

A. I. Nº - 141596.0401/08-2
AUTUADO - CHOCOLATES DUFFY LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 15.12.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0326-04/11

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA APURAÇÃO. a) DA PARCELA NÃO SUJEITA AO BENEFÍCIO. Restou comprovado que não foram recolhidas no prazo regulamentar não sujeitas a dilação do prazo o que implica na perda do benefício em relação às parcelas do ICMS sujeitas à dilação do prazo. Infração 1 caracterizada. b) DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. A empresa apurou o valor das parcelas do imposto não sujeito à dilação, considerando os créditos advindos do CIAP, o que resultou em apuração e recolhimento a menos. Retificado de ofício a data de ocorrência de 31/12/07 para 31/01/07, conforme apurado na planilha original à fl. 31. Infração 5 mantida. c) ATUALIZAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Documentos juntados com a defesa e constatação feita pelo diligente fiscal comprovam que nos demonstrativos elaborados pela fiscalização foram deduzidos os recolhimentos efetuados das parcelas dilatadas relativas aos meses de janeiro, março, junho e julho/05 nos meses correspondentes do exercício de 2006 o que conduz a ausência de elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Infração 8 nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Documentos juntados ao processo comprovam o registro de parte dos documentos fiscais. Mantida a multa de 10% do valor comercial das mercadorias relativo a notas fiscais não escrituradas. Infração elidida em parte. 3. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. TERMO FINAL DO DIFERIMENTO. Reformulado o cálculo do imposto em função do fornecedor que era optante do regime de receita bruta. Reduzido o débito. Infração caracterizada em parte. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DE DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. O montante dos créditos fiscais que deveria ser apropriado foram apurados em conformidade com o que determina a legislação do imposto (art. 93, § 17 do RICMS/BA) à razão de 1/48 por mês, a partir da entrada do bem no estabelecimento. Infração procedente. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. a) FALTA DE

RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Valores não contestados. Não comprovada à alegação de que se referem à devoluções. Infração 6 não elidida. **b) FALTA DE RETENÇÃO [BONIFICAÇÕES]**. As operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária a título de bonificações são tributadas a menos que o valor das bonificações sejam deduzidos de forma incondicional da operação, fato que não ocorreu, ficando obrigado a fazer a retenção do imposto substituto. Infração 9 não elidida. **6. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA.** Documentos acostados aos autos comprovam que os valores informados na DMA não correspondem ao das operações registradas no livro fiscal. Não acatado o pedido de cancelamento da multa. Infração subsistente. **7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS [CHOCOLATE] SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** **a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL.** **b) FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SUBSTITUTO.** Documentos juntados com a defesa comprovam inconsistências de quantidades e valores contidos no levantamento fiscal. Feitas as devidas correções o que resultou em agravamento das infrações 10, 11 e 12. Ficam mantidos os valores exigidos, recomendando a exigência dos valores agravados em nova ação fiscal. Infrações não elididas. Não acolhidas as argüições preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/10/08, exige ICMS no valor de R\$2.139.996,29 acrescido das multas de 60% e 70%, além de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$9.029,14.

01. Recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), decorrente de erro na apuração da parcela não sujeita ao benefício DESENVOLVE - R\$1.290.310,34.
02. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$8.889,14.
03. Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários - R\$10.138,85.
04. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor escriturado no CIAP superior ao permitido pela legislação R\$6.130,89.
05. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, referente às parcelas não sujeitas a dilação - R\$24.678,84.
06. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - R\$8.211,89.
07. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal de ICMS (DMA) sendo aplicada multa - R\$140,00.

8. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE, relativo a erro na atualização quando da antecipação da parcela incentivada - R\$117.374,86.
9. Deixou de proceder à 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 (2006) - R\$7.746,87.
10. Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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 também não contabilizadas, no mesmo exercício - R\$199.994,88.
11. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis – (2007) - R\$339.577,77.
12. Deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, relativas a mercadorias saídas sem documentação fiscal e apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007) - R\$135.831,10.

O sujeito passivo apresenta defesa (fls. 192/231), inicialmente discorre sobre as infrações e requer a nulidade da autuação sob o argumento de ilegitimidade ativa do Fisco Estadual, tendo em vista que efetivou investimentos com intuito de usufruir dos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, mediante concessão de dilação do prazo para pagamento do ICMS e diferimento do pagamento nas aquisições de insumos agropecuários, decorridos cinco anos, permanece vedada a fruição do diferimento nas operações de aquisição de insumos de origem agropecuária (leite em pó, café, amendoim e castanha), em substituição ao fornecedor que teria a obrigação de recolher o ICMS no regime normal.

Afirma que de um lado é obrigado a atender as condições impostas pelo Estado e do outro o Estado não cumpre a sua parte, exigindo desde 2003 a obrigação de pagar imposto sobre a produção de chocolates sem dar efetividade aos incentivos que lhe foram outorgados na Res. 09/03 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o que implicou em inadimplência durante cinco anos, apesar de insistentes pleitos formulados.

Alega que considerando as exceções do contrato não cumprido, nada pode ser reclamado, em função da não concessão do diferimento nas aquisições de matéria-prima. Diz que se não reconhecido seus direitos, o que admite apenas por cautela, melhor sorte não terão os créditos fiscais lançados no Auto de Infração sem prover de informações necessárias e suficientes.

Requer, também nulidade da autuação sob o argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa (art. 5º, LV da CF 88). Atenta que o Auto de Infração deve conter a origem e natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal que fundamenta e descrever os fatos que ensejaram a autuação, para que o sujeito passivo conheça a acusação que lhe está sendo imputada, nos termos do art. 39 do RPAF/BA, que transcreveu (fl. 200). Afirma que o Auto de Infração não atende ao citado dispositivo e diploma legal por não permitir “identificar com precisão a origem de muitos dos créditos tributários ora exigidos, impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa”. Ressalta que a autuante juntou diversas planilhas ao processo, mas não trazem o esclarecimento necessário à compreensão dos valores cobrados.

Exemplifica que na infração 1, fica difícil entender o critério utilizado, visto que utiliza dois métodos de apuração do ICMS (normal e desenvolve); na infração 4, a planilha não é clara, por ser “contrária a legislação pertinente” no que diz respeito à utilização de crédito que entende ter direito; Na infração 5, diz que não localizou planilha com valor de R\$1.531,92 relativo a competência de 31/12/07, o que requer seja anulada por falta de demonstração e na infração 7, apesar de ter indicado informações corretas na DMA de 31/01/06 foi aplicado multa formal sem comprovar a motivação da aplicação da multa.

Requer a anulação do Auto de Infração, por não explicitar o critério de apuração dos tributos exigidos, apontar imprecisão, foi lavrado sessenta dias antes de ser científico, desconsiderou informações prestadas à fiscalização, a exemplo de informações de estoques.

Argumenta que após a lavratura do Auto de Infração a autuante reconheceu a existência de lançamentos indevidos o que seria saneado mediante apresentação de defesa.

No mérito, quanto à infração 1, esclarece que foi contemplada com o benefício de pagamento de 20% do imposto apurado no prazo regulamentar e dilação do saldo remanescente em 72 meses previsto no DESENVOLVE. Transcreve o art. 18 do Dec. 8.205/02 e diz que a vista do demonstrativo desta infração, não deu causa a suspensão do incentivo da dilação de prazo até o encerramento do exercício de 2007, visto que não ocorreu falta de pagamento cumulativamente de três meses consecutivos ou seis meses alternados, inclusive em relação a parcela incentivada de 80% do valor do imposto, mesmo com a redação dada pelo Dec. 9.513/05.

Argumenta que os benefícios lhe foram concedidos de forma onerosa e por prazo determinado e entende que a posterior alteração da forma e modo de sua fruição, importa em restrição ou supressão de direitos, não lhe atinge ao teor da Súmula 544 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Afirma que o incentivo fiscal que lhe foi concedido exigiu contrapartida de investimentos produtivos e não podem ser “suprimidos, revogados ou alterados” de forma unilateral pelo Fisco. Pelo exposto, requer a anulação dos lançamentos que importem na negação do direito à dilação de 80% do ICMS apurado.

Diz que admitindo em hipótese que o CONSEF não acate sua pretensão, a autuante arbitrou a base de cálculo da apuração do ICMS de forma incorreta, excluindo indevidamente os créditos do CIAP o que pode ser verificado nas planilhas de cálculos dos meses de julho/07, outubro/07 a março/08. Discorre sobre a forma de apuração da parcela fixa (20%) e dilatada (80%) e apresenta quadro comparativo à fl. 207, relativo ao mês de julho/07 no qual apurou parcela dilatada de R\$102.484,89 enquanto a fiscalização apurou valor de R\$109.704,06.

Ressalta que a utilização do crédito fiscal foi feita em conformidade com o art. 93, V do RICMS/BA e contesta os valores apurados pela fiscalização, conforme planilha comparativa que acosta à fl. 238.

Com relação à infração 2, diz que ao contrário do que foi acusado, as notas fiscais 561414 e 726804 foram devidamente escrituradas no livro de Registro de Entradas, totalizando R\$1.500,00 conforme documentos juntados às fls. 240/243. Pondera que na exigência do imposto não foram considerados os créditos advindos das notas fiscais não escrituradas.

Relativamente à infração 3, alega que de acordo com o disposto no art. 343, XVII do RICMS é deferido o lançamento do ICMS incidente sobre o fornecimento de refeições sendo que o art. 346, §1º do mesmo diploma legal prevê que deve constar na nota fiscal no campo de observações (ICMS deferido). Afirma que “as notas fiscais emitidas pela empresa fornecedora não mencionava que estivesse ela operando no regime de diferimento” o que fez com que não se incumbisse do recolhimento do imposto deferido, inclusive que a NUTRIZ empresa fornecedora de refeições, é optante do SUPERSIMPLES (fl. 244).

Afirma que caso procedesse ao recolhimento do ICMS, se caracterizaria a bi-tributação pelo referido imposto, motivo pelo qual requer a improcedência desta infração.

Quanto à infração 4, declara que foi acusada de utilizar crédito do ICMS do ativo imobilizado maior do que o devido, mas que refuta tal acusação apresentando uma planilha (fls. 247/252) na qual pretende demonstrar que utilizou corretamente os créditos e que na verdade foram apropriados em proporção menor do que a empresa tem direito, ficando as notas fiscais relacionadas à disposição do órgão julgador, para fins de perícia ou de regularização da fiscalização.

No tocante à infração 5, fala que a autuante cometeu falhas visto que na apuração dos valores das parcelas de ICMS não sujeitas a dilação, agiu em desacordo com a legislação do DESENVOLVE. Afirma que de acordo com a legislação e orientação da repartição fiscal, o imposto é calculado subtraindo do débito os valores relativos às outras saídas, menos o crédito que tem direito, inclusive o CIAP, aplicando sobre o resultado a porcentual de 20% e adicionando o valor da DIFAL e dos débitos referentes a outras saídas.

Contesta a forma em que foi apurado o imposto pela fiscalização e requer a sua improcedência.

No que se refere à infração 7, afirma que a autuante acusa erro nas informações econômico-fiscais apresentadas na DMA, mas não menciona quais divergências foram encontradas, ficando impossibilitado de apresentar defesa.

Relativamente à infração 8, diz que relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/06, o recolhimento da parcela dilatada para recolhimento no prazo de 72 meses está garantida nos termos do art. 3º do Dec. 8.205/02, sendo facultado o recolhimento antecipado. Entende que não assiste razão ao Fisco imputar obrigação de recolhimento de tributo líquido e certo.

Quanto à infração 9, aduz que as operações de bonificação equivale a um desconto incondicional e não configura fato gerador do imposto ao teor do art. 2º, I e 13, § 1º, II da Lei Complementar 87/96. Apresenta um modelo de venda de 100 unidades bonificadas com 10 unidades o que equivale a um desconto de 9,09%. Diz que de uma forma leiga a operação de bonificação atrelada a uma operação de venda caracteriza-se como uma dúzia de treze.

Transcreve parte da ementa da Solução de Consulta 159/03 da Receita Federal, reconhecendo que “as bonificações concedidas em mercadorias, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens e não dependerem de evento posterior à emissão desse documento, significam parcelas redutoras de receita de venda (desconto incondicionais)”. Transcreve também decisão contida no Acórdão do REsp 715.255-MG cujo relator foi o Ministro Luiz Fux no qual expressou entendimento de que “os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria (...)” tendo como precedente os Resp 721.243/PR; REsp 725.983/PR; REsp 477.525/GO; REsp 63.838/BA.

Transcreve as infrações 10, 11 e 12 (fl. 218) informando que as mesmas envolvem levantamento quantitativo de estoques de mercadoria por espécie, conforme planilha de estoques dos exercícios de 2006/2007, tendo identificado divergências de quantidades e valores nos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Em seguida, apontou inconsistências relativas a: Estoque inicial, quantidades produzidas, entradas com nota fiscal computada em duplicidade, saídas em quilos em vez de caixas, apontando no final a base de cálculo que reconhece como omitida.

Acrescenta que as multas aplicadas são por demais elevadas, de forma abusiva contrariando o disposto no art. 150, IV da Constituição Federal por utilizar tributo com o efeito de confisco.

Ressalta que de acordo com a Lei 9.298/96 as multas de mora para as obrigações civis foram limitadas a 2% e que na eventual procedência de qualquer dos créditos fiscais lançados, requer a redução das multas impostas com efeitos confiscatórios.

Por fim, requer a produção de provas, realização de diligência fiscal para sanear os erros cometidos pela autuante, se não acatada a sua nulidade ou improcedência.

A autuante na informação fiscal prestada às fls. 323/330, inicialmente discorre sobre as infrações, passando a contestá-las conforme passou a expor.

Quanto à infração 1, diz que a Resolução 09/03 do DESENVOLVE lhe concedeu benefício de dilação de prazo para pagamento do saldo devedor do imposto devido nas operações próprias, porém a empresa incluiu no cálculo do imposto outras operações não previstas no projeto, “com os CFOPs registrados na sua escrita fiscal.

Esclarece que no decorrer da fiscalização explicou tal fato aos representantes designados para atender a fiscalização. Ressalta que a autuação deveu-se a falta de recolhimento do imposto no prazo, o que sujeitou a perda do benefício nos termos dos artigos 4º e 18º do Dec. 8.205/2002 e 124 do RICMS/BA.

Salienta que os períodos autuados são posteriores à edição do Dec. 9.513/05, tendo aplicado os critérios de perda dos benefícios nele previstos.

Rebate o argumento de que não foram levadas em consideração as informações passadas à fiscalização, esclarecendo que à medida que as infrações iam sendo apuradas, as informações eram lançadas no sistema até o momento de encerramento da ação fiscal, culminando com a impressão do AI e ciência do autuado e que todas as informações foram levadas em consideração, não constituindo motivo de nulidade.

Relativamente à infração 2, diz que antes da autuação foi oportunizado a comprovação do registro de documentos fiscais em livros o que não ocorreu e tendo sido comprovada com a defesa a escrituração regular das notas fiscais 561414 e 723804, acata os documentos juntados com a defesa e faz sua exclusão.

Quanto aos créditos fiscais relativos a tais documentos, afirma que não tem competência para compensá-los na infração o que pode ser feito mediante petição à repartição fazendária na forma prevista no RPAF/BA.

No tocante à infração 3, diz que não procede a alegação de que não sabia que a fornecedora de alimentos operava em regime de diferimento, visto que em duas notas fiscais consta a observação de que a empresa era optante do regime de tributação SUPERSIMPLES.

Afirma que a empresa NUTRIZ encontrava-se à época cadastrada na SEFAZ no regime normal, conforme consta nos documentos fiscais por ele emitidos e não há bi-tributação como alegado de acordo com as notas fiscais acostadas às fls. 139/143, relacionando os montantes calculados à alíquota de 17%, ressaltando que o art. 93 do RICMS/BA não prevê a utilização do valor devido pelo termo final de diferimento a título de crédito fiscal como quer a defendant. Ratifica a infração.

Quanto à infração 4, diz que o direito real do crédito ao CIAP foi apurado de acordo com a planilha original fornecida pela empresa chancelada pelo representante da mesma em substituição ao livro fiscal que não foi escriturado (fl. 161), tendo sido cotejado com o livro de Registro de Entrada. Afirma que os dados transportados para a planilha à fl. 74 contempla a proporcionalidade do direito ao crédito nos termos do art. 97, III, “a” do RICMS/BA.

No que se refere à infração 5, afirma que o valor de R\$1.531,92 que a empresa afirma não ter localizado, refere a janeiro/07, que foi digitado no AI como sendo do mês de dezembro do mesmo exercício, o que resultou em benefício para a empresa no cálculo dos acréscimos moratórios, conforme demonstrativos às fls. 31/32. Ressalta que um mero erro de digitação não pode configurar motivo de cancelamento da exigência fiscal como quer o autuado.

Contesta o argumento defensivo de que na apuração do ICMS devido com o benefício não foram considerados os créditos do CIAP, visto que os valores retirados da coluna “g” da planilha 1 (Desenvolve) foram acrescentados na planilha 2 (ICMS normal) compondo as colunas “t, u e x”, que a última quando teve saldo credor foi deduzido da coluna “y” o que resultou nos saldos mensais que compõem a coluna “z”. Diz que junta com a informação fiscal planilha de cálculos do DESENVOLVE.

Relativamente à infração 7, informa que a cópia da DMA apresenta campos com divergências com a escrita fiscal, conforme cópias do livro RAICMS juntado às fls. 155/158.

No que se refere à infração 8, afirma que o erro na atualização da parcela incentivada que teve o seu recolhimento antecipado, foi demonstrado nas planilhas juntadas às fls. 35/38 o que pode ser constatado, ficando mantida a infração.

Quanto à infração 9, comenta as alegações defensivas de que as bonificações não constituem fato gerador do ICMS por constituir um desconto incondicional. Afirma que não procede a alegação defensiva de que as bonificações (CFOP 5401) já teriam sido tributadas a título de ICMS-ST quando da emissão das notas fiscais de saídas (CFOP 5910).

Salienta que se o argumento fosse verídico, a própria empresa teria tributado as notas fiscais pelo ICMS normal relativo às bonificações, visto que o imposto foi destacado e lançado no livro Registro de Saídas a título de débito. Ressalta que alguns documentos acobertaram saídas de quantidades iguais de mercadorias para o mesmo destinatário, o que se comprova com as notas fiscais juntadas pela defendant.

Quanto à infração 10, (levantamento quantitativo de estoques/2006) faz as seguintes observações:

- a) Bombom Celebridade – não foi apresentado livro Registro de Inventário e a listagem rubricada de dez/05. Não acata o relatório Logix apresentado por não ser documento fiscal;
- b) Ovo de Páscoa/8 – Não consta nos inventários inicial e final, não podendo ser considerada a alegação de existência de 5.411 caixas, bem como saídas de 5.878 caixas saídas para depósito sem o devido registro de retorno;
- c) Ovo de Páscoa/15 – O inventário final de 2005 não foi escriturado (inicial de 2006), não podendo ser considerado o relatório Logix desconhecido pela fiscalização, não podendo ser considerada a alegação de existência de 670 caixas.

Foi refeito o demonstrativo para considerar a produção de 2006, conforme alegado.

- d) Ovo de Páscoa/19 – Procedeu a retificação do demonstrativo relativo à digitação errada da produção (fl. 67), exclusão de entrada (NF 475) de documento em duplicidade.

Quanto à infração 11 (levantamento quantitativo/exercício de 2007), afirma que:

- 1) Ovo de Páscoa/8 – Não consta no levantamento a NF 465 como alegado, acata a NF 475 que acredita ter sido acobertado pela NF 18506 totalizando 7.474 cx considerando 1,8 kg por cx o que resulta em pequena diferença, admissível a ocorrência de quebras, sendo excluso do demonstrativo de estoque por questão de justiça.
- 2) Quanto ao retrabalho (reprodução) diz que procedeu a conversão de 13.966,20 kg para 7.759 caixas (ovo/8) conforme alegado e da mesma forma para o Ovo de Páscoa/15, englobando embalagens de 106 g e 200g (2006);
- 3) Não foi possível encontrar as notas fiscais de saídas referentes às mercadorias recebidas referentes às notas fiscais 497, 479, 482 e 484 conforme demonstrativo à fl. 327;
- 4) Não foram apresentadas provas suficientes para ratificar os argumentos defensivos relativos à nota fiscal 18.506, tendo no entanto, acatado a exclusão de 4.498,75 cx no total das entradas, considerando 13.496,26 kg/3,00 kg = 4.498,75 cx.
- 5) Ovo de Páscoa/15 (200 g) – Foi corrigido o erro de digitação alterando de 4.172 cx para 31.201,60 cx conforme RP à fl. 67.
- 6) Ovo de Páscoa/12 – Corrigiu o erro de digitação conforme apontado pelo autuado (35.208 ao invés de 37.208 cx);
- 7) Ovo de Páscoa/19 (350g) – Corrigiu a quantidade produzida para 3.341 cx e 2.852 respectivamente em 2006 e 2007, conforme RP à fl.68;
- 8) Ovo de Páscoa/19 (300g) – Relaciona os itens contidos na nota fiscal 18.506 e diz que não tivera as saídas para o destinatário com o mesmo CNPJ e IE que já tinham sido consideradas no item

anterior – Ovo/15, não sendo sido encontrado no arquivo magnético, ficando mantidas as quantidades registradas no levantamento original.

Diz que quanto à alegação de que não foi considerada a entrada de 13.341 cx, tal quantidade não foi registrada no RP à fl. 67 e sim 3.314 cx referente a outro item (Ovo 350 g) que já foi considerado, prevalecendo a informação original.

- 9) Ovo 19/300g – Afirma que a quantidade de 83 cx contidas no RP à fl. 68 refere-se ao item Ovo 19 de 160 g que não foi objeto de levantamento quantitativo, motivo pelo qual não pode ser acatado.

Conclui dizendo que pelo exposto ficam os demonstrativos originais de estoque alterados de acordo com os juntados a seguir com a informação fiscal. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 352) tendo o mesmo se manifestado às fls. 355/375. Inicialmente discorre sobre as infrações e diz que praticamente não foi alterado quase nada em relação ao lançamento original.

Com relação à infração 1, afirma que a autuante limitou-se a descrever o método utilizado para quantificar a infração e não rebateu os argumentos defensivos quanto à:

- A) alteração que ocorreu no dispositivo legal durante o período que já estava habilitada ao DESENVOLVE, prevendo anteriormente quando ocorressem atrasos no recolhimento, a exclusão do Programa e posteriormente de exigência do imposto. Entende que falta fundamento legal da exigência fiscal;
- B) Os cálculos do imposto necessitam de revisão por estranho ao feito, por entender que não foram considerados créditos relativos às operações próprias, a exemplo do mês de julho/07 como explanado na defesa inicial, relativo às aquisições de bens do ativo imobilizado, que além de não ter considerado os créditos oriundos do CIAP, excluiu também os créditos fiscais das entradas, apuradas pela impugnante no mês.

Relativamente à infração 2, afirma que juntou documentos fiscais por amostragem para comprovar a regularidade do registro de notas fiscais que a autuante acusou de não ter sido registrada. Pondera que a autuante reconheceu o erro relativo às duas notas fiscais apresentadas mas não reanalisou a infração para verificar as demais notas fiscais.

Alega que além de ter perdido o crédito do ICMS ainda foi apenada com multa por não ter lançado os documentos ensejadores de créditos. Requer revisão pela ASTEC/CONSEF.

No tocante à infração 3, diz que a autuante não acatou sua alegação de que não consta nas notas fiscais de entrada que a empresa fornecedora de alimento estivesse habilitada ao diferimento do ICMS e que não foi considerado que o fornecedor de refeições (NUTRIZ) é optante do regime de apuração em função da receita bruta (art. 504, XIII do RICMS/BA), com aplicação do porcentual de 4% sobre o faturamento. Requer revisão fiscal.

Quanto à infração 4, diz que a autuante não considerou a planilha juntada com a defesa para tentar provar que os créditos fiscais apropriados do CIAP foram feitos corretamente, limitando-se a afirmar que os créditos fiscais foram apurados de forma correta, sem ter analisado os documentos apresentados. Tece comentários sobre o princípio da verdade material e requer revisão fiscal.

Relativamente à infração 5, afirma que a autuante incorreu nos mesmos erros perpetrados na infração 1, empregando critérios equivocados na apuração da base de cálculo das parcelas não sujeitas a diliação de prazo que repercute no cálculo da parcela não dilatada do DESENVOLVE. Rebate o argumento apresentado pela autuante de que o fato de ter cometido um erro de digitação não é motivo para cancelamento da cobrança, dizendo que a fiscalização não age desta forma. Requer nulidade da infração e se não acatada, revisão fiscal.

No que se refere à infração 6, afirma que procedeu revisão na sua escrita fiscal e identificou que em operações que ocorreram devoluções de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, não vinham sendo restituídos os valores recolhidos de ICMS-ST, tanto por parte do cliente como da impugnante. Formulado consulta obteve resposta de que a restituição deveria ser feita conforme previsto no RPAF/BA, trabalho que está em andamento e que após a sua conclusão os valores restituídos podem ser compensados nos valores exigidos ao período correspondente desta infração.

Em relação à infração 7, requer o cancelamento da multa aplicada com fundamento no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 por entender que possíveis erros cometidos no preenchimento da DMA não implicaram em recolhimento a menos do imposto. Requer o cancelamento da multa aplicada.

No tocante à infração 8, afirma que na defesa inicial argumentou que a antecipação do pagamento da parcela dilatada é ato de mera liberalidade do autuado, o que não foi rebatido na informação fiscal. Afirma que agora percebeu que os valores que pagou parcelas dilatadas referem-se aos meses de janeiro, março, junho e julho/2005 e não de 2006 como foi acusado. Requer o cancelamento da infração ou diligência para verificar tal alegação.

Alega, ainda que foi aplicada multa de 60% sobre valor do imposto que ainda não tinha esgotado o prazo de vencimento, o que entende pretender cobrar imposto antes de vencer. Diz que a fiscalização poderia ter alertado quanto a eventual diferença no recolhimento e não exigir imposto e aplicar multa punitiva. Afirma que a exigência do imposto é ilegal, requer sua improcedência e requer diligência pela ASTEC/CONSEF.

Quanto à infração 9, afirma que na peça defensiva demonstrou que as notas fiscais emitidas estão atreladas a notas fiscais de bonificações, caracterizando desconto incondicional conforme jurisprudência formada de que não incide ICMS sobre estas operações, o que foi contestado pela autuante. Transcreve parte de texto contido na sentença do Processo Judicial 692527-9/2005 e requer a improcedência da autuação.

Com relação às infrações 10, 11 e 12, tece comentários sobre a presunção, e diz que o arbitramento da base de cálculo só pode ser feito quando incorrer em prática de sonegação e não apresente livros e documentos (fl. 372), mas que na situação presente, não foi apresentado qualquer argumento que “justificasse legalmente o uso do arbitramento por presunção”, visto que mantém escrita fiscal e contábil regularmente e possui um sistema de controle interno eficiente.

Diz que repudia o não acatamento do controle de estoque por meio de relatório Logix, visto que a soma destas infrações ultrapassam a importância de um milhão de reais, causando efeito relevante em suas contas e torna-se imprescindível que o levantamento quantitativo seja feito de forma criteriosa para evitar recolhimento indevido decorrente de bases inconsistentes.

Afirma que o relatório Logix é uma ferramenta que considera essencial para verificação da quantidade correta de cada item e que não pode ser desprezada pela fiscalização. Requer a realização de diligência para que “seja apurado de forma correta as reais divergências de estoque, caso realmente existam” no sentido de sanear estas infrações.

Reitera os argumentos da defesa inicial, solicita revisão por fiscal estranho ao feito e julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

Instada a prestar nova informação fiscal acerca da manifestação do recorrente (fl. 385), a autuante diz que nada tem a acrescentar em relação à revisão fiscal já procedida anteriormente, ficando mantida a informação fiscal contida às fls. 323/347. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 388) para que a autuante esclarecesse quanto aos valores apurados no exercício de 2006 e se foram consideradas as parcelas recolhidas antecipadas.

A autuante prestou nova informação fiscal (fl. 392) informando que a planilha à fl. 337 é meramente demonstrativa e refere-se aos valores mensais do exercício de 2006 constantes da planilha à fl. 336, “referente a parcelas sujeitas à dilação – coluna L – que serviu de base de cálculo da perda do benefício no mês de novembro do citado exercício”, único mês que apresentou valor a recolher, conforme planilha à fl. 29.

Esclarece que os demonstrativos finais relativos ao Desenvolve são os valores positivos das planilhas às fls. 29, 32 e 33.

Diversas intimações foram expedidas (fls. 398/409) para que o autuado tomasse conhecimento, tendo o mesmo se manifestado às fls. 411/413. Inicialmente reitera todos os termos da manifestação apresentada anteriormente “tendo em vista o comprovado erro relacionado ao período de competência, bem como em relação à cobrança antes do prazo legal de vencimento”.

Para tentar comprovar o alegado, junta cópia de DAEs às fls. 414/417 e com relação à competência do imposto recolhido, afirma que irá requerer junto à SEFAZ retificação do DAE com finalidade de ajustar a competência do imposto recolhido para os meses e ano correto, conforme planilha de cálculo anexada à fl. 418. Requer concessão de prazo de trinta dias para juntar cópia do DAE retificado (RE-DAE) ou encaminhamento para a ASTEC/CONSEF para emitir parecer. Requer a improcedência da infração 8.

A autuante presta nova informação fiscal (fl. 420), dizendo que nada mais tem a informar a não ser reiterar o que já foi apresentado anteriormente.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 424) no sentido de intimar o autuado para apresentar cópia do livro RAICMS e documentos retificadores das datas contidas nos DAEs.

O diligente no Parecer 10/11 (fls. 425/426) esclareceu que apesar dos esforços empreendidos não encontrou a empresa, expediu intimação via email para seu representante e não foi atendido.

A empresa se manifestou (fls. 434/435) alegando não ter sido intimada pessoalmente, o que foi atendido pela Coordenação da ASTEC/CONSEF conforme endereço indicado à fl. 443.

O diligente após intimar a empresa emitiu o Parecer 113/11 (fls. 445/446) no qual afirmou que em decorrência do encerramento das atividades da empresa, manteve contatos com os seus representantes, tendo sido apresentado demonstrativos, livros fiscais, cópias de DAEs e pedidos de retificação de datas contidas nos mesmos, protocoladas na SEFAZ. Conclui dizendo que diante da constatação de que a autuante cometeu um equívoco procedendo ao cálculo das parcelas do ICMS sujeitas à dilação de prazo relativo ao exercício de 2006 com dedução dos valores relativos ao exercício de 2005, deixou de refazer os demonstrativos como solicitado.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 506/511) o autuado manifestou-se dizendo que no momento que preparou os DAEs de recolhimento indicou de forma equivocada o período de apuração, o que foi constatado pelo diligente e concorda com o seu Parecer.

A autuante manifestou-se dizendo que ratifica “a informação fiscal às fls. 323 a 351” (fl. 526).

VOTO

O sujeito passivo suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que o Fisco Estadual é ilegítimo ativo, por ter feito investimentos previstos no Programa DESENVOLVE, sem que lhe fosse concedido o diferimento para pagamento do imposto nas aquisições de insumos agropecuários. Não acato a nulidade suscitada por falta de amparo legal, visto que não tem respaldo no disposto no art. 18 do RPAF/BA. Entendo que tal reivindicação deve ser dirigida ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE a quem compete dirimir questões sobre o mencionado Programa.

Requeru também nulidade da autuação sob o argumento de que o Auto de Infração (AI) não atende ao disposto no art. 39 do RPAF/BA, por entender que as planilhas juntadas ao processo não esclarecem os valores cobrados, cerceando seu direito de defesa. Verifico que o AI descreve os fatos considerados como infrações tributárias, foram indicados os dispositivos tidos como

infringidos, o contribuinte compreendeu e se defendeu de todas as infrações, tendo parte das alegações sido acatada pela autuante na informação fiscal, dado conhecimento ao recorrente que contra-argumentou parte delas. Quanto aos aspectos materiais que declarou não entender (critério utilizado, métodos de apuração do ICMS, planilha não clara, valor não localizado e falta de motivação da multa aplicada) será apreciado quando da análise do mérito.

Assim sendo, não acato a nulidade pretendida, tendo em vista que o autuado pode exercer o seu direito de defesa.

Por fim, solicitou também a anulação do Auto de Infração por ter sido lavrado sessenta dias antes de ser cientificado. Conforme esclarecido pela autuante na informação fiscal, foi iniciada a constituição das peças contidas no AI em data anterior à sua lavratura e na medida que concluía os roteiros de auditorias, processava as infrações. Verifico que conforme documento à fl. 10 foi lavrado Termo de Prorrogação de Fiscalização no dia 25/11/08 tendo sido escrutinado no livro de Registro de Ocorrência do estabelecimento autuado. Foram entregues demonstrativos mediante recibo no dia 23/12/08 (fls. 16/18) o que demonstra andamento dos trabalhos de fiscalização ainda no fim do mês de dezembro. Tendo sido cientificado da autuação em 19/01/09 (fl. 5) a empresa apresentou defesa tempestiva no dia 18/02/09. Pelo exposto, apesar do Auto de Infração indicar data diferente da aposição do visto de saneamento e científicação do autuado, os documentos juntados ao processo demonstram regularidade no processo de fiscalização, não havendo amparo legal para decretação de sua nulidade, motivo pelo qual não acato tal pretensão.

Pedi a nulidade da infração 1, sob alegação de que não localizou na planilha relativa à infração 5 a exigência do valor de R\$1.531,92. Verifico que conforme esclarecido na informação fiscal, o valor foi apurado na planilha à fl. 31, relativo ao mês de janeiro/07, tendo sido indicado no Auto de Infração ocorrência de 31/12/07. Como a planilha já tinha sido entregue ao autuado em 23/12/08, conforme recibo passado na mesma e tal fato foi esclarecido na informação fiscal, considero que foi oportunizado ao autuado exercer o seu direito de defesa, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Ressalto que em atendimento aos questionamentos formulados pelo autuado foi realizada diligência fiscal para verificar fatos vinculados a documentos e escrituração concernente a infrações contidas na autuação.

No mérito o Auto de Infração acusa cometimento de diversas infrações do ICMS: Recolhimento a menos em razão de uso indevido de incentivo fiscal; Falta de recolhimento de ICMS diferido e retido por substituição; Omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, além de aplicação de multa fixa por declarar dados incorretos na DMA.

Na defesa apresentada, quanto à **infração 1**, o autuado argumentou que os benefícios fiscais foram concedidos com prazo determinado e que não deu causa a suspensão do incentivo da dilação de prazo até o fim do ano de 2007, por não ter ocorrido falta de pagamento cumulativamente de três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que foi contestado pela autuante dizendo que os valores autuados são posteriores à edição do Dec. 9.513/05.

Verifico que a Res. 09/03 do CD DESENVOLVE (fl. 236) concedeu benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias por um prazo de doze anos.

Por sua vez a redação original do art. 18 do Dec. 8.205/02 que regulamenta o DESENVOLVE, estabelecia que a empresa habilitada que atrasasse ou deixasse de recolher o ICMS por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, teria automaticamente suspenso o incentivo. Posteriormente com a edição do Dec. 9.513 de 10/08/05 a redação do citado artigo foi modificada estabelecendo que a empresa habilitada que não recolhesse “a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”. Logo, é correta a exigência do pagamento imediato da parcela sujeita a dilação de prazo no mês

em que o beneficiário do incentivo fiscal deixar de recolher no prazo legal a parcela não sujeita a dilação de prazo.

Portanto, a nova redação estabeleceu que o não recolhimento no prazo da parcela não sujeita a dilação, importa na perda do direito ao benefício da parcela incentivada naquele mês. Não implica em perda do benefício concedido de dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor quando a parcela não sujeita a dilação for recolhida no prazo legal, mantendo o prazo de doze anos para usufruir o benefício. Por isso, não acato o argumento que foi violado a concessão de benefício com prazo determinado.

O autuado contestou ainda, que a autuante arbitrou a base de cálculo da apuração do ICMS de forma incorreta, excluindo indevidamente os créditos do CIAP. Pela análise dos demonstrativos juntados pela empresa às fls. 209 e 237/239 confrontado com as planilhas elaboradas pela autuante (fls. 29/34) constato que na apuração da parcela do ICMS incentivado, o autuado somou os valores de créditos fiscais do CIAP com o ICMS vinculado às entradas enquanto a autuante subtraiu os créditos do CIAP. A questão que se apresenta é se os créditos do CIAP devem ou não integrar o crédito na apuração da parcela incentivada do imposto.

Objetivando orientar quanto aos procedimentos a serem adotados na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo do DESENVOLVE a Superintendência de Administração Tributária editou a Instrução Normativa 27/09 a qual apresenta a seguinte fórmula: SDPI (Saldo devedor passível de incentivo) = SDM – DNPV (Débitos fiscais não vinculados ao projeto) + CNVP (créditos fiscais não vinculados ao projeto). Indicou no item 2.2.18 como CNVP os decorrentes das operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo - 1.550 e 2.550.

Portanto, ao contrário de como procedeu o autuado, os créditos originários de aquisições de bens destinados ao ativo permanente não devem ser considerados como créditos fiscais vinculados ao projeto, não podendo ser levado em conta na apuração da parcela incentivada.

Saliento que o art. 2º do Dec. 8205/02 prevê deferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, nas operações internas, importação e quanto à diferença de alíquota de bens adquiridos em outros Estados. Pela lógica, se o legislador dispensou o pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, por outro lado, como indicado na mencionada Instrução Normativa não deve ser considerado os créditos advindos do CIAP.

Por tudo que foi exposto, concluo que está correto o procedimento adotado pela autuante e totalmente procedente esta infração.

Quanto à infração 2, na defesa apresentada o autuado juntou cópia das notas fiscais 561414 e 723804 e pediu que fossem compensados os créditos fiscais. Na informação fiscal a autuante acatou as notas fiscais apresentadas. Ao se manifestar sobre a informação fiscal alegou que juntou documentos fiscais por amostragem.

Quanto à compensação dos créditos fiscais relativas a tais documentos, não pode ser acatado nesta fase processual, mesmo porque nesta infração não foi exigido imposto decorrente de obrigação principal e sim aplicada multa de caráter acessório. Entretanto, o autuado pode fazer escrituração intempestiva das notas fiscais com aproveitamento do crédito fiscal se for de direito, obedecendo às regras estabelecidas no RICMS/BA (art. 101).

Com relação à alegação de que as notas juntadas com a defesa foram por amostragem, o pedido de revisão fiscal não pode ser acatado, tendo em vista que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, a defesa deve ser apresentada junto com demonstrativos e provas que dispuser e a prova da escrituração das notas fiscais se encontra nos livros da sua posse o que poderia ter sido feito na defesa inicial e no momento da sua manifestação acerca da informação fiscal.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo juntado pela autuante à fl. 347 e considero devido o valor de R\$8.428,94 conforme reproduzido abaixo. Infração elidida em parte.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Multa %	Valor do Débito
28/02/06	09/03/06	41.953,40	10,00	4.195,34
31/03/06	09/04/06	298,00	10,00	29,80
30/04/06	09/05/06	8.977,70	10,00	897,77
30/06/06	09/07/06	18,20	10,00	1,82
31/08/06	09/09/06	4.163,30	10,00	416,33
31/10/06	09/11/06	295,20	10,00	29,52
30/11/06	09/12/06	1.461,80	10,00	146,18
31/12/06	09/01/07	190,80	10,00	19,08
30/04/07	09/05/07	15.089,90	10,00	1.508,99
31/05/07	09/06/07	833,30	10,00	83,33
31/07/07	09/08/07	9.916,40	10,00	991,64
31/12/07	09/01/08	1.091,40	10,00	109,14
Total				8.428,94

Quanto à **infração 3**, o autuado alegou que as notas fiscais emitidas pela empresa não indicava que as operações estavam acobertadas pelo diferimento e que a empresa fornecedora de refeições era optante do SUPERSIMPLES.

Com relação à primeira alegação não pode ser acatada, tendo em vista que conforme disposto no art. 343, XVIII do RICMS/BA, as operações de fornecimento de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, são diferidas para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Logo, a responsabilidade pelo pagamento do imposto destas operações é do estabelecimento autuado independente do cumprimento da formalidade de indicar tal fato ou não nas notas fiscais, o que foi feito nas notas fiscais emitidas pela Cozinha Bamzaine, IE 63.134.782 (fls. 139/140).

Quanto à alegação de que caso procedesse ao recolhimento do ICMS, se caracterizaria a bimetributação do referido imposto, não pode ser acatado tendo em vista que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do estabelecimento autuado e não do fornecedor da alimentação, bem como não foi trazido ao processo qualquer documento que comprovasse o recolhimento do imposto pelo remetente, o que ensejaria recebimento em duplicidade pela mesma operação e direito de restituição do valor recolhido indevidamente.

Entretanto, verifico que as notas fiscais 875 e 891 emitidas pela Cozinha Banzaine foram emitidas no mês de março/06 quando a empresa estava cadastrada no regime normal com opção de recolhimento do imposto pelo regime de receita bruta, conforme consta no sistema de Informações do Contribuinte do banco de dados da SEFAZ. Logo, o valor exigido deve se adequar ao porcentual de 4% sobre o valor da operação, conforme disposto no art. 504 do RICMS/BA e indicado nas notas fiscais cujas cópias foram juntadas às fls. 139/140, conforme cálculo inserido no demonstrativo a seguir.

Com relação às notas fiscais emitidas pela Nutriz Refeições Ltda, IE 57.023.076 cujas cópias foram juntadas às fls. 141/143, emitidas nos meses de outubro e novembro/07, ao contrário do que foi alegado na manifestação acerca da informação fiscal, mesmo tendo sido mantido o regime de receita bruta após a implantação do regime do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/07 aquela empresa optou por aquele regime como faz prova o documento juntado à fl. 246 e não do regime de receita bruta (normal). Portanto, o imposto exigido deve ser mantido na forma que foi apurada pela autuante.

Assim sendo, tomo como base o demonstrativo da autuante à fl. 72 e aplico o porcentual de 4% previsto para as operações ocorridas no mês de março/03 o que resulta em valor devido de R\$4.763,05. Infração procedente em parte.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor do Débito	Fl.
31/03/06	31/10/05	41.352,29	4,00	60,00	1.654,09	139
31/10/07	31/12/06	6.085,00	17,00	60,00	1.034,45	141

30/11/07	31/01/07	12.203,00	17,00	60,00	2.074,51	143
Total					4.763,05	

Com relação à **infração 4**, o autuado foi acusado de utilizar crédito fiscal do ICMS a mais que o de direito relativo ao ativo imobilizado. O autuado juntou uma planilha às fls. 247/252 para tentar provar a regularidade na apropriação dos créditos fiscais, o que foi contestado pela autuante.

Pela análise dos documentos juntados ao processo verifico que:

A) A autuante juntou planilha à fl. 161, envolvendo as aquisições de bens cujo crédito escriturado no CIAP, no período de 2001/2007, segundo a mesma, a planilha original foi fornecida pela empresa em substituição ao livro fiscal que não foi escriturado.

Em seguida cotejou os créditos mensais apurados no CIAP com os valores registrados a crédito no livro fiscal apurando as diferenças que apontou como crédito fiscal utilizado a mais que foi transportado para a planilha à fl. 74.

B) O autuado juntou com a defesa uma planilha (fls. 247/252), na qual relaciona as notas fiscais por data e valor do crédito fiscal, no período de 2003 a 2008.

Pelo exposto, constato que no demonstrativo à fl. 161, a autuante apurou o montante dos créditos fiscais que deveria ser apropriado em conformidade com o disposto no art. 93, § 17 à razão de um quarenta e oito avos por mês, a partir da entrada do bem no estabelecimento, o que considero correto. Já a planilha juntada com a defesa relaciona apenas os montantes de créditos destacados nas notas fiscais de aquisição de bens sem considerar o critério de apropriação de 1/48 avos. Logo, não faz prova de que os valores apontados pela autuante no seu levantamento fiscal continham inconsistências. Portanto, não procede a alegação na sua manifestação de que a planilha apresentada não foi analisada. Por isso, deve ser mantida a infração na sua integralidade.

No tocante à **infração 5**, o autuado alegou na sua defesa que apurou o ICMS de acordo com a legislação do DESENVOLVE, seguindo orientação da repartição fiscal. Verifico que a empresa apurou o ICMS contemplado com o benefício do Programa considerando os créditos advindos do CIAP, o que resultou em apuração e recolhimento a menos da parcela não sujeita a dilação de prazo. Da mesma forma que apreciado na infração 1, os créditos relativos ao ativo imobilizado não entram no cálculo do imposto com prazo dilatado o que resultou em recolhimento a menos da parcela não sujeita a dilação de prazo, estando correto os cálculos efetuados pela autuante.

Com relação ao valor de R\$1.531,92 que na preliminar a empresa suscitou a nulidade, tendo sido apurado como devido em 31/01/07 e constado no Auto de Infração em 31/12/07, faço a retificação de ofício para que seja corrigido no Auto de Infração como data correta da ocorrência em 31/01/07 de acordo com a planilha à fl. 31. Infração procedente.

Relativamente à **infração 6**, a mesma não foi contestada na defesa inicial. No momento que se manifestou acerca da informação fiscal o impugnante argumentou que não vinham sendo restituídos os valores recolhidos de ICMS-ST relativos a operações de devoluções e após formular consulta está procedendo ao pedido de restituição na forma prevista no RPAF/BA.

Pelo exposto, não foram contestados os valores exigidos nesta infração, e não tendo sido comprovado o recolhimento dos valores exigidos, fica mantido na sua integralidade o débito. Infração mantida.

Relativamente à **infração 7**, a empresa alegou na sua defesa que não foram indicadas quais as divergências existentes que motivou a aplicação da multa, o que foi contestado e esclarecido pela autuante na informação fiscal indicando as divergências entre DMA e livro RAICMS (fls. 155/158). Na manifestação acerca da informação fiscal o autuado pediu o cancelamento da multa dizendo que erros do preenchimento da DMA não implicaram em recolhimento a menos do imposto.

Verifico que pelo confronto da DMA com o livro RAICMS do estabelecimento autuado (fls. 155/158), há divergências em relação aos valores registrados do valor contábil, base de cálculo, crédito e débito do imposto relativo ao mês de janeiro/06. Portanto, restou caracterizada a infração.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, observo que as informações econômico-fiscais são importantes para o planejamento da administração tributária e deve expressar a verdade da escrita fiscal da empresa. Caso entregue com dados incorretos, a empresa tem a possibilidade de fazer uma DMA retificadora e encaminhar para a Secretaria da Fazenda, fato que não ocorreu na situação presente. Portanto, não acato o pedido de cancelamento da multa por entender que não é razoável o motivo alegado. Infração subsistente.

No tocante à **infração 8**, foi exigida diferença devida relativa ao recolhimento antecipado das parcelas dilatadas do DESENVOLVE. Na defesa apresentada o autuado alegou que os valores recolhidos referem-se aos meses de janeiro, março, junho e julho/2005 e não de 2006. Por sua vez a autuante confirmou que os cálculos dos valores exigidos e os recolhimentos efetuados pela empresa referem-se ao exercício de 2006.

O CONSEF determinou a realização de diligência, tendo o autuado em atendimento à intimação juntado:

- 1) Demonstrativo relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/05, com indicação dos valores das parcelas devidas com pagamento por antecipação e valores pagos (fl. 448);
- 2) Protocolo de pedidos de retificação de datas na SEFAZ (fls. 461, 466, 470 e 474);
- 3) Cópia do livro RAICMS relativo aos exercícios de 2005 e 2006 (fls. 478/501).

Pelo confronto do demonstrativo elaborado pela autuante com o apresentado pelo impugnante, verifico que assiste razão ao estabelecimento autuado. Tomando com exemplo o mês de janeiro/05 no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 28 e 35) foram considerados o débito de R\$105.627,47 e crédito de R\$49.791,31 relativo ao mês de janeiro/06 apurado valor com desconto de R\$9.831,43 e considerado recolhido o valor de R\$1.344,67. Já o demonstrativo do autuado (fl. 448) indica débito de R\$92.037,26 e crédito de R\$73.392,92, relativo ao mês de janeiro/05 conforme livro RAICMS às fls. 491/492 com apuração da parcela com desconto de R\$1.340,75 e valor recolhido de R\$1.344,97 conforme cópia do DAE à fl. 476 e pedido de retificação de janeiro/06 para janeiro/05 à fl. 474.

Pelo exposto, restou caracterizado que durante a fiscalização, a autuante considerando as datas de recolhimentos e períodos de referência indicados nos DAEs apresentados, apurou corretamente os valores devidos relativos ao pagamento das parcelas antecipadas do ICMS incentivado do DESENVOLVE relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/06.

Entretanto, de acordo com os documentos juntados com a defesa, constatação do diligente e protocolo de correção de período de referência, restou comprovado que os recolhimentos efetivados pela empresa referem-se a parcelas do ICMS incentivado do DESENVOLVE relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/05. Assim sendo, declaro nula esta infração dada a ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA).

Ressalto que a Res. 09/03 do CD DESENVOLVE (fl. 236) concedeu benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias, a critério da autoridade administrativa pode ser determinada a verificação se a empresa recolheu no prazo os valores corretos abrangidos pelo benefício fiscal referente às parcelas do **ICMS** incentivado do período autuado (janeiro, março, junho e julho/06).

Relativamente à **infração 9**, na defesa apresentada o autuado alegou que as operações de bonificação equivalem a um desconto incondicional e não configura fato gerador do ICMS, o que foi contestado pela autuante dizendo que os atos praticados não confirma tal alegação.

Verifico que a autuante relacionou as notas fiscais objeto da autuação em demonstrativos (fls. 20/27) e exigiu o ICMS-ST das operações de bonificações. Por sua vez o autuado juntou cópias de notas fiscais (fls. 254/290) para tentar provar a regularidade das operações com bonificação.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que:

- a) NF 15.829-09/02/06-Bonificação (fl. 255) foi destacado o ICMS normal, mas não foi destacado o ICMS-ST;
- b) NF 15.830-09/02/06-Venda (fl. 254) foi destacado o ICMS normal e ICMS-ST.
- c) O mesmo procedimento para as notas fiscais NF 15.720 e 15.721 (fls. 256-257) e seguintes.

Verifico que a resposta da Consulta 159/03 da Receita Federal e decisão contida no Acórdão do REsp 715.255-MG, não se aplicam às operações praticadas pelo recorrente, senão vejamos. Na resposta da consulta foi dito que “as bonificações concedidas em mercadorias, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens e não dependerem de evento posterior à emissão desse documento, significam parcelas redutoras de receita de venda (desconto incondicionais)”. Da mesma forma, a decisão jurisprudencial de que “Assim, os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre à saída da mercadoria (...)” tendo como precedente os Resp 721.243/PR; REsp 725.983/PR; REsp 477.525/GO; REsp 63.838/BA.

Em ambas situações, ficou bem claro que os descontos ou bônus concedidos que não dependam de evento futuro e incerto, indicado no documento fiscal, não constituem fato gerador do ICMS. Na situação presente, o autuado emitiu uma nota fiscal com natureza de bonificação, sem identificar vinculação a qualquer operação que correspondesse um desconto incondicional.

Como decidido no Acórdão do citado REsp 715.255-MG, seria coerente acatar a operação de bonificação como um desconto incondicional, se a empresa emitisse uma nota fiscal de venda de uma quantidade de mercadorias e no mesmo documento fiscal indicasse quantidade bonificada a título de desconto do valor da operação sem estabelecer qualquer condição. Entretanto, na situação presente, foi emitida uma nota fiscal indicando remessa de mercadorias a título bonificação sem que isso configure uma modalidade de desconto incondicional. O provável é que como ocorre costumeiramente, a empresa tenha feito uma venda anterior, estabelecendo uma bonificação que foi remetida em função das quantidades vendidas, situação esta que não foi trazida ao processo.

Pelo exposto, concluo que as operações bonificadas praticadas pelo estabelecimento autuado não se equiparam a um desconto incondicional, como alegado, constituem fato gerador do ICMS e devido o ICMS-ST exigido relativo às mercadorias consignadas nas notas fiscais de saídas (CFOP 5910), mesmo porque a empresa tributou as mesmas operações com o ICMS normal. Infração procedente.

Quanto às infrações 10, 11 e 12 (fl. 218) envolvendo levantamento quantitativo de estoques dos exercícios de 2006/2007, na defesa inicial o autuado apresentou demonstrativo apontando inconsistências de quantidades e valores contidos nas planilhas elaboradas pela fiscalização (Estoque inicial, quantidades produzidas, entradas com nota fiscal computada em duplicidade, saídas em quilos em vez de caixas) e apontou no final a base de cálculo e valores que reconheceu como omitidos (fls. 311 e 313/314).

Na informação fiscal, a autuante refez os demonstrativos originais acatando parte dos documentos que foram juntados com a defesa relativos a erro de digitação da produção, documento computado em duplicidade, excluiu quantidades resultantes inexpressivas que considerou como quebras, converteu caixas em quilos e contestou outros informando que com relação a determinados produtos:

- a) Não foi apresentado livro Registro de Inventário, tendo considerado a listagem apresentada e rubricada. Não acata o relatório Logix ora apresentado por não ser documento fiscal;
- b) Não considerou saídas para depósito sem o devido registro de retorno;
- c) Não encontrou as notas fiscais 497, 479, 482 e 484 relativo a mercadorias recebidas (fl. 327).
- d) Quantidade do item Ovo 19 de 160 g não foi objeto de levantamento quantitativo.

Na manifestação do autuado acerca das infrações 10, 11 e 12, alegou que não foi apresentado qualquer argumento que “justificasse legalmente o uso do arbitramento por presunção” e que repudia o não acatamento do controle de estoque por meio de relatório Logix.

Com relação ao Relatório Logix, na informação fiscal a autuante esclareceu que não foi apresentado o livro Registro de Inventário, motivo pelo qual considerou a relação apresentada pela empresa. Verifico que conforme documento juntado às fls. 163/166, foram relacionados os estoques finais por exercício, tendo sido assinado pelo Contador (Ivanir Caleffi e sócio responsável Alexandra Souza Chaves). Como a escrituração do livro Registro de Inventário é obrigatória pela legislação fiscal e societária e não foi apresentado qualquer Termo de Arrecadação do livro Registro de Inventário, nem foi trazido ao processo o mencionado livro, é razoável acatar como estoques (inicial e final) as listagens entregues e devidamente rubricadas pelos representantes legais da empresa. O Relatório Logix não pode ser acatado tendo em vista que pode ser modificado a qualquer momento, o que se constata pelas diferenças de quantidades contidas no mesmo em relação ao inventário apresentado durante a fiscalização.

No que se refere à alegação de que não se justifica o arbitramento da base de cálculo por presunção, verifico que tendo sido exigido o imposto em decorrência da constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis (omissão de entrada na infração 10 e omissão de saída nas infrações 11 e 12), apurada por meio de levantamento quantitativo, foi facultado ao contribuinte comprovar quais quantidades teriam sido supostamente indicadas de forma incorreta nos demonstrativos elaborados pela autuante. Foram feitos os demonstrativos de acordo com as provas que foram apresentadas, tendo a autuante indicado as quantidades que não foram acatadas, conforme acima resumido e dado conhecimento ao estabelecimento autuado, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa. Nos termos dos artigos 140 e 142 do RAPAF/BA, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas e na situação presente, os elementos probatórios são da posse do estabelecimento autuado (notas fiscais, livros). Por isso, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, motivo pelo qual considero corretos os demonstrativos feitos pela fiscalização.

Entretanto, verifico que pelo confronto dos demonstrativos originais às fls. 18, 43 e 45 com os feitos pela fiscalização juntados às fls. 331/332, ocorreu agravamento das infrações 10, 11 e 12. Dessa forma acato os demonstrativos feitos e considero devido o valor total de R\$799.508,82 referente a estas infrações. Considerando que houve agravamento destas infrações, ficam mantidos os valores originais exigidos totalizando R\$675.403,75. Recomendo que a autoridade fazendária mande renovar o procedimento fiscal para exigir as diferenças devidas, totalizando R\$124.105,07 conforme demonstrativo abaixo. Infrações procedentes.

Inf.	Data Ocorr	Data Vencto	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Autuado	Fl.	Devido	FL.	Valor Agravado
10	31/12/2006	9/1/2007	1.176.440,47	17	60	199.994,88	43	250.516,28	331	50.521,40
11	31/12/2007	9/1/2008	1.997.516,29	17	60	339.577,77	45	392.137,53	332	52.559,76
12	31/12/2007	9/1/2008	799.006,47	17	60	135.831,10	18	156.855,01	332	21.023,91
Total						675.403,75		799.508,82		124.105,07

Quanto ao argumento defensivo de que as multas são abusivas e confiscatórias, observo que as penalidades indicadas têm previsão na Lei 7014/96 (art. 42), portanto são legais e este órgão julgador nesta instância não tem competência para apreciar pedido de cancelamento ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RAPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 141596.0401/08-2, lavrado

contra **CHOCOLATES DUFFY LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.017.245,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.469.461,09, 70% sobre R\$539.572,65 e 150% sobre R\$8.211,89, previstas no art. 42, II, “a”, “e” e “f”, III e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando **R\$8.568,94**, previstas no art. 42, IX e XVIII, “c” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR