

A. I. N.º - 269193.0146/10-0
AUTUADO - C & S ATACADO E VAREJO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - INFAC CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 24.05.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-04/11

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. BENEFÍCIO FISCAL. ATACADISTA. TERMO DE ACORDO. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. a) VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. Fatos não impugnados. b) APÓS RENÚNCIA DO TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. Documentos juntados ao processo não comprovam Denúncia do Termo de Acordo – Atacadista. Infração nula. 4. CRÉDITO FISCAL. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM CONTEMPLADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO. Acusação subsistente. b) ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO SUPERIOR AO PERMITIDO. Demonstrativos elaborados pela fiscalização evidenciam que não foram computados na apuração do coeficiente de apropriação do crédito fiscal os valores das mercadorias que tiveram imposto pago por antecipação que configuram operações de saídas tributadas. Infração elidida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS A CONTRIBUINTES NA SITUAÇÃO CADASTRAL “INAPTA”. FALTA DE RETENÇÃO. Infração reconhecida. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) ATIVO IMOBILIZADO. b) DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Comprovado que se trata de bens de ativo e consumo e não de insumos utilizados na prestação de serviços não tributados pelo imposto. Excluído da base de cálculo as mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação e de valores já pagos. Reduzido o valor do débito. Infrações 7 e 8 parcialmente elididas. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. 9. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM DADOS DIVERGENTES. Restou comprovado que o contribuinte não foi intimado legalmente para corrigir as inconsistências apuradas relativas às divergências de dados contidos nos

arquivos magnéticos e escriturados em livros fiscais. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/09/10 e exige tributos no valor de R\$81.240,35, acrescido da multa de 60% e multas por descumprimento de obrigação acessória em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo. Consta na descrição dos fatos que se trata de vendas para contribuintes não inscritos ou inaptos na condição de atacadista com Termo de Acordo - R\$2.349,84.
02. Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta na descrição dos fatos que decorre da venda, na condição de atacadista, antes da confirmação do Termo de Acordo, conforme Anexos II.1 e II.2 - R\$1.503,63.
03. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que decorre da venda para contribuintes não inscritos, na condição de atacadista com Termo de Acordo, aplicando à alíquota reduzida equivalente a redução da base de cálculo, conforme Anexos III.1, III.2 e III.3 - R\$1.536,88.
04. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que decorre da venda, na condição de atacadista após ter renunciado o Termo de Acordo, conforme Anexos IV.1 e IV.2 - R\$6.857,25.
05. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, na condição de atacadista e Anexos V.1 e V.2 - R\$4.989,61.
06. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que se referem a venda para contribuintes inaptos, que tiveram inscrição suspensa ou cancelada, conforme Anexos VI.1 e VI.2 - R\$581,83.
07. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexos VIII.1 e VIII.2 - R\$3.405,00.
08. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexos IX.1 e IX.2 - R\$729,00.
09. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas, com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado R\$461,27.
10. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada multa de 10% do valor das aquisições - R\$ 757,62.
11. Forneceu arquivos magnéticos enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços

realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, conforme Anexos XII.1 e XII.2 - R\$51.427,48.

12. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, decorrente de erro na apuração do coeficiente de creditação proporcional às saídas tributadas – R\$6.640,94.

O autuado na defesa apresentada (fls. 545/549), com relação à infração 4 diz que diante da acusação de recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pela análise do tratamento tributário previsto no art. 3º-F [aguardentes] do Dec. 7799/00, com redação atual do Dec. 11.481 e efeitos a partir de 09/04/2009, entende que deve ser aplicada a redução da base de cálculo estabelecida de forma que a carga tributária corresponda a 12%.

Quanto à infração 5, relativa a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS decorrente de entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, observa que o Dec. 7799/00, com redação do Dec. 11.481/09, no seu art. 6º, § 2º estabelece que os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias e que [§2º] a restrição à utilização de créditos fiscais de que trata este artigo não se aplica relativamente às aquisições internas e de importação dos produtos previstos no art. 3º-F.

Afirma que analisando as planilhas apresentadas no anexo V.2 observa-se que consta na listagem mercadorias que fazem parte do art. 3º F (....vinhos da posição NCM 2204 e aguardente de cana (caninha), aguardente de melaço (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples da posição NCM 2208.....); além de constar mercadorias na substituição tributária.

Entende que estas mercadorias devem ser retiradas do cálculo da infração, conforme planilha juntada às fls. 546/547 totalizando R\$123,68 no exercício de 2007 e R\$933,30 no exercício de 2008.

Sobre a infração 7, referente a falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas na aquisição de ativo fixo, apresenta cópias dos DAEs com valor de R\$585,00 pago com atraso em 28/04/2010 referente a nf 10270 Randon (documento 001 e 002) e no valor de R\$525,00, pago com atraso em 28/07/2010 referente a nf 16886 (documento 003 e 004), o que comprova a quitação das diferenças apuradas pelo autuante, exceto a nf 12.862, que reconhece como devido.

No tocante à infração 8, também de diferença de alíquota de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, apresenta cópias das notas fiscais com as seguintes observações:

NF 170028-31/01/2008 CFOP 6.949 – Outras remessas interestaduais – não há incidência de ICMS.

NF 149096 de 31/08/2008 – CFOP 6.933 – Prestação de Serviços tributado pelo ISS – Não tem incidência de ICMS (documento 006).

NF 46928 de 31/12/2008 – CFOP 5.102 – Serviço de Montagem – Bahia – Não tem diferença.

NF 46.919 de 31/12/2008 – CFOP 5.102 – Venda Mercadoria – Bahia – Não tem diferença.

Relativamente à infração 11, ressalta que trata da aplicação de multa fiscal em razão de “que os arquivos magnéticos, foram fornecidos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes”, enquadrada no art. 686 e 708-A para o período de janeiro a outubro/07 e art. 686 e 708-B tudo do RICMS/BA, para o período de novembro/07 a dezembro/09.

Afirma que após analisar os citados dispositivos na legislação verificou que conforme transcreveu à fl. 548, as informações dos registros fiscais dos documentos estão mantidas e

guardadas conforme determina a legislação, em seu artigo 686.

Também, não houve por parte do autuante nenhuma solicitação ou intimação, como determina o artigo 708-B, §§ 3º e 5º, do RICMS/BA para correção de inconsistências nos arquivos magnéticos, nem mesmo para apresentação dos arquivos magnéticos como previsto no § 5º do artigo 686, do mesmo diploma legal. Desta forma entende que por não ter havido intimação para que fossem feitas as devidas correções, esta infração deverá ser desconsiderada.

Com relação à infração 12, relativa à utilização de crédito fiscal de ativo imobilizado, apropriado em valor superior ao permitido, decorrente de erro na formulação do coeficiente proporcional às saídas tributadas, diz que o mesmo foi apurado tomando como base a proporção das operações de saídas isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas, conforme determina o art. 93, § 17 do RICMS/BA.

Salienta que as saídas de mercadorias abrangidas pela substituição tributária deve compor na apuração do coeficiente como mercadorias tributadas. Ratifica que o cálculo apurado por ele está correto, visto que considerou todas as saídas tributadas e também desconsiderada esta infração tendo em vista que nos Anexos XXX.I e XXX.2 o autuante na apuração da base de cálculo das saídas tributadas não considerou as mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Por fim, requer procedência parcial do Auto de Infração, desconsiderando as infrações 4, 8, 11 e 12 e parcialmente as infrações 5 e 7 como demonstrado na defesa.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 564/568, ressalta inicialmente que as infrações 1, 2, 3, 6, 9 e 10 não foram contestadas.

Com relação à infração 4, afirma que no período que decorre a irregularidade o contribuinte havia renunciado ao Termo de Acordo, passando a utilizar o crédito normal e não o limitado pelo Dec. 7.799/00 (atacadistas). Diz que apesar da informação ter sido dada pela empresa, fez constar no Anexo IV.2 (fl. 129) e citou na descrição dos fatos, o que não foi contestado.

Relativamente à infração 5, afirma que o contribuinte incorre em erro ao misturar datas do art. 3º-F, ao qual se aplica o §2º do art. 6º do Dec. 7.799/00. Transcreve o texto atual à fl. 564 e ressalta que a redação mudou muitas vezes e o que vale é a redação vigente no período autuado de outubro/07 a outubro/08.

Ressalta que o texto trazido com a defesa ficou vigente no período de 01/04/09 a 08/04/09, conforme nota 4 da atualização da redação do Dec. 7.799/00, tendo o autuado indicado vigência de 09/04/09 que está contido na nota 5.

Contesta que as exceções trazidas não se aplicam ao período fiscalizado que tem como referência a nota 2. Quanto às mercadorias abrangidas pela substituição tributária, afirma que ficou prejudicado tendo em vista que não foi dito quais delas.

Quanto à infração 7, afirma que os DAEs trazidos com a defesa demonstram pagamentos inferiores aos apurados por ele, que comprovado resulta em valor devido de R\$1.185,00 no mês de dezembro/08; R\$525,00 no mês de março/09 e R\$585,00 no mês de outubro/09 totalizando R\$2.295,00.

Relativamente à infração 8, quanto à nota fiscal 170028 diz que o fato de ter o emitente apostado um CFOP 6949 não garante certeza da não exigência do imposto, visto que o documento à fl. 554 mostra que se trata de material de consumo, como consignado no Registro 54 do Sintegra cujo extrato juntou à fl. 352.

Sobre a nota fiscal 149096 remete para o CONSEF a formação de juízo de valor e na dúvida entende que seja material de uso/consumo de acordo com o Registro 54 (fl. 353).

Reconhece que as notas fiscais 46928 e 46919 foram emitidas por contribuintes localizados no Estado da Bahia e foi induzido a erro por anotação equivocada no Registro 54 (fls. 354/355).

Com os ajustes devidos, o demonstrativo de débito restringe-se a valor de R\$202,00 devido no

mês de janeiro/09 e R\$175,00 no mês de agosto/09 totalizando R\$377,00.

No tocante à infração 11, afirma que o autuado está equivocado, visto que em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, a listagem de diagnóstico poderá ser o próprio relatório do AN VII-SA entregue ao contribuinte.

Esclarece que baixou os arquivos Sintegra, verificou a existência de “inconsistências” tanto no programa SIFRA como no AN VII, SAFA e SVAN. Desenvolveu a fiscalização e apresentou ao contribuinte as irregularidades encontradas, tendo o mesmo apresentado provas de que várias infrações decorriam de divergências entre o AM e seus livros fiscais, o que obrigou a refazer quase 100% dos levantamentos a exemplo da Auditoria de Estoque que “caiu” de R\$ 30.000,00 para R\$ 461,27.

Ressalta que não está autuando por “inconsistência” dos AM que equivale ao não fornecimento (§ 6º do art. 708 B do RICMS), precedido da “Listagem Diagnóstico” e concessão do prazo de 30 dias para corrigi-lo e sim por fornecimento de arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, com dados DIVERGENTES dos constantes nos documentos fiscais registrados nos livros afins, mesmo que tais arquivos transmitidos estejam consistentes, como de fato estão”, ato que não foi contestado.

Quanto à infração 12, transcreve à fl. 568, o § 17 do art. 93 do RICMS/BA, citado pelo deficiente e afirma que não parece assistir razão ao litigante, apesar de reconhecer a razoabilidade de seus argumentos. Afirma que as mercadorias adquiridas que já foram objeto de antecipação tributária tiveram as fases de tributação encerradas no instante da antecipação e, por isso não são tributadas na fase em questão, motivo pelo qual deve ser considerada dessa forma no cálculo da proporcionalidade, mesmo porque a defesa não demonstra qualquer alteração da imputação. Remete para o CONSEF análise da questão.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado pra tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 570) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, o que não ocorreu no prazo legal concedido.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 573/576 detalhes de pagamento de parte do débito totalizando R\$7.191,07 do principal constante no SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a diversas infrações: Recolhimento a menos pela utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, erro na aplicação da alíquota, falta de estorno, falta de retenção, diferença de alíquota, omissão de saída, além da aplicação de multa pelo não registro de nota fiscal e pelo fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes da escrita fiscal.

O autuado não contestou as infrações 1, 2, 3, 6, 9 e 10, portanto inexistindo lide em relação às mesmas, devem ser mantidas na sua totalidade, devendo ser homologado os valores já pagos.

Com relação à infração 4, o autuado alegou que o tratamento tributário previsto no art. 3º-F do Dec. 7799/00 (vinhos e aguardentes com NCM 2204 e NCM 2208) deveria ser aplicado de forma que a carga tributária corresponesse a 12%.

O autuante contestou afirmando que “no período em que decorre a imputação, o contribuinte havia renunciado ao Termo de Acordo, tendo passado a utilizar o crédito normal e não o limitado pelo referido decreto”, fato que fez constar nos documentos juntados às fls. 129/134.

Verifico que no demonstrativo às fls. 107/128, o autuante indicou que a empresa “USOU O TERMO DE ACORDO p/ATACADISTA SÓ ATÉ OUT/2008”, indicou as alíquotas aplicadas e as devidas, a exemplo do produto Sidra consignada na nota fiscal 26469 (fl. 107) em que a empresa aplicou a alíquota de 19% e o autuante indicou alíquota de 27%. O mesmo ocorre com outros produtos (vinho - aliq. De 19% ao invés de 27%; aguardente 11% e 12% ao invés de 19%).

Pelo exposto, a questão que se apresenta é que o autuado alega que a carga tributária na comercialização de vinhos e aguardentes prevista no art. 3º-F do Dec. 7799/00 deve ficar limitada a 12% enquanto o autuante afirma que a partir de 10/08 não mais utilizou o Acordo de Atacadista.

Constatou que conforme disposto no art. 7º do Dec. 7.799/00 com a redação dada pelo Dec. 10.066/06, com efeitos de 01/08/06 a 23/12/10, estabelece:

A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

Por sua vez o art. 7º-A do citado Decreto estabelece que “O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior”.

Constatou que o autuado invoca em sua defesa, dispositivo regulamentar previsto no Dec. 7.799/00 mediante assinatura e deferimento de Termo de Acordo – Comércio Atacadista, enquanto o autuante argumenta já não mais fazer uso desta regulamentação, mas não carreou ao processo qualquer documento que comprovasse ter ocorrido desenquadramento mediante denúncia de Termo de Acordo firmado em momento anterior.

Pelo exposto, considero nula esta infração, em razão da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, face ao não cumprimento do devido processo legal nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Ressalto que diante da inexistência de comprovação de denúncia do Termo de Acordo de Atacadista, restaria comprovada a apropriação de créditos fiscais em valores superiores ao permitido com os benefícios concedidos pelo Dec. 7.799/00, de acordo com os documentos juntados às fls. 130/134. Neste caso, a autoridade competente pode mandar renovar o procedimento fiscal a salvo de equívocos. Infração nula.

Relativamente à infração 5, o autuado contestou a exigência de estorno de crédito fiscal relativo a entradas de vinhos, aguardentes e que o art. 6º, §2º do Dec. 7.799/00 não se aplica a estes produtos, “além de constar mercadorias na substituição tributária”.

O autuante contestou dizendo que a redação vigente no período autuado não contempla tal restrição e que não foram indicados quais produtos são submetidos à substituição tributária.

Verifico que o Anexo V.1 (fls. 136/142 e 234/239) que comprehende o período de outubro/07 a outubro/08, o autuante apurou por mês o montante do crédito fiscal limitado a 10% dos valores contidos nas notas fiscais relacionadas de diversos produtos, comparou com o valor do crédito fiscal lançado e exigiu a diferença a título de estorno.

O autuado na sua defesa questionou apenas a restrição de créditos de bebidas relacionadas no art. 3º-F do Dec. 7.799/00, conforme planilha às fls. 546/547 indicando valores a abater de R\$123,68 no exercício de 2007 e R\$933,30 no exercício de 2008 em relação ao montante exigido de R\$4.989,61.

Embora o autuado não tenha indicado na planilha às fls. 546/547 a quais notas fiscais se referem aos créditos que entende ter direito, observo que pelo demonstrativo do autuante relativo ao mês de dezembro/07 (fl. 142) a empresa utilizou crédito com a alíquota de 12%, 18% e 19% relativo à aguardente de cana e catuaba, enquanto o autuante considerou limites de créditos respectivos de 10% e 12%.

Conforme ressaltado pelo autuante, ocorreram diversas alterações nos artigos do citado Decreto e para melhor interpretação transcrevo abaixo as redações pertinentes:

A redação dada pelo art. 3º-F do Dec. 7.799/00 com redação do Dec. 11.481/09, invocada pelo autuado, teve vigência a partir de 09/04/09, conforme abaixo transrito e não se aplica ao período fiscalizado (de janeiro/2007 a outubro/2008).

Nota 5: Redação anterior dada ao *caput* do art. 3º-F pelo Decreto nº 11.481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09, efeitos de 09/04/09 a 31/12/09:

"Art. 3º-F. Nas operações internas com as bebidas alcoólicas a seguir discriminadas, realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, destinados a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo poderá ser reduzida de tal forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento):

I - vinhos da posição NCM 2204;

II - bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo), misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, todos da posição NCM 2206;

III - aguardente de cana (caninha), aguardente de melaço (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples da posição NCM 2208."

Logo, a redação aplicável ao período autuado do art. 3º-F é a dada pelo Dec. 10.316/07, conforme indicado pelo autuante que teve efeitos de 12/04/07 a 31/03/09, conforme abaixo transrito:

Nota 2: Redação anterior dada ao *caput* do art. 3º-F pelo Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07, efeitos de 12/04/07 a 31/03/09:

"Art. 3º-F. Nas operações internas realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, com as mercadorias relacionadas ao CNAE 4635-4/99 - comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente, cuja alíquota incidente na operação seja de 27% (vinte e sete por cento), destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo poderá ser reduzida em 55,55% (cinquenta e cinco inteiros e cinqüenta e cinco centésimos por cento) de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento)."

Da mesma forma, a redação vigente no período fiscalizado (jan/07 a out/08) prevista no art. 6º do Dec. 7.799/00 é a dada pelo Dec. 10.066/06 com efeitos de 01/08/06 a 23/12/10, conforme transrito:

Nota 3: Redação anterior dada ao *caput* do art. 6º foi dada pelo Decreto nº 10.066, de 03/08/06, DOE de 04/08/06, efeitos de 01/08/06 a 23/12/10:

"Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Pelo exposto, assiste razão ao autuante, tendo em vista que ao longo do tempo ocorreram modificações na tributação de bebidas alcoólicas e no período fiscalizado o limite de crédito estabelecido era de 10% para aguardente de cana e de 12% para outras bebidas (alíquota interna de 27%).

Quanto à alegação de que foram incluídas operações com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, a análise ficou prejudicada, tendo em vista que não foram indicadas pelo defendantee quais mercadorias e notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização continham tais mercadorias. Por isso, deve ser mantida a infração na sua integralidade. Infração não elidida.

No tocante à infração 7, o autuado na defesa apresentou DAEs para tentar comprovar recolhimento de parte do ICMS da diferença de alíquotas na aquisição de ativo fixo, tendo reconhecido como devido o valor da nota fiscal 12.682 com valor de R\$1.185,00.

O autuante acatou os DAEs apresentados e apontou valor remanescente devido de R\$2.295,00.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que com relação ao DAEs apresentados: Dezembro/08 – NF 12682 (fl. 341), valor reconhecido de R\$1.185,00 – mantido;

Março/09 – NF 16.686 (fl. 342), trata-se da aquisição de uma carroceria para furgão, originária do Estado de São Paulo (fl. 552) com valor de R\$10.500,00. Logo, a diferença de alíquota devida é de

R\$1.050,00 (17% - 7%) e tendo a empresa comprovado o recolhimento de R\$525,00 em 28/04/10 conforme DAE à fl. 553, remanesce o valor devido de R\$525,00;

Outubro/09 - DANFE 10270 (fl. 342) trata-se também de carroceria para furgão, originária do Estado de São Paulo (fl. 558) com valor de R\$11.700,00. Logo, a diferença de alíquota devida é de R\$1.170,00 (17% - 7%) e tendo a empresa comprovado o recolhimento de R\$585,00 em 28/04/10 conforme DAE à fl. 551, remanesce o valor devido de R\$585,00.

Pelo exposto, assiste razão ao autuante, motivo pelo qual acato o demonstrativo de débito apresentado à fl. 566 e considero devido o valor de R\$2.295,00. Infração elidida em parte.

Relativamente à infração 8, na defesa o autuado relacionou notas fiscais indicando que se trata de operações de remessas, prestação de serviços (ISS) e aquisição de mercadorias no próprio Estado, que não incidem ICMS da diferença de alíquota, o que foi acatado em parte pelo autuante.

Pela análise dos documentos juntados com a defesa faço as seguintes constatações:

NF 170028. O documento juntado à fl. 554 indica operação com o CFOP 6949 [Classificam-se neste código as outras entradas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificadas nos códigos anteriores], que o contribuinte descreveu no arquivo magnético (fl. 352) como material de “uso consumo/ativo imobilizado”. Logo, deve ser mantido o valor de R\$202,00 exigido com data de ocorrência em 31/01/08.

NF 149096 (fl. 555) trata de operação de prestação de serviço de impressão de nota fiscal, tributado pelo ISS, não tem incidência de ICMS, devendo ser afastado integralmente o valor exigido de R\$175,00 da ocorrência de 31/08/2008;

NFs 46928 e 46919 (fls. 556/557) referem-se a aquisições de mercadorias no Estado da Bahia, que não incide ICMS da diferença de alíquota, motivo pelo qual fica reduzido de R\$352,00 para zero a ocorrência de 31/12/2008.

Infração procedente em parte, ficando reduzida de R\$729,00 para valor devido de R\$202,00.

Quanto à infração 11 que trata da aplicação de multa em decorrência de entrega de arquivos magnéticos com dados divergentes dos documentos fiscais, o autuado alegou que fez a entrega dos arquivos magnéticos e os manteve guardados como determina a legislação e que não cabe a aplicação da multa em razão de não ter sido intimado para corrigir possíveis inconsistências.

Por sua vez, o autuante argumentou que em se tratando de divergência de dados dos arquivos magnéticos e livros fiscais, cabe a aplicação da multa sem preceder de intimação para correção.

Verifico que conforme demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 458, 477 e 496) o autuante indicou por Código Fiscal de Operação (CFOP) os valores constantes dos arquivos magnéticos (A), os registrados no livro RAICMS (B) e indicou as divergências de valores entre eles.

Portanto, restou caracterizado que o contribuinte indicou valores nos arquivos magnéticos divergentes dos constantes nos livros fiscais. A legislação do ICMS estabelece que o contribuinte deve manter guarda dos arquivos magnéticos e fornecer ao fisco com as especificações técnicas exigidas, sempre que for intimado pela fiscalização (artigos 686 e 708-B do RICMS/BA), o que ocorreu conforme contido na intimação juntada à fl. 17.

O artigo 708-A, §6º do RICMS/BA, estabelece que o fato do contribuinte fazer entrega do arquivo magnético recepcionado pela SEFAZ não caracteriza que o mesmo “atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.

Já o art. 708-B, §§ 3º, 5º e 6º determinam os procedimentos que devem ser adotados quando a fiscalização identificar inconsistências em arquivos magnéticos:

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

(...)

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente à retificação total de arquivo.

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o *caput* deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Por sua vez, o art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96 indicada no enquadramento da infração prevê multa relacionada à entrega de informação em arquivo magnético decorrente de entradas e saídas de mercadorias “omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informados com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes”.

Por tudo que foi exposto, interpreto que a legislação do ICMS obriga que os contribuintes façam entrega de arquivos magnéticos à SEFAZ e mesmo quando entregue, caso a fiscalização identifique inconsistências, deve intimá-lo para fazer as devidas correções num prazo de trinta dias, mediante fornecimento de listagem de diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Na situação presente, os demonstrativos elaborados pela fiscalização e cópia do livro RAICMS juntados ao processo comprovam que o contribuinte fez entrega de arquivos magnéticos com dados divergentes dos escriturados nos livros fiscais.

Entretanto, mesmo que os demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 458, 477 e 496) configurem uma “Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas” como afirmou o autuante, não foi expedida intimação com concessão de prazo para efetivar as devidas correções, fato admitido pelo autuante. Por isso, declaro nula esta infração, tendo em vista que não foi obedecido ao devido processo legal. Saliento que a autoridade fazendária poderá mandar renovar o feito a salvo de equívocos. Infração nula.

Relativo à infração 12, o autuado alegou que utilizou o crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado com apropriação mensal de 1/48 proporcional às saídas tributadas, inclusive considerando as mercadorias abrangidas pela substituição tributária. O autuante contestou dizendo que tendo encerrado as fases de tributação, tais mercadorias são “Não Tributadas”.

Observo que o art. 93, §17 do RICMS/BA estabelece:

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7710):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que nos demonstrativos elaborados:

AUTUANTE: A exemplo do mês de janeiro/09 (fl. 523) dividiu o valor das saídas tributadas de R\$119.787,03 pelo total das saídas de R\$1.091.039,00 encontrando o coeficiente de 0,110 que multiplicou pelo total de crédito acumulado no CIAP, dividindo seu resultado por 48 o que resultou em crédito do mês de R\$40,78;

EMPRESA: No mesmo mês de janeiro/09 (fl. 527) somou as saídas tributadas de R\$119.787,03 ao de outras R\$918.417,59 (fl. 528) totalizando R\$1.038.194,62 e dividiu pelo total das saídas de R\$1.091.039,00 encontrando o coeficiente de 0,951562 que multiplicou pelo total de crédito acumulado no CIAP, dividindo seu resultado por 48 o que resultou em crédito do mês de R\$353,45.

Pelo exposto a diferença exigida corresponde ao decréscimo do coeficiente apurado pela fiscalização em decorrência de não ter considerado as mercadorias “outras” como mercadorias tributadas na apuração do coeficiente de apropriação de crédito fiscal dos bens de ativo.

Entendo ser correta a afirmação do autuante de que nas operações de saída de mercadorias

submetidas ao regime de substituição tributária tenha encerrado as fases de tributação. Entretanto, em se tratando de formulação de coeficiente para apropriação de crédito fiscal relativo à entrada de bens do ativo permanente deve ser analisado o contexto da operação.

A legislação do ICMS assegura a utilização do crédito fiscal vinculado às aquisições de bens do ativo imobilizado, porém, com base no fundamento geral de que o crédito é admitido quando estiver vinculado a operações subsequentes tributadas, foi estabelecido que a apropriação deve ser feita em “proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas”. Neste caso, deve ser interpretado que as operações de saída de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária são tributadas (não no momento da saída), pois pagaram o imposto relativo à operação subsequente (saída) no momento da sua aquisição, quer tenha sido retido ou antecipado o pagamento do tributo.

Sendo assim, assiste razão ao autuado. Infração improcedente.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo totalizando débito de R\$14.677,68, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Infração	Situação	Multa %	Autuado	Julgado
1	Procedente	60,00	2.349,84	2.349,84
2	Procedente	60,00	1.503,63	1.503,63
3	Procedente	60,00	1.536,88	1.536,88
4	Nula	60,00	6.857,25	0,00
5	Procedente	60,00	4.989,61	4.989,61
6	Procedente	60,00	581,83	581,83
7	Procedente em parte	60,00	3.405,00	2.295,00
8	Procedente em parte	60,00	729,00	202,00
9	Procedente	70,00	461,27	461,27
10	Procedente	10,00	757,62	757,62
11	Nula	5,00	51.427,48	0,00
12	Improcedente	60,00	6.640,94	0,00
Total			81.240,35	14.677,68

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269193.0146/10-0, lavrado contra C & S ATACADO E VAREJO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$13.920,06, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.458,79 e 70% sobre R\$461,27, previstas no artigo 42, II, “a”, “e” e “f”, VII, “b” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$757,62, prevista no art. 42, IX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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, 17 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR