

A. I. Nº - 269278.0002/11-4
AUTUADO - GARRA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - SILVIO CHIAROT DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET 21.05.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-05/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Restou comprovado que as mercadorias não adentraram no estabelecimento do autuado em razão de terem sido devolvidas aos fornecedores. **Infração improcedente. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. As razões de defesa conseguem elidir, tendo em vista tratar-se de imputação exigida. Com base nos documentos fiscais relativos à exigência da infração nº 1, em que restou comprovado que as mercadorias não adentraram no estabelecimento do autuado. **Infração insubsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração procedente. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração procedente em parte. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO.** O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. **Infração procedente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração procedente. 6. SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. BRINDES. Infração subsistente. 7. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ACIMA DO PERMITIDO. ATIVO IMOBILIZADO. Infração procedente. 8. CONTA “CAIXA”. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO**

IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Comprovada a inclusão indevida de cheques pré-datados nas contas do Disponível. Infração procedente. **9. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUENTES DO IMPOSTO a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO.** O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS no valor de R\$ 227.411,52, através das seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. ICMS: R\$43.205,71 e multa de 60%.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Deixou de registrar as notas fiscais relacionadas em planilha de aquisição de mercadorias. ICMS R\$40.552,63 e multa de 70%.
3. 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. Falta de retenção na venda a contribuintes inaptos no cadastro. ICMS: R\$1.400,73 e multa de 60%.
4. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Venda a contribuinte não inscrito com o benefício do Decreto nº 7.799/2000. ICMS: R\$32.313,44 e multa de 60%.
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Não recolheu o diferencial de alíquota relativo à aquisição de material promocional, conforme planilha anexa e parecer 45/2009 exarado em processo de consulta. ICMS: R\$19.012,61 e multa de 60%.
6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Deixou de recolher o imposto sobre brindes, remetidos de outras unidades da Federação, na forma do artigo 565 do RICMS/BA. ICMS: R\$2.876, 80 e multa de 60%.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Utilizou, conforme a escrituração do CIAP cópia em anexo, crédito de bens do ativo imobilizado acima do permitido ao beneficiário da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000. ICMS: R\$20.272,53 e multa de 60%.

8. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Inclusão indevida dos cheques – pré nas contas do disponível, cuja separação implicou em estouro de caixa. ICMS: R\$64.257,99 e multa de 70%.
9. Recolher a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Venda a contribuinte inapto no cadastro com o benefício de redução da base de cálculo previsto no artigo 1º do decreto nº 7.799/2000. ICMS: R\$3.519,08 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 800/815, e aduz que, a despeito da capacidade profissional do auditor fiscal autuante, foram cometidos equívocos que implicaram em exigências indevidas, como passa a demonstrar. Pede a nulidade por cerceamento do direito de defesa, com relação às infrações 3 e 9, que guardam relação de íntima conexão, pois às mesmas saídas para contribuintes inaptos sem a retenção do ICMS, é cobrada a diferença do imposto em relação à suposta indevida redução de base de cálculo, atribuindo-se tal crédito para a cobrança da infração 3. Diz que necessita, portanto, de informação segura sobre a situação cadastral dos contribuintes, referidos nas infrações 3 e 9, a fim de realizar defesa técnica, e, sendo o caso, elidir as respectivas infrações.

Exemplifica que o contribuinte destinatário da Nota Fiscal nº 98598, datada de 06/01/2009, inscrito sob nº 056.809.660 NO, tornou-se inapto em 17/03/2011, logo não há razão para sua inclusão, ou ele estava inapto, voltou à atividade e retornou à situação de inapto? Por tais dúvidas, a perfeita caracterização da infração demandaria a existência de elementos probatórios que possibilitassem reconstruir, no tempo, as alterações cadastrais dos clientes.

Ademais, a única informação detida, pelo impugnante, é a consulta de situação cadastral atual, disponível na Internet, o que se mostra inadequada para realizar uma boa defesa técnica, logo deve ser anulada a infração. Isto não quer dizer que o lançamento não possa ser refeito, mas deve ser possibilitado, ao autuado, a conferência das infrações. Caso não seja acatado o pedido de nulidade que seja realizada diligência, para a exclusão de contribuintes que, no momento das saídas, não se encontravam inaptos.

Com relação à infração 1, aduz que as mercadorias constantes nas notas fiscais, objeto do lançamento não adentraram no estabelecimento, pois foram devolvidas/retornaram aos fornecedores. Em relação à Nota Fiscal nº 5765, junta à presente a Nota Fiscal nº 290 emitida pela Kraft Foods Brasil S/A tendo como terceiro a impugnante, relativamente à devolução de venda das mercadorias (2411). Os dados adicionais da nota consignam: “*nota fiscal de retorno referente à Nota Fiscal de Saída nº 005765, série 01, de 27/02/2009*”. Consta ainda do Livro Registro de Entradas da Kraft, o registro da referida entrada.

Ressalta que a Nota Fiscal nº 133545, do Pastifício Santa Amália S/A, foi objeto de devolução, conforme informação prestada pelo fornecedor, sem que a nota fiscal tivesse chegado ao conhecimento da impugnante, consoante a Nota Fiscal nº 1357, emitida e registrada na escrituração fiscal do fornecedor.

Ademais, as Notas Fiscais nºs 1228 e 1305 são notas de devolução, referentes às entradas no Pastifício Santa Amália S/A, código 2201, portanto, não subsiste a cobrança da antecipação total em relação às referidas notas fiscais.

Com relação à infração 2, o demonstrativo refere-se às mesmas notas objeto da infração 1, e deve ser julgada improcedente pelas mesmas razões acima. Também há cobrança da Nota Fiscal nº 227464, emitida por Pepsico do Brasil Ltda, no valor de R\$ 22.271,34, mas esta nota foi registrada na Escrita Fiscal sob o nº 2278464, o que poderá ser verificado, pelo valor e data de emissão. Junta o Registro de Entradas.

Na infração 4, aduz que a auditoria tomou por base os arquivos do SINTEGRA, mas os cadastros de clientes, do impugnante, apresentam diversos problemas, que acabam por refletir no Sintegra, pois vários clientes devidamente inscritos no cadastro de Contribuintes da Bahia, foram cadastrados como isentos. Desta forma, elaborou demonstrativos, manualmente e por

amostragem, a fim de demonstrar a procedência de suas alegações, sendo um para cada ano, nos quais constam as seguintes informações, separadas em colunas: número da nota fiscal, consoante relação do demonstrativo fiscal, data de emissão, CPF, CNPJ, inscrição estadual, condição e data da baixa. O trabalho foi realizado, por amostragem, com a finalidade de demonstrar que, apesar da notação “isento”, no campo de inscrição estadual, trata de vendas efetadas a contribuintes inscritos e ativos, perfeitamente lícita a redução da base de cálculo.

Na infração 5, os demonstrativos indicam que se trata da entrada no estabelecimento, de material para divulgação de atividades comerciais remetido à impugnante, sem que tenha havido aquisição. A descrição da operação, nos documentos, evidencia a remessa de material promocional para distribuição por terceiros. O CFOP 2949, também demonstra, com clareza, o tipo de operação realizada. A incoerência de circulação econômica demonstra que não ocorreu o fato gerador de ICMS, pois o impugnante é mero depositário, incumbido de fazer a entrega do material promocional, nos pontos de venda dos produtos comercializados, onde serão efetivamente utilizados. Aduz que o Parecer nº 45/2009 não se aplica ao impugnante, uma vez que os efeitos das consultas normais são inter partes, e não têm efeito similar ao ato normativo. Apenas serve de diretriz para a fiscalização, mas não poderá ser utilizado, sequer, para essa finalidade, vez que os casos não são similares. Conforme o parecer, há necessariamente aquisição do material promocional, pelo contribuinte, situado neste Estado, o que não ocorre no caso presente.

Está evidente que, o impugnante, ao receber o material promocional, e repassar aos varejistas que também não são proprietários, mas comodatários dos respectivos materiais promocionais, por faltar a transferência de titularidade econômica, não há que se falar em “aquisição”, conforme Parecer nº 45/2009, para tributar as operações presentes.

Traz a Súmula 573 do STF, *“não constitui fato gerador do ICMS a saída física de máquinas, utensílios, e implementos a título de comodato.”*

Apenas por argumentação, permanece a cobrança de notas fiscais, cujo diferencial de alíquota foi devidamente pago pelo impugnante, conforme se verifica no RAICMS: 208255, 218545, 214712, 216374, 878.

A infração 6, exige o ICMS à alíquota de 17%, sobre a saída de brindes, mas, neste caso, também não houve a aquisição, circulação econômica. Em algumas notas fiscais, a exemplo das Notas Fiscais nºs 201204 e 201258, emitidas pela Art Services Soluções e Logística S.A, consta a seguinte observação: *“material de propriedade da empresa Kraft Foods Brasil S.A. Em outras notas fiscais, a exemplo de nºs 178149, 179959 e 104781, emitidas por Mundial Logística Integrada Ltda, consta a observação “entregue por conta e ordem da Pepsico”.* O art. 565 do RICMS/BA, não deixa dúvidas quanto à necessidade da aquisição de brindes, o que não ocorreu no presente caso. Em nome do princípio da eventualidade, ressalta a existência de cobrança, em duplicidade, nos demonstrativos fiscais, com relação às Notas Fiscais nºs 104781, 138795, 151801, 164106, 164671, 166570, 170527 e 174127.

Reconhece o cometimento da infração 7 e informa que será parcelada.

Infração 8 – Analisa que o referido “saldo credor de Caixa” surgiu na escrita, após os seguintes procedimentos, realizados pelo autuante: exclusão do lançamento 6411, no valor de R\$ 2.308.376,56 e exclusão de todos os lançamentos credores ou devedores na conta Caixa, cujas contrapartidas fossem em bancos, (recebimentos e pagamentos de cheques). Entende que o auditor parte de presunções e de interpretações inadequadas sobre as técnicas contábeis e que não há amparo para a referida “separação” dos supostos cheques pré-datados da Conta Caixa, até porque não há elementos para identificá-los. Questiona o que são disponibilidades, vez que a Lei nº 6.404/76 não trata da Conta Caixa, fixando os elementos que deverão compô-la. Trata, por outro lado, das disponibilidades. O Manual de Contabilidade das S/A, obra de referência, demonstra que inclui dinheiro, bem como cheques em mãos, recebidos e ainda não depositados, pagáveis irrestrita e imediatamente. Diz que há dois tipos de controle da Conta Caixa, de um lado, o fundo fixo e do

outro, o caixa flutuante, pelo qual transitam pelo caixa os recebimentos e os pagamentos em dinheiro. Este é o método de controle denominado pelo autuante de “Caixa Geral”, que, segundo errônea opinião, não seria permitido, mas que é utilizado pelo impugnante. Com efeito, a impugnante emite cheques, debita o recebimento no Caixa e credita a Conta Bancos, para então realizar a baixa do pagamento pelo Caixa. No caso de depósitos, há o débito em Conta Bancos, demonstrando o recebimento e creditando o Caixa. Isso porque os pagamentos e os recebimentos sempre transitam pelo Caixa, conforme preceitua o método de caixa flutuante, denominado pelo auditor fiscal de “Caixa Geral”. Primeiro equívoco do auditor, ao não reconhecer a legitimidade da utilização do Caixa Geral.

Segundo equívoco, o auditor fiscal não poderia, simplesmente, excluir o lançamento 6411 da Conta Caixa como o fez, pois os lançamentos tiveram como origem vendas devidamente contabilizadas, e portanto, oferecidas à tributação no período de 2008. O crédito do lançamento 6411 deu-se em cheques a receber e a contrapartida em Caixa, apenas retornando os valores ao Caixa. O que efetivamente aconteceu é que em 31/10/2008, os referidos cheques transitaram para “cheques a receber” por estarem em processo de cobrança. Foram recebidos ainda em 2008 e apenas no fechamento do balanço de 31/12/2008, é que se verificou o lapso de não terem sido registrados os respectivos recebimentos, nas datas apropriadas. Assim, optou-se por realizar o lançamento de 6411, em 02/01/2009 e não há, portanto que excluí-lo, uma vez que se trata de efetivos recebimentos, relativos às operações de 2008, devidamente escrituradas e tributadas.

Terceiro equívoco, o auditor presume a impossibilidade de transitarem pelo Caixa os recebimentos e pagamentos em cheques. Conforme os demonstrativos anexos, percebe-se que o valor de R\$ 64.257,99 seria de feitas corretamente as adições e subtrações, R\$ 51.132,85, conforme planilha anexa que, sem o lançamento 6411, demonstra as demais exclusões referidas, reconstruindo a metodologia do autuante.

Pede a improcedência da autuação, vez que artificialmente criada.

Requer com fulco no art. 145 do RPAF, a realização de diligências fiscais para a finalidade de trazer as provas:

- a) infração 4 – para o fim de comprovar serem terceiros devidamente inscritos, conforme se demonstra, por amostragem, na presente impugnação, uma vez que constou indevidamente das notas fiscais e do Sintegra a notação “isento”, para terceiros cadastrados no Estado.
- b) infrações 3 e 9, para o fim de comprovar sua improcedência parcial, quanto às vendas não realizadas para contribuintes na situação de inaptos.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1051 a 1059, e quanto às infrações 3 e 9, aduz que as informações sobre a situação cadastral dos contribuintes encontra-se no site da SEFAZ, que o contribuinte tem acesso, razão por que deveria apontar erros, acaso ocorridos e não pedir a realização de diligências. Neste caso, matém as infrações na íntegra, posto terem sido demonstradas, em planilhas anexas, com informações verificáveis por qualquer interessado.

Com relação à infração 4, apresenta uma relação de empresas, todas ambulantes, com colunas de CPF, condição e situação que exemplificam a falha no procedimento. Lembra que esta relação foi feita por amostragem, e por não ser exaustiva, deve ser utilizada apenas como argumento, e também, para transferir ao autuante o encargo de produzir uma planilha, livre dos problemas que aponta e pelos quais é responsável. Contudo, foram verificadas todas as operações com isentos, para a correção e apuração do imposto devido e juntada a planilha corrigida. Deste procedimento, conclui-se que o erro ocorrido no arquivo magnético, deveu-se às operações com ambulantes que não possuem CNPJ, e sim CPF. Assim, para cada um deles foi atribuídas inscrição estadual isenta, quando este campo deveria ter sido preenchido com a inscrição cadastral do ambulante.

Infração 5 – segundo a defesa, não há aquisição do material promocional, o que fica evidente pelo CFOP utilizado, 2949. Alerta que o comodato não tem qualquer relação com a infração, pois este é um instituto bem definido para bens do ativo. Ao final, a defesa conclui, apenas para

argumentação, que algumas notas fiscais, relacionadas no demonstrativo, tiveram o diferencial de alíquotas pagos, mas não junta a prova. O art. 1º, § 2º da Lei nº 7.014/96, reconhece os materiais para uso e consumo como mercadorias. Esta infração não é elidida com os argumentos apresentados.

Infração 6 mantém na íntegra.

Infração 8 – Aduz que não são cheques à vista, mas autênticos créditos, concedidos a clientes. Nos extratos bancários apreendidos, cujas cópias junta aos autos, verifica-se que os saldos negativos são permanentes e, por diversas vezes, ultrapassam o limite da conta garantida. Desta forma, o contribuinte utiliza recursos de terceiros, como capital de giro da empresa, apresenta saldos bancários negativos e, ao mesmo tempo, um caixa com saldo devedor acima de R\$2.000.000,00. Nada impede que se dê baixa na conta cheques a receber, na medida em que os cheques são recebidos. Os cheques pré podem estar em mãos da empresa, mas representam uma venda a prazo, não são recursos com livre movimentação, como afirma a defesa. O problema com que se defronta, é a falta de liquidez para saldar as obrigações. A defesa produz um levantamento de caixa alternativo em que, ela mesma, demonstra a incapacidade do caixa da empresa de suportar suas operações, com o valor do imposto apurado de R\$ 51.132,85. Esta diferença deveu-se à não observação do método utilizado corretamente. O cálculo refeito permite o trânsito das compensações bancárias pelo Caixa Geral. Enquanto que o que foi efetuado não. Nele há a separação temporária da conta Caixa, da conta Bancos, cujos movimentos passam a se compensarem, exclusivamente, com a conta cheques a Receber até a sua exaustão. A separação que é feita pela empresa, da Conta Caixa dos cheques nela incluídos, é uma certidão autenticada de que os cheques não são à vista. Mantém a infração.

O sujeito passivo apresenta manifestação à informação fiscal, fls. 1126 a 1135, nos seguintes termos:

Reclama que o auditor fiscal, em diversos momentos de sua informação fiscal, qualifica, de forma equivocada e acintosa, o advogado e seu trabalho que, nada mais, nada menos, demonstrou as razões para o julgamento pela improcedência da autuação, sempre se referindo ao auditor com respeito e consideração. Protesta em relação à conduta do autuante, vez que não encontra fundamento na boa técnica e no direito.

Quanto às infrações 3 e 9, reconhece a possibilidade de acesso aos editais, com as situações cadastrais dos contribuintes, mas são aproximadamente 200 editais anuais, em relação aos quais deveria pesquisar para atender o auditor fiscal que detém, como afirma, programa de computador que “tem acesso à base de dados do Estado e dela traz o histórico cadastral dos contribuintes”

O que o impugnante reclama é, tão somente, como afirmado na defesa, que o autuante apresente “*relatórios com os históricos das situações cadastrais que possibilite a conferência das infrações.*”

Lembra a busca da verdade material, e que sua pretensão atende à necessidade de aplicar, ao caso concreto, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Insiste na anulação da infração, diante da preterição do direito de defesa.

Na infração 04, apesar de o auditor qualificar seus argumentos de espatafúrdios, apresenta novas planilhas, corrigindo a autuação. O que faz, portanto é acatar, ainda que parcialmente a argumentação defensiva. Reafirma o pedido de diligência, ou reabertura do prazo de 30 dias para conferência dos relatórios apresentados.

No que concerne à infração 5, aduz que o comodato, segundo art. 579 do C.C é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Não há, portanto, restrição de comodato a bens do ativo, sendo possível aplicar-se a materiais promocionais em questão, como efetivamente ocorre, uma vez que as notas evidenciam que não há transferência de propriedade.

Quanto às provas dos pagamentos efetuados, encontram-se nas fls. 1023 a 1025, cópias do livro Registro de Apuração. Frisa que pagou com erro, e este não transmuda a natureza das operações para fazer nascer a obrigação tributária.

Na infração 6 aponta o recebimento de brindes, para distribuição com terceiros, que permaneciam como proprietários até a tradição da coisa aos consumidores.

Mantém os mesmos argumentos da defesa inicial, quanto à infração 8.

Em nova informação fiscal, fl. 1151, o autuante salienta que não tem qualquer relação pessoal quer com o advogado quer com o contribuinte, cujo sócio não conhece, e que houve apenas uma rejeição a alguns argumentos da defesa. Ressalta que para refazer as planilhas relativas às vendas para não inscritos, consultou o cadastro inscrição por inscrição. Especialmente, com relação à infração 4, aduz que não há qualquer ponderação quanto ao novo demonstrativo. Não obstante, com base em intimação anterior para a correção dos arquivos magnéticos, sugere transmutar a cobrança em função da base de cálculo reduzida, para a multa formal prevista no art. 42, XIII-A, alínea “i” da lei 7.014/96, em virtude de as informações terem sido prestadas em arquivo magnético de forma equivocada.

Consta na fl. 1156, relatório do SIGAT, no qual foi parcelado o valor de R\$ 20.272,53, relativo à infração 7.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação do meu juízo de valor acerca das infrações em lide, consoante o disposto no art. 147, I “a” do RPAF/99. O defendente pede a realização de diligência com o fito de comprovar a improcedência parcial, com relação às vendas que não foram realizadas para contribuintes na situação de “inaptos”. Contudo, as situações cadastrais dos contribuintes estão disponíveis no site da Secretaria da Fazenda, na página da www.sefaz.ba.gov.br, inspetoria eletrônica, em cadastro, Consulta de Editais, site que o sujeito passivo tem acesso, quando deseja, pois disponibilizado para o público em geral. Neste endereço, todo o histórico da situação cadastral dos contribuintes está disponível no formato PDF.

Outrossim, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e rejeito a preliminar de nulidade arguida sob o argumento de que o mesmo não denota clareza ou está desprovido de informações úteis e indispensáveis para o esclarecimento da ação fiscal, além do que está acompanhado dos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, e que fazem parte integrante do lançamento, como também as cópias dos termos lavrados na ação fiscal estão anexas no PAF.

Na infração 01, a exigência fiscal reporta-se à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/Ba.

O autuante ressalta que o levantamento efetuado, fl. 27, com documentos e notas fiscais, fls. 28 a 40, foi originário das informações constantes no SINTEGRA. Contudo, reconhece que o sujeito passivo tem razão na formulação de sua defesa, pois, efetivamente, restou comprovado que as mercadorias constantes nas notas fiscais, objeto do lançamento não adentraram no estabelecimento, pois foram devolvidas/retornaram aos fornecedores.

Em relação à Nota Fiscal nº 5765, a nota fiscal nº 290 emitida pela Kraft Foods Brasil S/A refere-se à devolução de venda das mercadorias (2411). Os dados adicionais da nota consignam: “*nota fiscal de retorno referente à Nota Fiscal de Saída nº 005765, série 01, de 27/02/2009*”. Consta ainda do livro Registro de Entradas da Kraft, o registro da referida entrada.

Quanto à Nota Fiscal nº 133545, do Pastifício Santa Amália S/A, foi objeto de devolução, conforme informação prestada pelo fornecedor, sem que a nota fiscal tivesse chegado ao conhecimento da impugnante, consoante a Nota Fiscal nº 1357, emitida e registrada na escrituração fiscal do fornecedor.

Ademais, as Notas Fiscais nºs 1228 e 1305 são notas de devolução, referentes à entrada no Pastifício Santa Amália S/A, código 2201, portanto, não subsiste a cobrança da antecipação total em relação às referidas notas fiscais.

Desta forma, comprovada a insubsistência da autuação, fica elidida a infração.

Na infração 2, a acusação evidencia a presunção legal contida no art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96, com relação às entradas de mercadorias não registradas nas escritas fiscal e contábil.

O demonstrativo de fl. 41, discrimina as notas fiscais cujas cópias encontram-se nos autos.

A defendente argui que esta infração tem como objeto as mesmas notas da infração 1, e tem razão em seu argumento, pois, de fato, as Notas Fiscais nºs 1228 e 1305 também fazem parte da infração 1, e restou comprovado que as mercadorias referentes a estes documentos fiscais não entraram no estabelecimento. Também restou comprovado na infração 1 que a Nota Fiscal nº 133545 e a de nº 5765, foram objeto de devolução.

Quanto à Nota Fiscal nº 227464, emitida por Pepsico do Brasil Ltda, no valor de R\$ 22.271,34, também restou comprovado que foi registrada sob o nº 2278464, no livro Registro de Entrada, conforme reconhece o próprio autuante.

Infração improcedente.

A infração 3 refere-se à falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, na condição de sujeito passivo por substituição.

O contribuinte na condição de “inapto” perante o cadastro da SEFAZ, equivale a não inscrito. Nessa situação, os contribuintes que efetuarem saídas para outros, considerados inaptos devem efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente à operação ou operações subsequentes.

Nas planilhas de fls. 71 a 77, e 90 a 92, estão discriminadas as notas fiscais relativas às vendas aos inaptos, cujas situações cadastrais estão disponíveis no site da Secretaria da Fazenda, na página da www.sefaz.ba.gov.br, inspetoria eletrônica, em cadastro, Consulta de Editais, site que o sujeito passivo tem acesso, quando deseja, pois disponibilizado para o público em geral. Neste endereço, todo o histórico da situação cadastral dos contribuintes está disponível no formato PDF.

Como o defendente não apontou qualquer erro na auditoria realizada, referente a esta infração, fica mantida na íntegra. Infração procedente.

Na infração 4, foi detectado recolhimento a menor de ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em decorrência de vendas a contribuintes não inscritos, com o benefício do Decreto nº 7.799/2000.

O benefício do Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000, alcança apenas as operações internas de saídas de estabelecimentos inscritos no cadastro de ICMS, sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo único, destinadas a contribuintes inscritos no cadastro de ICMS do Estado da Bahia, no qual a base de cálculo poderá ser reduzida em 41,176%, nas condições ali estabelecidas.

O demonstrativo encontra-se nas fls. 78 a 83, e 84 a 89 do PAF.

O autuado, na peça de defesa traz um trabalho, por amostragem, com a finalidade de demonstrar que, apesar da notação “isento”, no campo de inscrição estadual, na realidade, são vendas efetuadas a contribuintes inscritos e ativos no cadastro estadual, o que induz à litude da redução de base de cálculo. Não obstante as informações trazidas nas planilhas acima, o autuante concorda que nelas constam contribuintes na condição de “ambulantes”, e que este erro ocorreu devido a ambulantes que não possuem CNPJ mas CPF, e para cada um deles foi atribuídas

inscrição estadual isenta, quando o campo próprio deveria ter sido preenchido com a inscrição cadastral do ambulante.

Em decorrência deste fato, o autuante refez as planilhas originárias, o que reduziu o valor da infração, consoante, demonstrativo sintético de fls. 1060, e analítico de fls. 1061 a 1119, dos quais o contribuinte foi cientificado. Concorde com as correções efetuadas pelo autuante, e a infração procede em parte nos valores abaixo, reproduzidos do demonstrativo de fl. 1060, com ICMS no total de R\$ 27.075,40.

Exercício de 2009

Data Ocorrência	Data vencimento	Base de calculo	Alíquota	ICMS
31/01/2009	09/02/2009	4.037,53	17	686,38
28/02/2009	09/03/2009	2.446,35	17	415,88
31/03/2009	09/04/2009	3.158,29	17	536,91
30/04/2009	09/05/2009	4.340,94	17	737,96
31/05/2009	09/06/2009	4.200,94	17	714,16
30/06/2009	09/07/2009	3.044,64	17	517,59
31/07/2009	09/08/2009	4.555,23	17	774,39
31/08/2009	09/09/2009	3.542,00	17	602,14
30/09/2009	09/10/2009	8.016,94	17	1.362,88
31/10/2009	09/11/2009	5.502,12	17	935,36
30/11/2009	09/12/2009	7.452,53	17	1.266,93
31/12/2009	09/01/2010	6.963,18	17	1.183,74
Total				9.734,32

Exercício de 2010

Data Ocorrência	Data vencimento	Base de calculo	Alíquota	ICMS
31/01/2010	09/02/2010	5.884,41	17	1.000,35
28/02/2010	09/03/2010	7.916,00	17	1.345,72
31/03/2010	09/04/2010	5.428,76	17	922,89
30/04/2010	09/05/2010	7.472,23	17	1.270,28
31/05/2010	09/06/2010	7.034,82	17	1.195,92
30/06/2010	09/07/2010	13.199,94	17	2.243,99
31/07/2010	09/08/2010	6.922,64	17	1.176,85
31/08/2010	09/09/2010	8.885,23	17	1.510,49
30/09/2010	09/10/2010	8.524,29	17	1.449,13
31/10/2010	09/11/2010	11.827,70	17	2.010,71
30/11/2010	09/12/2010	11.093,94	17	1.885,97
31/12/2010	09/01/2011	7.816,35	17	1.328,78
Total				17.341,08

Infração parcialmente mantida, no valor de R\$ 27.075,40.

A infração 5, relativa à falta de recolhimento da diferença de alíquotas, relativo à aquisição de material de consumo (material promocional).

A defendente alega que o material promocional seria apenas para ser entregue nos pontos de vendas dos produtos comercializados pela empresa, onde seriam efetivamente utilizados. Traz ainda o argumento de que se trata de comodato, e que não incide o ICMS.

O fato é que o estabelecimento autuado recebeu em operação interestadual, material promocional para ser utilizado como apoio e incremento para as suas vendas, e neste caso, trata-se de material de uso e consumo, e devido o recolhimento do diferencial de alíquotas, nas aquisições de outras unidades da Federação, com enquadramento legal nos dispositivos apontados no corpo do Auto de Infração.

Quanto ao mencionado Parecer 045/2009, de fls. 101/102, emanado pela Diretoria de Tributação desta SEFAZ, este responde a uma Consulta que diz respeito à incidência do diferencial de alíquotas, para os produtos adquiridos a título de bonificação, e utilizados para divulgação de atividades comerciais, tais como panfletos, bandeirolas, banner, mostruários, adesivos, etc, e

caracterizam-se como materiais de uso e consumo, e estão sujeitos ao recolhimento da diferença de alíquotas quando de sua aquisição interestadual. Art. 5º, inciso I do RICMS/BA.

Desta forma, embora destinados à outra empresa, na qualidade de Consultente, os materiais ali mencionados são similares aos aqui autuados. O instituto do comodato não se aplica, na presente situação, haja vista que é contrato unilateral, gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem coisa infungível, para ser usada temporariamente, e depois restituída. Esta hipótese não ficou demonstrada na defesa.

Pelo exposto julgo procedente a infração no valor originariamente exigido.

A infração 6, relativa à falta de recolhimento do ICMS sobre as operações de brindes, remetidos de outras unidades da Federação. Considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal. Também deve lançar a nota fiscal, no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

O sujeito passivo argumenta que não houve a aquisição das mercadorias, portanto, a falta de circulação econômica induz à não-incidência do ICMS, mas, labora em equívoco, ao trazer em sua defesa esses argumentos. O RICMS/BA nos arts. 565 em diante, na Seção II, trata da distribuição de brindes por conta própria, e seus dispositivos não foram seguidos pelo sujeito passivo.

Quanto às notas fiscais que teriam sido cobradas em duplicidade, nos demonstrativos, de fls. 103 a 105, constato que devem ser excluídos do levantamento os valores referentes às Notas Fiscais nºs 104781, 138795, 1431263, 151801, 164106, 164671, 166570, 170527, 174127, pois procede o argumento do defendente. Deste modo, os valores excluídos são:

Nota Fiscal	Mes	ICMS
104781	Janeiro/09	41,95
138795	Maio/09	13,00
141263	Maio/09	239,80
151801	Julho/09	48,00
164671	Outubro/09	42,47
166570	Outubro/09	49,34
164106	Outubro/09	90,00
170527	Novembro/09	32,00
174127	Novembro/09	47,60
Total		604,16

O demonstrativo de débito da infração passa a ser:

Data Ocorrência	Data vencimento	Base de calculo	alíquota	ICMS
31/01/2009	09/02/2009	246,76	17	41,95
31/03/2009	09/04/2009	2.353,71	17	400,13
31/05/2009	09/06/2009	2.255,59	17	383,45
31/07/2009	09/08/2009	282,35	17	48,00
31/10/2009	09/11/2009	2.707,18	17	460,22
30/11/2009	09/12/2009	468,24	17	79,60
31/01/2010	09/02/2010	611,77	17	104,00
28/02/2010	09/03/2010	676,42	17	114,99
30/04/2010	09/05/2010	926,77	17	157,55
31/05/2010	09/06/2010	394,12	17	67,00
30/06/2010	09/07/2010	2.104,71	17	397,98
31/07/2010	09/08/2010	104,71	17	17,80
Total				2.272,67

Infração procedente em parte no valor de R\$ 2.272,67.

A infração 7 foi reconhecida pela empresa, fica mantida.

Na infração 8, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, em decorrência da inclusão indevida de cheques pré-datados, lançados na Conta do Disponível, cuja separação realizada pelo autuante, implicou em estouro de Caixa.

O defendente reconhece que emite cheques, debita o recebimento no Caixa e credita a Conta Bancos, para então realizar a baixa do pagamento pelo Caixa. Diz que, no caso de depósitos, há o débito em Conta Bancos, demonstrando o recebimento e creditando o Caixa. Isso porque os pagamentos e os recebimentos sempre transitam pelo Caixa, conforme preceitua o método de caixa flutuante, denominado pelo auditor fiscal de “Caixa Geral”. Entende que este foi o primeiro equívoco do auditor, ao não reconhecer a legitimidade da utilização do Caixa Geral.

O segundo equívoco apontado na defesa, é no sentido de que o auditor fiscal não poderia, simplesmente, excluir o lançamento 6411 da Conta Caixa como o fez, pois os lançamentos tiveram como origem, vendas devidamente contabilizadas, e portanto, oferecidas à tributação no período de 2008. O crédito do lançamento 6411, deu-se em cheques a receber e a contrapartida em Caixa, apenas retornando os valores ao Caixa. O que efetivamente aconteceu é que em 31/10/2008, os referidos cheques transitaram para “cheques a receber”, por estarem em processo de cobrança. Foram recebidos ainda em 2008, e apenas no fechamento do balanço de 31/12/2008, é que se verificou o lapso de não terem sido registrados os respectivos recebimentos, nas datas apropriadas. Assim, optou-se por realizar o lançamento de 6411, em 02/01/2009 e não há, portanto que excluí-lo, uma vez que se trata de efetivos recebimentos, relativos às operações de 2008, devidamente escrituradas e tributadas.

Terceiro equívoco relatado na defesa, é que o auditor presume a impossibilidade de transitarem pelo Caixa os recebimentos e pagamentos em cheque. Aponta que, conforme os demonstrativos anexos, percebe-se que o valor de R\$ 64.257,99 seria de feitas corretamente as adições e subtrações, no valor de R\$ 51.132,85, conforme planilha anexa que, sem o lançamento 6411, demonstra as demais exclusões referidas, reconstruindo a metodologia do autuante.

Diante das razões da defesa, esclareço que as informações sobre as mutações na posição financeira da empresa são fornecidas nas demonstrações contábeis por meio do fluxo de caixa, dentre outras. A Conta caixa registra o valor dos recursos imediatamente disponíveis, para efetuar pagamentos. Assim, registra de forma ordenada, montantes recebidos e pagos. A movimentação do caixa, normalmente é controlada diariamente, e a empresa pode, além de ter um caixa Central, possuir pequenos Caixas, e usar o sistema contábil denominado Fundo Fixo. Portanto, a Conta Caixa deve registrar o dinheiro em espécie (papel-moeda), disponível na tesouraria da empresa, pois, trata-se de Conta do Ativo Circulante, subgrupo Disponibilidades.

A auditoria das Disponibilidades encontra-se nas fls. 48 a 49, e os demonstrativos dos ajustes, nas fls. 50 a 53, relativos ao mês de janeiro de 2009.

Demonstrativo da Conta Caixa e Bancos consolidados, na fl. 54, e Caixa Geral, fls. 55 a 60 do PAF.

Portanto, agiu corretamente o autuante, quando excluiu da Conta Caixa os valores relativos aos cheques pré-datados recebidos, haja vista que ainda não disponíveis em espécie, para uso da empresa.

Infração procedente.

Na infração 9, a acusação prende-se ao fato da realização de vendas a contribuintes inaptos no cadastro, com o benefício da redução de base de cálculo, previsto no Decreto nº 7.799/2000, cujo ICMS fora recolhido a menos. Conforme analisado na infração 4, o benefício contido no Decreto reduz-se à situação de saídas destinadas a contribuintes inscritos no cadastro de ICMS no Estado da Bahia.

Não foram trazidos, na defesa, elementos capazes de elidir a acusação fiscal, desta forma, procedente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269278.0002/11-4**, lavrado contra **GARRA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$137.811,01**, acrescido da multa de 60% sobre R\$73.553,02 e 70% sobre R\$64.257,99, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “e”, “a” “f”, VII, “a”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR