Quanto ao quinto item da diligência, salientam que os valores constantes no Anexo V coincidem com os apurados na ação fiscal.

No tocante ao sexto item da diligência, asseveram que os valores consignados no Anexo VI, saídas com CFOP 5102, também coincidem com os apurados na fiscalização.

Ao finalizar seu pronunciamento, os autuantes dizem que não foram elaborados novos demonstrativos porque não houve modificação dos valores originalmente cobrados.

O processo foi encaminhado à IFEP Indústria (fls. 1798 - vol. V), para que a fosse dada vista ao autuado do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo de dez dias para pronunciamento.

Ao se pronunciar nos autos (fls. 1803 e 1804 – vol. V), o autuado afirma que houve uma utilização retroativa de dispositivos da IN 27/09. Frisa que a irretroatividade de atos normativos constitui um preceito universal, imprescindível para a garantia da segurança jurídica e da estabilidade dos direitos subjetivos. Reitera que a IN 27/09 teve a sua vigência iniciada após o encerramento do período fiscalizado (dezembro de 2008).

Sustenta que antes da entrada em vigor da IN 27/09 e, portanto, ante a falta de pormenorização acerca das exclusões dos valores a crédito ou a débito no cálculo da parcela não incentivada a ser recolhida, impunha-se aos contribuintes observar as orientações verbais e aquelas oriundas de consultas formalizadas, atentando sempre aos princípios e determinações emanadas da aprovação do Programa DESENVOLVE, conforme diz ter procedido.

Especificamente em relação ao terceiro item da diligência, o autuado afirma que os dados da diligência não coincidem com os da ação fiscal, pois: no mês de junho de 2006, o valor do FAZCULTURA foi de R\$ 7.132,85, os autuantes desprezaram esse montante e encontraram um débito de R\$ 2.336,28; no mês de abril de 2007, a parcela do FAZCULTURA foi R\$ 7.332,97, os autuantes desconsideraram esse valor e apuraram um débito de R\$ 7.287,77; no mês de abril de 2008, o FAZCULTURA foi de R\$ 7.806,48 e, os auditores desconsideraram essa importância e apuraram o débito de R\$ 5.904,26.

Quanto ao quarto item da diligência, o autuado diz que independentemente da natureza das saídas (amostra grátis, venda, bonificação, etc.), todos os produtos fabricados em outras unidades foram excluídos na apuração do débito.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado reitera os argumentos já expendidos.

Às fls. 1011 a 1018, foram acostados ao processo extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes ao pagamento efetuado pelo autuado, no valor de R\$ 20.008,30 (principal mais multa e acréscimos).

VOTO

Trata a infração 1 da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nos recebimentos, em transferências, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

Nos termos do art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, regulamentado no art. 5º, inc. I, do RICMS-BA, para fins de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS, dentre outras hipóteses, no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso e consumo do próprio estabelecimento. Considerando esse disp, constituíram o crédito fiscal referente à infração em comento.

Em sua defesa, o autuado argumenta que, como as operações se referiam a transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não havia incidência de ICMS nas operações e, portanto, não era devida a diferença de alíquotas. Frisa que o RICMS-SP previa a não incidência, tanto que as notas fiscais não continham destaque do ICMS.

Ao teor do disposto no art. 2º, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96, e do art. 2º, inc. I, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, o ICMS incide sobre a circulação de mercadorias, sendo irrelevante para a caracterização do fato gerador do imposto a natureza jurídica da operação. Ao dispor sobre a não incidência do ICMS, nem o art. 3º da LC nº 87/86 e nem o art. 3º da Lei 7.014/96 citam a operação relacionada na infração em comento com uma hipótese de não incidência. Dessa forma, as transferências interestaduais de materiais de uso e consumo são tributadas pelo ICMS. Nesse ponto, saliento que o fato de o Estado de São Paulo considerar as transferências interestaduais em tela como abarcada pela não incidência não possui o condão de modificar o disposto na LC nº 87/96 e nem na Lei nº 7.014/96.

A legislação tributária estadual ressalva, no art. 7º do RICMS-BA, situações específicas nas quais não é devida a diferença de alíquotas. No entanto, nem as operações relacionadas na autuação e nem a situação cadastral do autuado se enquadram em qualquer dos casos previstos no referido artigo 7º com a dispensa do pagamento da diferença de alíquotas.

Em consonância com o posicionamento acima, o parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA, ao tratar da apuração da base de cálculo da diferença de alíquotas, prevê que “*se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.*”

Em face do acima comentado, o procedimento dos autuantes foi correto e a infração subsiste em sua totalidade.

Na infração 2, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto devido, na condição de beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Para embasar a autuação, os autuantes elaboraram demonstrativos da apuração do imposto que foi recolhido a menos, bem como das exclusões efetuadas.

Em sua defesa, o autuado impugna as apurações efetuadas pelos autuantes e, quanto aos meses de janeiro/2006, abril/2006, junho/2006, abril/2007, abril/2008, outubro/2008, novembro/2008 e dezembro/2008, apresenta demonstrativos da apuração do ICMS que entende ser o devido. Para comprovar a correção dos seus cálculos, acosta aos autos os documentos correspondentes e explica como deveria ter sido apurado o ICMS exigido na infração em tela.

Exceto quanto à questão do incentivo do FAZCULTURA, esses demonstrativos apresentados na defesa não merecem prosperar, conforme passo a me pronunciar.

O valor do saldo credor do mês anterior ou do mês em curso não pode ser compensado na apuração da parcela do ICMS passível de incentivo, pois esse saldo já é considerado na apuração do saldo devedor total do mês, senão vejamos: se for saldo credor do período anterior, ele será deduzido do valor apurado, no livro RAICMS; caso seja saldo credor verificado dentro do próprio mês, será transportado para o mês seguinte. Dessa forma, os ajustes efetuados pelo autuado, sob esse título, não procedem.

No que tange aos produtos não fabricados no estabelecimento do autuado convertido em diligência por duas vezes, o defensor não comprova que separasse os produtos fabricados no estabelecimento baiano dos demais. Ocorre que, de acordo com o art. 1º, § 1º, da Resolução nº 1.200, de 20 de setembro de 2007, da Secretaria da Fazenda da Bahia, a separação deve ser feita entre os bens produzidos no estabelecimento baiano e os bens produzidos no estabelecimento exterior, quando houver a utilização de matéria-prima produzida no exterior, ou quando houver a utilização de matéria-prima produzida no estabelecimento baiano, mas destinada ao exterior, ou quando houver a utilização de matéria-prima produzida no estabelecimento exterior, mas destinada ao interior.

outros Estados. Não vislumbro, assim, como se acolher os números apresentados na defesa como sendo referente a mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros.

Em relação aos valores referentes às operações de CFOP 5.102, foi correto o procedimento dos autuantes, pois esse citado CFOP corresponde a “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”. Ademais, mesmo admitindo-se que as vendas em questão eram de sucatas, conforme os pareceres de fls. 1005 a 1007 e as notas fiscais trazidas ao processo na diligência, não há como se admitir que essas sucatas estavam vinculadas ao projeto, uma vez que o autuado foi habilitado aos benefícios do Programa DESENVOLVE “para produzir materiais de higiene e limpeza”, conforme a cópia da Resolução acostada à fl. 107.

O autuado afirma que efetuou exclusão de valores referentes à totalidade das saídas de produtos fabricados em outras unidades, conforme montantes e produtos listados na defesa. Considerando que o autuado não comprovou que possuía controles que separassem os produtos segundo as unidades fabris, não há como se acolher essas exclusões indicadas na defesa, sem qualquer comprovação de suas origens.

Os valores constantes nos laudos citados na defesa não devem ser incluídos no cálculo do imposto, haja vista que são peças elaborados pelo controle interno do próprio contribuinte, sem qualquer controle fiscal, bem como não há comprovação dos valores ali consignados.

Em relação às operações de CFOPs 5949 e 6949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificada), observo que o autuado, apesar de regularmente intimado para esse fim, não comprovou a efetiva natureza dessas operações, limitando-se a apresentar demonstrativos cujos valores coincidem com os já apurados na ação fiscal, conforme podemos verificar ao se confrontar os demonstrativos de fls. 1093/ 1103 com os de fls. 86/87, 89/91, 93/95. Não há, portanto, como acatar essas exclusões efetuadas pelo autuado.

Quanto às entradas de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, não há como se manter os valores em questão, uma vez que foram operações referentes ao CFOPs 1.400 e 2.400, os quais têm a sua exclusão determinada no item 2.2.13 da IN 27/09.

Os créditos referentes ao ativo imobilizado, controlados por meio do livro CIAP, devem ser excluídos da apuração da parcela incentivada, pois a IN 27/09, no seu item 2.2.18, determina a exclusão dos créditos referentes às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e não vinculados ao projeto, de CFOPs 1.550 e 2.550.

No que tange à compensação de saldo credor não vinculado ao projeto, não há amparo para o procedimento do autuado, uma vez que tal saldo, se efetivamente existente, deverá ser transportado para o mês seguinte, quando, no livro RAICMS, será deduzido do valor a recolher.

Os valores referentes ao diferencial de alíquotas devem ser excluídos, conforme fizera os autuantes em consonância com o item 2.1.24 da IN 27/09.

Quanto às remessas de amostra grátis, o autuado, apesar de regularmente intimado na diligência, não apresentou comprovação de que efetivamente separava os produtos fabricados no estabelecimento autuado dos adquiridos ou recebidos em transferência de outros estabelecimentos. Portanto, correto o procedimento dos autuantes.

No tocante aos estornos créditos proporcionalmente aos custos de fabricação em outras unidades, não há como acolher o argumento defensivo, pois, além de o autuado não comprovar a segregação dos produtos, os demonstrativos apresentados pelo contribuinte contêm os mesmos valores apurados na ação fiscal.

Os cálculos da parcela fixa efetuados pelos autuantes estão corretos e mês de setembro. As diferenças entre os valores apurados pelo

decorreram de aproximação de números fracionários. Portanto, não há como acolher esse argumento da defesa.

Relativamente às operações de CFOPs 6.152 e 5152, observo que o fato de o autuado não comprovar a segregação dos produtos prejudicou a demonstração da veracidade desse argumento defensivo. Conforme foi salientado na informação fiscal, o autuado não demonstrou a origem desses valores estornados. Correto o procedimento dos autuantes.

Quanto aos meses para os quais o autuado não apresentou demonstrativos, o contribuinte alega que os autuantes se nortearam por critérios inadequados e à margem das determinações normativas. Diz que só poderia ser objeto da apuração da parcela dilatada o eventual saldo devedor mensal que suplantasse a parcela mínima fixada para o benefício do DESENVOLVE.

Esses argumentos defensivos não se mostram capazes de modificar a infração que foi imputada ao contribuinte, pois a ação fiscal foi desenvolvida de acordo a legislação pertinente e está respaldada em demonstrativos e documentos que lhe dá sustentação. Por sua vez, a referida parcela mínima foi fixada na Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE que habilitou o autuado aos benefícios do citado Programa.

A Instrução Normativa 27/09 tem o caráter interpretativo e, portanto, a sua utilização não cria fato novo. Saliento que esse item do lançamento está baseado no Dec. 8205/02, o qual regulamenta a Lei nº 7.80/01, que instituiu o Programa DESENVOLVE. Ademais, aos prepostos fiscais falece competência para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, ao teor do disposto no artigo 125 do Código Tributário o Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81.

Quanto aos descontos atinentes ao FAZCULTURA, observo que os autuantes na informação fiscal (fls. 915) asseveraram que era necessário que o autuado apresentasse “a memória de cálculo do incentivo cultural de cada título para determinarmos com precisão o valor a ser deduzido.”

Mediante diligência, o autuado apresentou a memória de cálculo de fl. 1165, bem como fotocópia dos títulos em questão (fls. 1166 a 1169). Os autuantes não contestam a memória de cálculo apresentada e, ainda, afirmaram que os valores [da memória de cálculo] coincidem com aqueles por nós utilizados [na auditoria fiscal]. Todavia, ao confrontar os valores mensais do incentivo fiscal do FAZCULTURA constantes na memória de cálculo (fl. 1165) com os computados na auditoria fiscal (fls. 85, 88 e 92), verifico que os autuantes deixam de considerar valores referentes aos meses de junho/2006, abril/2007 e abril/2008, conforme a tabela apresentada a seguir:

DATA OCORR.	DÉBITO ORIGINAL	FAZCULTURA	DÉBITO RETIFICADO
Junho/2006	R\$ 2.336,28 (fl. 85)	R\$ 7.132,85 (fl. 1165)	R\$ 0,00
Abril/2007	R\$ 7.287,77 (fl. 88)	R\$ 7.332,97 (fl. 1165)	R\$ 0,00
Abril/2008	R\$ 5.904,26 (fl. 92)	R\$ 7.806,48 (fl. 1165)	R\$ 0,00

Conforme a tabela acima, excluo da infração 02 os débitos referentes aos meses de ocorrência de junho/2006, abril/2007 e abril/2008, mantendo-se inalterados os débitos referentes aos demais meses. Dessa forma, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$ 175.061,19.

A infração 3 versa sobre recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de operações de saídas de mercadorias destinadas a empresas normais como se fosse para microempresas, tendo o autuado aplicado a alíquota de 7% em vez de 17%.

Segundo o disposto no art. 51, I, “c”, do RICMS-BA, as operações com mercadorias saídas de estabelecimento industrial situado neste Estado, cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, serão tributadas à alíquota de 7% ~~exceto quando se tratar de~~ mercadorias enquadradas na substituição tributária ou consideradas su]

Para comprovar a infração, os autuantes elaboraram demonstrativos e acostaram ao processo extratos do Sistema de Informações dos Contribuintes – INC com o histórico da condição cadastral dos adquirentes das mercadorias.

Em sua defesa, o autuado alega que os auditores fiscais não consideraram a situação cadastral dos contribuintes na data das operações e, como prova desse argumento, acosta ao processo os documentos de fls. 721 a 909.

Após examinar os documentos acostados ao processo na defesa, verifico que, conforme foi bem explicado na informação fiscal, o autuado confunde a “situação cadastral” com a “condição cadastral”. Os documentos trazidos na defesa servem para atestar se os contribuintes estavam ativos, inativos, cancelados, etc. Porém, para elidir a infração, o autuado deveria ter comprovado que os contribuintes em questão estavam na época enquadrados como microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes, o que não foi feito. Dessa forma, a infração em comento subsiste integralmente.

Em relação à infração 4 – recolhimento a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas –, o autuado reconheceu a procedência da autuação e efetuou o recolhimento do valor cobrado. Não há, portanto, controvérsia sobre a matéria, e a infração está devidamente caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 478.234,97, para julgar as infrações 1, 3 e 4 procedentes, e a infração 2 procedente em parte. A repartição fazendária competente deverá homologar as quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0004/09-9, lavrado contra **QUÍMICA AMPARO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$478.234,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR