

A. I. N° - 281231.0001/10-8
AUTUADO - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS GAMELEIRA LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO PORTO CARMO
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 10.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0010-04/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que não foi recolhido no prazo regulamentar o imposto devido por antecipação [farinha de trigo] conforme previsto em Regime Especial. Infração não elidida. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **c)** RETENÇÃO A MENOS. Restou comprovado que na apuração do imposto exigido não foi considerado o valor do crédito fiscal escriturado extemporâneo relativo à prestação de serviços de transportes vinculados à comercialização de mercadorias tributáveis em operações internas e interestaduais referente a período em que as operações internas de transporte de cargas eram tributadas. Diligência fiscal refez os demonstrativos originais o que resultou na elisão total dos valores das infrações 2 e 3. Infrações improcedentes. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 23/03/10, para exigir ICMS no valor de R\$89.968,49, acrescido da multa de 60% relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de efetuar o recolhimento o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$27.292,41.
02. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - R\$33.804,58.
03. Reteve e recolheu a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - R\$28.871,50.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 82 a 89), inicialmente tece comentários sobre as infrações e preliminarmente diz que o lançamento é nulo, tendo em vista de que o autuante ao elaborar o demonstrativo das supostas infrações “esqueceu-se de usar um crédito extemporâneo no valor de R\$103.606,09, gerado na aquisição de combustíveis, lubrificantes, aditivos, etc., consumidos nos veículos de frota própria para entrega CIF de produtos fabricados e comercializados, nos anos de 2001 e 2002”.

Afirma que após consulta prévia no processo 197197200558 e Parecer GECOT/GETRI 10473/2005 foi comunicado a INFAZ Jequié de acordo com o disposto no art. 55 e seguintes do RPAF/BA.

Argumenta que no momento que a fiscalização foi averiguar os fatos relacionados com a Consulta, ignorou o disposto no art. 65 do RPAF/BA e resposta da consulta, conforme transcreveu parte de texto do aludido Parecer (fls. 85/87) e juntou cópia às fls. 90/91.

No mérito, transcreve a acusação contida no Termo de Encerramento de Fiscalização e afirma que não passa de “puro engodo, mentira deslavada” visto que a simples inserção do crédito fiscal extemporâneo de R\$103.606,09 nas planilhas apresentadas pelo autuante elide a exigência fiscal.

Afirma que procedeu de acordo com a orientação contida no Parecer da GECOT/GETRI, de acordo com o disposto no art. 65 do RPAF/BA, visto que só utilizou o crédito fiscal objeto da consulta no período de janeiro/2001 a dezembro/2002, relativo às operações internas de serviços de transportes que eram tributáveis.

Alega que o crédito fiscal objeto da consulta foi utilizado na forma prevista do art. 101, §1º, II, “a” do RICMS/BA, cumprindo as exigências para a sua utilização conforme consta no Processo 018698/2006-6 protocolado na INFAZ Jequié em 07/02/06.

Conclui dizendo tendo sido lavrado Auto de Infração sobre objeto de consulta prévia, não ter ocorrido prática de sonegação fiscal o Auto de Infração é insubsistente e nulo.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 103 a 106, inicialmente discorre sobre as infrações e diz que para melhor detalhamento e identificação das infrações, elaborou demonstrativos próprios os quais foram entregues ao contribuinte conforme documentos acostados às fls. 7/20.

No tocante a nulidade suscitada, sob alegação de que não foi considerado um suposto crédito fiscal, ressalta que o RPAF/BA possui um capítulo próprio a respeito de nulidade e não vislumbra qualquer possibilidade de acolhimento nos termos dos artigos 18 a 21 do mencionado diploma legal, por inexistir descumprimento de formalidade no ato do lançamento.

Ressalta que o Auto de Infração possui todos os elementos previstos nos artigos 38 a 41 do RPAF/BA e não há motivo para decretação de nulidade.

No mérito, com relação à resposta da Consulta feita pelo estabelecimento autuado que resultou no Parecer GECOT/DITRI quanto à utilização de crédito fiscal, transcreve parte do art. 93, I, “f” e seu § 1º do RICMS/BA, o qual estabelece condição de utilização do crédito fiscal à prestação de serviço de transporte tributado.

Destaca que considerando que as prestações de serviços de transporte realizadas dentro do Estado encontram-se desoneradas do pagamento do imposto, entende que consequentemente o crédito fiscal não pode ser aproveitado, conforme indicado no Parecer GECOT/DITRI.

Observa que o resultado da consulta foi negativo ao pleito do contribuinte e não há razão de querer ser utilizado o Parecer para amparar direito de uso de créditos fiscais relativos a combustíveis.

Salienta que o Parecer foi prolatado em 29/11/05, tendo o estabelecimento autuado comunicado a utilização do crédito fiscal extemporâneo em 07/02/06 sem amparo do resultado da consulta.

Atenta que o art. 101 do RICMS/BA, mencionado na defesa pelo autuado, estabelece que a escrituração do crédito fiscal quando for feita fora do período próprio, será anotada na coluna de “observações” do livro Registro de Entradas ou de Apuração do ICMS o que não ocorreu.

Conclui dizendo que a ação fiscal decorreu de o contribuinte ter utilizado crédito fiscal contrário à pretensão do autuado e requer a procedência da autuação.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência no sentido de que fosse intimado o autuado para apresentar documentos fiscais relativos aos demonstrativos juntados ao processo e refeitos os demonstrativos originais considerando os créditos fiscais relativos à aquisição de combustíveis nos exercícios de 2001 e 2002 antes da edição do Dec. 8.413/02 que concedeu isenção de lançamento e pagamento do ICMS nas operações internas de prestação de serviço de transporte de carga a partir de 01/01/03 (fl. 108).

O autuante prestou a segunda informação fiscal (fls. 207/208) em cumprimento à diligência e informou que:

- a) Apesar de ter intimado o contribuinte duas vezes para apresentação dos documentos e livros fiscais, o mesmo não apresentou a documentação solicitada;
- b) Não tendo apresentado os documentos fiscais que serviram de base da elaboração da planilha à fl. 95, não foi refeito os demonstrativos originais.
- c) O crédito fiscal escriturado de R\$103.306,09 foi feito no mês de janeiro/06 relativo aos exercícios de 2001 e 2002 e não tendo sido provado, resultou nos valores exigidos das infrações indicadas na autuação.

Conclui afirmando que não tendo o autuado demonstrado à pertinência do crédito fiscal utilizado, apesar de intimado, requer a procedência do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado manifestou-se às fls. 212/213. Afirma que o autuante distorceu a solicitação determinada pela Junta de Julgamento no sentido de verificar a existência efetiva do crédito fiscal cuja utilização foi feita em conformidade com o que determina a legislação do ICMS.

Argumenta que conforme documentos às fls. 110/111 embora a intimação tenha sido formalizada nos moldes da lei, “não contempla prazo previsto para que se apresentasse o que foi solicitado”. Pondera que tendo sido re-intimado em 18/10/10, fez a entrega [livros e documentos] no prazo legal ao Sr. Edson – Cadastro 13.152.517-3 na Infaz Ipiaú, conforme protocolo à fl. 214.

Alega não ser verdade que tenha apresentado os documentos que serviram de base para elaboração das planilhas à fl. 95, tendo em vista que exceto a pasta contendo as notas fiscais relativas ao exercício de 2001, que representa apenas 30% do crédito fiscal aproveitado e foi extraviada, “todos os documentos solicitados foram entregues” conforme protocolo recepcionado.

Ressalta que o pedido de uso extemporâneo de crédito fiscal foi feito em 07/02/06 e embora tenha informado que todos os documentos estavam à disposição do fisco, só quatro anos depois foi verificado pela fiscalização o que culminou com o presente lançamento. Reitera tudo que foi dito na defesa inicial e requer a nulidade da autuação.

O autuante presta a terceira informação fiscal e diz que o autuado não apresentou nenhum fato novo, nem trouxe qualquer documentação que não estivesse presente no processo, motivo pelo qual reitera as informações prestadas anteriormente (fls. 103/106 e 207/208).

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 218) no sentido de que fosse intimado o autuado para apresentar as notas fiscais faltantes relativas ao exercício de 2001 e refazer o demonstrativo original das fls. 7/8 considerando os créditos fiscais das notas fiscais relativas ao exercício de 2002 que atendessem as restrições impostas do art. 93 do RICMS/BA.

A diligente no Parecer ASTEC 75/11 (fls. 220/221) informa que intimou o autuado, porém o mesmo não apresentou as notas fiscais relativas ao exercício de 2001 por não terem sido localizadas.

Afirma que refez o demonstrativo original (fls. 7/8) produzido pelo autuante considerando os créditos das notas fiscais apresentadas cujas cópias foram juntadas às fls. 116/190 relativas ao exercício de 2002 totalizando R\$67.146,14 o que resultou em saldo credor de R\$33.341,56 favorável ao estabelecimento autuado de acordo com o demonstrativo à fl. 297 o que neutraliza a exigência fiscal da infração 2.

O autuado e o autuante foram cientificados do resultado da diligência (fls. 300/301), não tendo o primeiro se manifestado e o segundo manifestou-se afirmando que “reitera as informações e requerimentos feitos através dos documentos de fls. 103 a 106 e 207 a 208”.

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a nulidade da autuação, sob a alegação de que não foi considerada na autuação a existência de créditos fiscais utilizados extemporaneamente e que foi objeto de Parecer Final resultante de consulta formulada à administração tributária, ignorando o disposto no RPAF/BA.

Quanto à primeira alegação, ou seja, se foi desconsiderado ou não direito de crédito fiscal, entendo que se trata do mérito da questão o que será apreciado em seguida. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No tocante a segunda alegação, de que foi ignorado o disposto no RPAF/BA em relação à consulta formulada, verifico que conforme documentos juntados às fls. 90/92, o contribuinte foi cientificado do resultado do Parecer 10473/05 em 30/11/05. Conforme disposto no art. 63 do RPAF/BA, dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, o consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas. Já o início da ação fiscal ocorreu em 07/10/09 de acordo com intimação acostada à fl. 21. Logo, não houve descumprimento das regras estabelecidas no RPAF/BA relativas à consulta formulada pelo contribuinte e prazo estabelecido para ajustar-se ao resultado da consulta, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Com relação ao argumento de que a ação fiscal contraria o resultado contido no Parecer 10473/05 exarado pela GECOT/GETRI, trata-se do mérito da autuação o que será apreciado a seguir.

No mérito, o Auto de Infração acusa o contribuinte de não ter feito o recolhimento do ICMS por antecipação, falta de retenção e retenção e recolhimento a menos do imposto devido por substituição.

Na defesa apresentada o autuado não questionou os valores apurados pelo autuante em cada infração conforme demonstrativos que lhe foram entregues relativos às três infrações de acordo com as planilhas acostadas às fls. 7/20.

Pela análise dos elementos contidos no processo observo que:

1. Cópia do Parecer 10473/05 do Processo de Consulta 1971972005/8 o estabelecimento autuado explicitou que exerce atividade de fabricação de massas alimentícias e distribui os alimentos utilizando frota própria “em diversas regiões do Estado e, também, em outras unidades da federação” Indaga como deve proceder o contribuinte que utiliza frota própria “no tocante aos créditos fiscais relativos às aquisições de combustíveis e lubrificantes empregados neste serviço”.
2. A GECOT/GETRI, respondeu dizendo que o art. 93, “F”, §1º, I e II disciplinam a utilização de créditos de combustíveis e lubrificantes relativos à prestação de serviços tributadas pelo ICMS.
3. Na conclusão estabeleceu duas premissas:
 - a) As prestações de serviços de transporte realizadas dentro do Estado encontram-se desoneradas do pagamento do ICMS (art. 1º, §7º do RICMS/BA), e nesta situação “o ICMS relativo às aquisições do combustível utilizados nos veículos que transportam suas mercadorias não poderá ser aproveitado como crédito fiscal”;
 - b) As prestações de serviços de transportes de mercadorias para entrega em outros estados, vendidas a preço CIF, “para fazer jus à utilização dos referidos créditos deverá efetuar o pagamento do imposto sobre o frete e proceder nos termos do art. 646, II do RICMS/BA” tendo indicado as formalidades exigidas.

Por sua vez, o autuado juntou com a defesa cópia de demonstrativo para fins de apropriação de crédito ICMS s/combust. Lubrif. Etc (fl. 95) no qual indicou colunas de: Receita Total, Rec. Vendas de Merc. Transp. Em Veículos de Terceiros, Receita Vendas Jequié Transp. Em Veículos Próprios, Rec. De Vendas de Merc. Transp. Em veículos Próprios e Percentual com direito ao crédito de ICMS.

Em seguida apresentou demonstrativo às fls. 96/98 no qual indicou data de entrada, nota fiscal, base de cálculo, alíquota, ICMS, % a apropriar e crédito a apropriar totalizando R\$103.606,09 (exercícios de 2001 e 2002).

Conforme cópia da fl. 3 do livro RAICMS (fl. 197) o contribuinte efetuou o lançamento extemporâneo no mês de janeiro/03 do crédito fiscal relativo ao serviço de transporte contratado no período de janeiro/01 a dezembro/02 totalizando R\$103.606,09. Em seguida efetuou comunicado à Secretaria da Fazenda do lançamento extemporâneo efetuado conforme documento à fl. 94.

O autuante na informação fiscal alegou que o autuado efetuou o lançamento do crédito fiscal mesmo que em resposta a consulta formulada a GETRI “NEGOU TAL PRETENSÃO” (fl. 105).

Conforme anteriormente apreciado o Parecer GECOT/GETRI 1971972005/8, manifestou entendimento de que as prestações de serviços de transporte realizadas dentro do Estado encontram-se desoneradas do pagamento do ICMS e nesta situação “o ICMS relativo às aquisições do combustível utilizados nos veículos que transportam suas mercadorias não poderá ser aproveitado como crédito fiscal”.

Entretanto, o § 7º foi acrescentado ao artigo 1º do RICMS/BA pelo Decreto nº 8413, de 31/12/02 que dispensou o lançamento e o pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviço de transporte de carga, produziu efeitos a partir de 01/01/03. Logo, como os créditos fiscais apurados e lançados pelo autuado referem-se ao período de janeiro/01 a dezembro/02, durante este período, as operações internas com serviços de transporte de cargas eram tributadas e consequentemente, legítimo o direito da utilização do crédito fiscal correspondente, relativo às operações de comercialização de mercadorias tributáveis.

A segunda condição da orientação contida no citado Parecer era que para fazer jus à utilização dos referidos créditos, a empresa deveria efetuar o pagamento do imposto sobre o frete das prestações de serviços de transportes de mercadorias vendidas a preço CIF. Observo que diante dos demonstrativos elaborados pela empresa o autuante não alegou nem apresentou qualquer prova em contrário de que o contribuinte tenha infringido tal disposição regulamentar.

Também deve se ressaltar que a escrituração do crédito fiscal fora do período que configurou o direito da utilização foi feita em conformidade do disposto no art. 101, §1º do RICMS/BA, ou seja, feita comunicação escrita à repartição fiscal que o contribuinte está vinculado.

Quanto aos aspectos materiais, em atendimento à primeira diligência determinada pelo CONSEF (fls. 108/109), intimado, o autuado apresentou apenas as notas fiscais relativas ao exercício de 2002, tendo alegado que não localizou as notas fiscais relativas ao exercício de 2001. Na segunda diligência realizada pela ASTEC, a diligente no Parecer ASTEC 75/11 apurou créditos fiscais relativos a serviços de transportes com base nos documentos fiscais apresentados que totalizam valor de R\$67.146,14. Refez o demonstrativo original elaborado pelo autuante (fl. 8) fazendo a inserção daquele valor conforme documento à fl. 297.

Assim sendo, acato o demonstrativo produzido pela ASTEC à fl. 297 relativo a apuração do ICMS por retenção na saída de biscoitos. Consequentemente, pelo confronto com o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 8, considerando como legítimo a utilização dos créditos fiscais relativos ao serviços de transportes cujo crédito fiscal foi escriturado extemporaneamente no mês de janeiro/06, ficam elididas as infrações 2, relativa a falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição (valor de R\$33.804,58) e 3, referente a retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST (valores de R\$19.684,89; R\$1.320,75 e R\$7.865,86 totalizando R\$28.871,50). Infrações 2 e 3 improcedentes.

Com relação à infração 1, verifico que a acusação é da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação relacionada no Anexo 88 do RICMS/BA. O demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 7 indica “Planilha de Apuração de ICMS por antecipação de farinha de trigo – Regime Especial 2967/01 – Saídas de Biscoitos e Massas”.

A cópia do Parecer do Regime Especial 2697/01 para apurar e recolher o imposto devido por antecipação tributária nas entradas de farinha de trigo, de forma resumida indica prazo de recolhimento até o 10º dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria da seguinte forma:

1. Lançar no LAICMS os créditos de entradas tributadas no mês (insumos, energia elétrica, ativos,

- nos termos da legislação estadual), incluindo o ICMS destacado em notas fiscais oriundos de Estados não signatários do Prot. 46/00;
2. Crédito fiscal presumido oriundo de aquisições de Estados signatários do Prot. 46/00 com base em informação do Fisco (visto que as NF não apresentam destaque do ICMS);
 3. Débito de 7% sobre as saídas internas de massas e biscoito e alíquota de 12% sobre as saídas interestaduais;
 4. Quando o resultado da apuração (débito – crédito) resultar em valor a ser recolhido, será feito com o código de receita 1145 e caso resulte em saldo credor pode ser utilizado para abater do ICMS devido nas operações próprias; transferidos para fornecedores...;

Pela análise do demonstrativo à fl. 7 (ICMS devido por antecipação – farinha de trigo), constato que o autuante apurou saldo credor de R\$1.349,44 valor este que foi compensado na apuração do ICMS devido por retenção das saídas de biscoitos (fl. 8) o que conforme apreciado anteriormente com o demonstrativo refeito pela diligente da ASTEC considerando os créditos fiscais relativos a serviços de transportes escriturados extemporâneos (fl. 297) eliminou a exigência fiscal relativo às infrações 2 e 3.

Já no mês de fevereiro/06 o autuante apurou o montante dos créditos fiscais de R\$62.032,44 na planilha à fl. 10 (matéria-prima, material secundário, embalagem, combustível, frete, devoluções e energia elétrica) e confrontou com o débito de saídas internas e interestaduais de biscoitos e massas totalizando R\$71.889,45 (item 3 acima pela soma de R\$62.916,19 + R\$8.973,26) o que resultou em valor devido de R\$9.857,01. Observo que a relação de DAEs relativos a recolhimentos no exercício de 2006 à fl. 22 não indica qualquer recolhimento com o código de receita 1145 conforme fez constar o autuante indicando no campo ICMS RECOLHIDO valor zero (fl. 7).

O mesmo procedimento ocorre nos meses de março, agosto e setembro de 2006. Logo, embora o autuado tenha de forma genérica alegado que a não consideração do montante do crédito escriturado de forma extemporânea (R\$103.606,09) supera em R\$13.637,60 o montante exigido de R\$ 89.968,49 relativo às três infrações apontadas na autuação, entendo que conforme previsto no Regime Especial 2.697/01 para apurar e recolher o imposto devido por antecipação tributária nas entradas de farinha de trigo, no tocante à infração 1, o imposto foi apurado considerando os créditos que o contribuinte tem direito e uma vez confrontado com os débitos, resultaram em valores a serem recolhidos com o código de receita 1145 (fevereiro, março, agosto e setembro) e na defesa e manifestações acerca de informação fiscal e diligências não foi comprovada a regularidade dos pagamentos. Portanto, fica mantida na integralidade a infração 1. Infração não elidida.

Diante do 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 nº **281231.0001/10-8**, lavrado contra **PRODUTOS ALIMENTÍCIOS GAMELEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.292,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR