

PROCESSO - A. I. Nº 279196.0002/12-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES
ESPUMAS LTDA.
RECORRIDAS - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECUROS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0055-03/13
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 20.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0468-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. O autuante refez os cálculos, de acordo com a comprovação apresentada pelo defendente, ficando reduzido o débito originalmente apurado. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, não ficou comprovada a existência de débito. Infração insubsistente. 3. DIFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DOS EMPREGADOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO RAICMS E OS RECOLHIMENTOS EFETUADOS. Refeitos os cálculos pelo autuante, de acordo com a comprovação apresentada pelo contribuinte, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração subsistente em parte. 4. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS DA PARCELA DO IMPOSTO SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. Efetuada correção no cálculo do imposto devido, o que reduziu o valor que remanesce após a Decisão de primeira instância. Modificada a Decisão recorrida. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DILATADO. Não ficou comprovado o débito no mês objeto do levantamento fiscal. Se depois de realizado o lançamento se concluiu que o fato era outro ou que são outros os meses objeto da autuação, e não aquele imputado ao sujeito passivo, acarreta em nulidade deste item do lançamento. 5. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. De acordo com a Alteração Contratual nº 11, trazida aos autos em fase recursal, restou comprovado que se tratava de hipótese de sucessão empresarial, situação que não incide ICMS nos termos do art. 3º, XI, “b”, da Lei nº 7.014/96. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. 6. ALÍQUOTA. a) VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMBAHIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO

BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. Os demonstrativos dos autuantes não trazem segurança em relação ao imposto exigido, haja vista que não há como apurar o valor a ser devido no presente lançamento com a exclusão dos documentos fiscais efetivamente comprovados, em virtude do modo como foi efetuado o levantamento fiscal. Infração nula. Rejeitada a preliminar de nulidade, exceto quanto aos itens 5 e 8 da autuação. Modificada a Decisão recorrida quanto aos itens 4 e 6. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, nos termos do art. 169, I, “a” e “b”, do RPAF/99, interpostos pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0055-03/13 – o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 6.247.777,33 de ICMS, sendo objeto dos Recursos as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2009 a janeiro de 2010. Valor do débito: R\$99.225,58. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2: Recolhimento efetuado a menos do ICMS a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, no mês 12/2009. Valor do débito: R\$3.000,00. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os valores lançados no livro RAICMS, nos meses de julho, e dezembro de 2009; janeiro de 2010. Valor do débito: R\$819,08. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, no período de janeiro de 2009 a março de 2010. Valor do débito: R\$2.635.756,94. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5: Deixou de recolher o ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa Desenvolve. Valor do débito: R\$129.411,36. Multa de 50%.

INFRAÇÃO 6: Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes no estoque final, quando do encerramento das atividades, estando devidamente escriturado o livro Registro de Inventário em 31/12/2010. Valor do débito: R\$3.302.425,75. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte recolheu ICMS a menos por ter adotado a alíquota de 7% nas vendas a microempresas e empresas de pequeno porte e ambulantes, mas não foi efetivamente repassado ao destinatário o desconto previsto na legislação. Valor do débito: R\$76.678,62. Multa de 60%.

Após os trâmites legais, a primeira instância decidiu o mérito da lide com base no seguinte voto:

[...]

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2009 a janeiro de 2010.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96), conforme demonstrativo às fls. 08 a 20 do PAF.

O autuado alegou que o levantamento fiscal relaciona diversas notas fiscais referentes a entradas de mercadorias que não se referem a aquisições para uso/consumo e, conseqüentemente, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas. O defendente elaborou novos cálculos anexos à peça de defesa (fls. 191 a 200 do PAF), com a exclusão dos valores que considerou indevidos.

Na informação fiscal, o autuante disse que o autuado, ao apresentar as informações via Sintegra referentes ao Registro 54, no campo descrição dos produtos, informou equivocadamente todos os produtos como de consumos diversos, incluindo material de escritório. Acatou os valores apresentados como devidos, conforme indicou na fl. 435 do PAF.

De acordo com as comprovações apresentadas pelo defendente, acatadas pelo autuante, foram incluídas no levantamento fiscal aquisições de bens que não caracterizam material de consumo, a exemplo de material gráfico com incidência de Imposto Sobre Serviços – ISS. Também foram incluídos bens do imobilizado e retorno de conserto. Após o refazimento dos cálculos, inexistente controvérsia entre o demonstrativo do defendente e as conclusões do autuante, nos valores por ele indicado à fl. 435 dos autos.

O defendente requereu a compensação dos valores pagos a mais. Entretanto, tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96

Infração subsistente em parte, no valor total de R\$20.212,59, conforme demonstrado pelo autuante à fl. 435 e quadro abaixo:

[...]

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, no mês 12/2009, conforme demonstrativo à fl. 55 do PAF.

A hipótese em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto é estabelecida no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O defendente alegou que o autuante apurou ser devido no mês 12/2009 o montante de R\$ 27.411,41, valor com o qual efetivamente o autuado concorda. Afirma que ao cotejar o valor devido com o valor recolhido, os auditores se equivocaram na sua transcrição lançando R\$ 24.411,41, que não corresponde com o valor efetivamente recolhido de R\$ 27.411,41 conforme cópia do DAE que acostou à fl. 341 dos autos, resultando no equivocado entendimento de recolhimento a menos no montante de R\$ 3.000,00.

Considerando a comprovação apresentada pelo defendente, o autuante acatou os argumentos defensivos. Assim, não ficou comprovada a existência de débito neste item da autuação. Infração insubsistente.

Infração 03: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os valores lançados no livro RAICMS, nos meses de julho e dezembro de 2009; janeiro de 2010, conforme demonstrativo à fl. 63 do PAF.

O defendente alegou que houve a inserção de documentos referentes a operações não inclusas no regime de diferimento. Elaborou demonstrativo adequando-o à legislação pertinente, comprovando a alegação pelas cópias dos documentos fiscais pertinentes, a exemplo notas de aquisição de gêneros alimentícios e de fornecimento de refeições no restaurante. Assim, conforme planilha de cálculo apresentada, entende que o valor exigido deve ser alterado para R\$ 290,64, referentes ao mês 01/2010.

Na informação fiscal, o autuante acatou as alegações defensivas e disse que o débito apurado nesta infração deve ser reduzido para R\$290,64, referentes ao mês 01/2010. Portanto, os cálculos foram refeitos, e o autuante concordou com a comprovação apresentada pelo contribuinte, reduzindo o débito originalmente apurado. Infração subsistente em parte.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, no período de janeiro de 2009 a março de 2010. Demonstrativo às fls. 73 a 77 dos autos.

O autuado alegou que esta exação é decorrente de equívocos cometidos pelo fisco na determinação dos valores. Seguindo rigorosamente a IN 27/09, disse que os autuantes chegaram ao valor do saldo devedor passível de incentivo de forma correta. Com base nestes valores para realização da correção dos cálculos da conta corrente fiscal constatou que a partir do saldo devedor ajustado às determinações da legislação (com exclusão das

parcelas relativas a atividades não incentivadas) os autuantes cometeram falhas na apuração da parcela dilatada e do recolhimento do ICMS normal, conforme demonstrativo que o defendente anexou à fl. 349 dos autos.

Na informação fiscal, os autuantes disseram que reconhecem os argumentos do autuado no que se refere ao benefício fiscal, onde a incorporadora assume as prerrogativas da incorporada, eliminando assim a parcela fixa na apuração do DESENVOLVE. Informam que os cálculos foram refeitos conforme demonstrativo que elaboraram às fls. 435/436, relativamente aos meses de janeiro, maio, junho, agosto e dezembro de 2009, informando que o demonstrativo referente aos demais meses não foi apresentado, porque concordam com os valores informados pelo autuado em sua defesa. Indicou os valores devidos, após o refazimento dos cálculos, conforme fl. 436.

Na manifestação apresentada após o refazimento dos cálculos pelos autuantes, o defendente alegou que os autuantes listaram os valores que consideram devidos, relativos aos meses 04/09, 07/09, 09/09 e 10/09, divergentes dos valores que o autuado apresentou na defesa sem qualquer esclarecimento. Salienta que em vista da declaração anterior das autoridades fiscais, só resta concluir que tenham sido inseridos por equívoco.

Confrontando o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes à fl. 436, com a planilha do autuado à fl. 349, constato que os valores relativos aos meses 04/09, 07/09, 09/09 e 10/09 não estão divergentes, o que confirma a conclusão dos autuantes de que foi alterado o débito somente em relação aos meses de janeiro, maio, junho, agosto e dezembro de 2009, e quanto aos demais meses não foi apresentado qualquer demonstrativo porque os autuantes concordam com os valores informados pelo autuado em sua defesa, ou seja, após a informação fiscal, inexistem divergências entre os dados utilizados pelos autuantes, haja vista que foram apurados os valores a partir do livro RAICMS do autuado.

Acatando as informações prestadas pelo autuante, concluo pela procedência parcial deste item da autuação, no valor total de R\$695.383,50, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo do autuante à fl. 436.

[...]

Infração 05: Deixou de recolher o ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa Desenvolve, no mês de março de 2010. Demonstrativo à fl. 107 do PAF.

O defendente alegou que também verificou que o fisco tomou dados da escrituração fiscal do estabelecimento matriz, inscrito no cadastro estadual sob nº 85451953, que foram transcritos para a planilha constante do presente Auto de Infração, como se representassem operações do estabelecimento objeto da ação fiscal.

Na informação fiscal, os autuantes disseram que após refazer os cálculos referentes à infração 04, houve repercussão na parcela da dilação reclamada conforme demonstrativo às fls. 436/437. Em relação aos meses sem a elaboração de novos demonstrativos, informa que também concordou com os valores informados pelo autuado. Sendo assim, o valor reclamado referente ao mês 03/2010 é zerado. Indicam os valores remanescentes, juntado a estes os valores apresentados pelo contribuinte em sua defesa à fl. 349 do presente PAF.

Na manifestação apresentada o defendente alegou que na informação fiscal os auditores alteraram o fulcro da autuação, para exigir o pagamento de suposta diferença no recolhimento da parcela dilatada em meses diversos que não o de referência na citação inicial. Diz que o fulcro da autuação também muda quando a acusação se refere à falta de recolhimento passando a ser recolhimento a menos. Desta forma não há como subsistir a infração.

Observe que em relação ao mês de março de 2010 os autuantes reconheceram que não ficou comprovado nos autos o débito originalmente apurado, concordando com as alegações defensivas, sendo insubsistente a exigência fiscal no mencionado mês.

Quanto ao demonstrativo elaborado na informação fiscal à fl. 437, indicando débito em meses que não constaram no demonstrativo original do Auto de Infração, houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado e inclusão de meses que não constaram na acusação inicial.

Considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, seria mantido o valor originalmente lançado, se ficasse comprovado o acerto da exigência fiscal.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Vale salientar, que depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro ou que são outros os meses objeto da autuação, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, sendo vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração. Infração nula.

Infração 06: Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes no estoque final, quando do enquadramento das atividades, estando devidamente escriturado o livro Registro de Inventário em 31/12/2010.

O defendente informou que o estabelecimento objeto da fiscalização encerrou as suas atividades conforme pedido de baixa da inscrição cadastral feito à SEFAZ/BA. Que os estabelecimentos, filial e matriz, por força da alteração contratual ocorrida em 2008 funcionavam no mesmo endereço – Rua Eurico Temporal, 400, Valéria, Salvador, Bahia. Que não houve saída de mercadoria, que se constituiria em fato gerador do ICMS. Para o caso em concreto os fatos caracterizam a operação como de sucessão, onde não há incidência do ICMS com base no artigo 3º, Inciso XI, “b”, do Regulamento do ICMS baiano, vigente à data de ocorrência dos fatos.

Afirma que a nota fiscal que serve de base à autuação foi emitida apenas para facilitar o lançamento contábil no final do exercício, quando apurados os resultados, uma vez que os estoques no encerramento das atividades da filial estavam registrados como a ela pertencentes, por falha do departamento contábil que não promoveu, a tempo, a correção.

Na informação fiscal, os autuantes esclarecem que na verdade é sobre o estoque final do estabelecimento sucessor de inscrição estadual nº 49.984.079/NO, CNPJ nº 02.748.342/0002-09, que se encontra em processo de baixa. Esclarecem que de acordo com a legislação vigente, o recolhimento do ICMS referente ao estoque final será realizado imediatamente após o ingresso do contribuinte com seu pedido de baixa da inscrição na repartição fiscal à qual o mesmo pertence.

De acordo com a fotocópia do livro Registro de Inventário às fls. 109 a 139 dos autos, trata-se do inventário apurado em 31/12/2010 pelo estabelecimento autuado, filial, com inscrição estadual nº 49.984.079/NO, CNPJ nº 02.748.342/0002-09.

Observe que o art. 125, inciso VI, do RICMS/BA estabelece que o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário no ato da apresentação do requerimento de baixa de inscrição, relativamente ao imposto devido sobre o estoque final. Neste caso, não assiste razão ao defendente, haja vista que somente estaria correta a alegação defensiva se a transferência ocorresse antes da apresentação do requerimento de baixa. Por isso, não acato a comprovação apresentada à fl. 410, indicando que a escrituração da operação realizada ocorreu em 31/12/2012.

Entendo que está correta a exigência fiscal, por falta de pagamento do imposto relativo ao estoque final, estando caracterizada a infração apontada no presente Auto de Infração. Infração subsistente.

Infração 08: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte recolheu ICMS a menos por ter adotado a alíquota de 7% nas vendas a microempresas e empresas de pequeno porte e ambulantes, mas não foi efetivamente repassado ao destinatário o desconto previsto na legislação. Demonstrativo às fls. 140/141 dos autos.

Para melhor entendimento da matéria em análise, transcrevo abaixo o dispositivo do RICMS/97, que estabeleceu o benefício e a condição para a sua utilização:

[...]

O autuado alegou que nas notas fiscais colacionadas (retiradas aleatoriamente de três períodos de apuração de cada um dos exercícios), o preço unitário das mercadorias recebe o desconto que está consignado no campo de informações, correspondente a 10,7561%, ficando o valor total pelo preço líquido, conforme demonstrado em planilha anexa para comprovar que numericamente houve a concessão dos descontos. Diz que, embora não esteja claro, os autuantes estão questionando os preços praticados pelo autuado, mas é de conhecimento público e notório que a forma de pagamento, o volume do pedido, o prazo de entrega entre outros fatores interferem na determinação do preço que é fruto de negociação entre as partes envolvidas.

Saliento que de acordo com a redação do § 1º, incisos I e II, acima reproduzidos, o estabelecimento vendedor deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da redução, e esta redução deve constar expressamente no respectivo documento fiscal. Portanto, não se trata de um desconto que estaria implícito no preço unitário da mercadoria.

Vale salientar que a previsão do art. 51, § 1º, II do RICMS/97, não tem qualquer vinculação com a formação dos preços fixados pelo contribuinte, nem com o preço unitário da mercadoria. Normalmente, a empresa fixa preços em função dos custos de produção ou de aquisição, do volume de operações, prazos de pagamento e outros fatores. A regra do mencionado dispositivo regulamentar é no sentido de que, uma vez estabelecido o preço, o estabelecimento industrial que efetuar vendas para microempresas ou empresas de pequeno porte, caso pretenda que a operação seja tributada a 7%, deverá, independentemente do critério adotado na formação de seu preço, repassar ao adquirente, sob forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, fazendo constar em cada nota fiscal o referido desconto. Se tal desconto não consta nas notas fiscais acostadas aos autos não foi cumprida a condição para a fruição do benefício fiscal.

Neste caso, não basta a indicação apenas na nota fiscal da alíquota de 7% e a informação de que fora aplicado o desconto de 10,75269%. É indispensável que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% no preço praticado pelo autuado sob a forma de desconto.

Observo que nos DANFEs de fls. 422 a 429, consta no campo específico o valor do desconto, correspondente à redução de 10,75269%, como alegou o defendente. Entretanto, em outras notas fiscais também acostadas aos autos a título exemplificativo (fls. 414 a 421) não consta o referido desconto.

O levantamento fiscal às fls. 140/141 foi realizado apurando o valor total das vendas, a quantidade de unidades vendidas, encontrando-se o valor unitário, ou seja, média de preços. A partir desses dados é que se encontrou o valor que deveria ser atribuído às vendas realizadas para microempresas e empresas de pequeno porte, apurando-se as diferenças exigidas em relação a quatro produtos.

O defendente apresentou notas fiscais para comprovar as alegações defensivas, existindo DANFEs com indicação de desconto no campo específico para tal e Notas Fiscais sem a referida indicação, tornando-se impossível fazer um confronto dos elementos comprobatórios apresentados pelo autuado com o levantamento fiscal, haja vista que os demonstrativos dos autuantes não foram efetuados nota a nota.

Se o demonstrativo elaborado pelos autuante levou em consideração o valor total das vendas efetuadas em confronto com as quantidades vendidas, apurando uma média de preços, não há como excluir aqueles documentos fiscais e valores apresentados pelo defendente que comprovem o efetivo desconto previsto na legislação. Portanto, não há como apurar com segurança o valor a ser exigido no presente lançamento com a exclusão dos valores efetivamente comprovados, em virtude do modo como foram elaborados os demonstrativos pelos autuantes.

Entendo que há necessidade de novo levantamento fiscal apurando o cumprimento do quanto previsto no § 1º, inciso II, do art. 51 do RICMS/97, elaborando demonstrativo nota a nota, apurando cada diferença em relação ao documento fiscal que não conste expressamente o valor da redução ou que não fique comprovado que o adquirente obteve o referido desconto.

Concluo pela nulidade desta infração, com base no art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, haja vista que não contém nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o valor do imposto a ser exigido.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 3ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta o Recurso Voluntário (fls. 510 a 516), visando reformar o Acórdão JJF nº 0055-03/13 quanto às Infrações 4 e 6.

Referindo-se à Infração 4, acata a Decisão de primeira instância quanto aos meses de abril, julho, setembro e outubro de 2009. No que tange aos demais meses, afirma que o posicionamento da 3ª JJF foi parcialmente correto, pois contém equívocos que já tinham sido indicados na manifestação seguinte à informação fiscal. Diz que sobre essa manifestação o ilustre relator da Decisão recorrida não se pronunciou em seu voto.

Quanto aos meses de janeiro, maio, junho e agosto de 2009, sustenta que os valores dos recolhimentos considerados pelos autuantes no demonstrativo de fls. 435 e 436 estão divergindo dos que foram comprovados pelos DAEs acostados na defesa (fls. 395 a 408). Em relação a esses meses, apresenta um demonstrativo com os valores dos recolhimentos considerados pelos autuantes e os que, no seu entendimento, são os corretos. Destaca que, computando os recolhimentos corretos, não resta ICMS a recolher nesses referidos meses.

No que tange aos meses de junho e dezembro de 2009, diz que ocorreu outro tipo de equívoco. Explica que, no demonstrativo de fls. 435 e 436, no item 3.2, consta que o valor da parcela excedente ao saldo sujeito ao incentivo para os meses de junho e dezembro é de, respectivamente, R\$ 783.075,77 e R\$ 1.015.713,12, contudo, no item 4 desse mesmo demonstrativo, está consignado que a parcela a ser dilatada é de 80%. Diz que, assim, fica comprovado que o cálculo matemático realizado pelos autuantes está errado. De acordo com tabela que apresenta, nos meses de junho e dezembro de 2009, os autuantes consideraram dilações de, respectivamente, 50,00% e 62,50%, quando o correto seria de 80% em ambos os meses. Conclui que, computando corretamente os valores, as diferenças apuradas nos meses em comento ficam “zeradas”.

Quanto à Infração 6, ressalta que por meio da Alteração Contratual nº 15, datada de 25/07/10, foi extinta a filial inscrita no Cadastro Estadual sob número 49984079, identificada no documento em foco por seus dados de endereço, ao ser alterado o art. 3º do seu Contrato Social, registrado na Junta Comercial em 25/10/10, tudo conforme documento anexado às fls. 517 a 523. Frisa que o

pedido de baixa da inscrição estadual ocorreu em 19/03/10, como prova o Documento de Informação Eletrônica, emitido pela Secretaria da Fazenda, anexado à fl. 524.

Sustenta que o ano de 2010 foi o de encerramento das atividades da filial. Afirma que esse estabelecimento baixado funcionava na Rua Eurico Temporal, 400, onde também funcionava a matriz e, portanto, os dois estabelecimentos possuíam o mesmo endereço.

Diz que os estoques da filial precisavam ser objeto de lançamento contábil para atendimento da norma, assim como em respeito à legislação societária. Destaca que, dessa forma, os acertos contábeis ocorreram no dia 31/12/10, e não no dia 31/12/12 como foi consignado no voto proferido em primeira instância.

Reitera que no dia 31/12/10, o seu departamento fiscal promoveu o lançamento dos estoques no livro Registro de Inventário e, mesmo com a inscrição já baixada, utilizou um dos documentos fiscais anteriormente autorizados para respaldar o lançamento contábil necessário (ver fl. 525).

Ressalta que a emissão do documento fiscal era até desnecessária, assim como o lançamento no livro Registro de Inventário. Diz que o lançamento contábil poderia ser feito com a utilização de qualquer outro documento, visto que os sócios já tinham acordado acerca do encerramento das atividades da filial e a consequente transferência de seus ativos para a matriz quando da assinatura e registro da Alteração Contratual. Assevera que o aludido Contrato Social é documento hábil para respaldar todos os lançamentos contábeis necessários ao registro dos fatos.

Frisa que não houve circulação de mercadorias porque estavam no mesmo endereço para o qual foram transferidas e, portanto, não há o que se falar em incidência de ICMS.

Reitera que conforme já arguido na defesa, *os fatos caracterizam a operação como de sucessão, com não incidência do ICMS com base no Artigo 3º, Inciso XI, “b”, do Regulamento do ICMS baiano, vigente à data de ocorrência dos fatos. Os próprios agentes fiscais, ao caracterizar a inexistente infração, enquadraram no Artigo 2º, I e seu § 1º, inciso I, do mesmo Regulamento do ICMS anteriormente referido, sem considerar que o mesmo apresentava uma ressalva, correspondente ao fato ocorrido – sucessão.* Prosseguindo, transcreve o disposto no referido art. 2º, I, § 1º, I, do RICMS-BA/97.

Destaca que no voto proferido em primeira instância, o relator acata uma informação equivocada dos autuantes no sentido de que a cobrança é feita sobre o estoque do estabelecimento sucessor, quando na verdade o autuado e emissor do documento é o estabelecimento sucedido.

Assevera que a Decisão de primeira instância não se encontra devidamente fundamentada, peca na análise superficial dos fatos e das argumentações apresentadas, concordando com a cobrança de ICMS sobre uma operação que sequer seria tributável.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a Infração 4 seja julgada Procedente em Parte, com as correções indicadas no Recurso Voluntário, e que a Infração 6 seja declarada Improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 530 a 532, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que compulsando as planilhas de fls. 435/436 dos autos, verifica-se um equívoco no cálculo da parcela sujeita a dilação, existindo razão para os argumentos recursais nos meses de junho e dezembro.

Diz que em relação aos supostos pagamentos, o recorrente não trouxe, de forma pontual, o que foi pago e, supostamente, não foi depurado pela Junta de Julgamento Fiscal, não merecendo suporte a tese recursal.

Quanto à Infração 6, afirma que a tese recursal não merece abrigo, pois, compulsando os autos, verifica-se que a transferência ocorreu após o requerimento do processo de baixa, conforme o livro Registro de Inventário de fls. 109 a 139 e demonstrativo de fl. 108, sendo, portanto, aplicável o art. 125, VI, do RICMS-BA/97.

Aduz que o simples fato de o recorrente ter realizado as alterações no Contrato Social perante a Junta Comercial, não o exime de realizar documentalmente a comunicação desta situação à Administração Tributária.

Ao finalizar, o ilustre parecerista opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento do dia 18 de novembro de 2013, foi concedida vista ao Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo. Dessa forma, nos termos do art. 67, I, “b”, do Regimento do CONSEF, ficou o processo incluído na pauta de julgamento da sessão subsequente.

A ilustre representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento do dia 20 de novembro de 2013, Dra. Dulce Maria Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, ao emitir o seu opinativo, modificou o posicionamento externado no Parecer de fls. 530 a 532 e passou a opinar pela improcedência da Infração 6, considerando que os documentos apresentados na presente sessão de julgamento (fls. 534/549) comprovavam uma hipótese de sucessão empresarial, situação em que não incidia ICMS sobre as mercadorias existentes em estoques no encerramento das atividades, nos termos do art. 3º, XI, “b”, da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Trata o Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância que julgou as Infrações 4 e 6, respectivamente, procedente em parte e procedente.

Quanto à Infração 4, relativamente aos meses de junho e dezembro de 2009, o recorrente afirma que no demonstrativo de fls. 435 e 436, os autuantes se equivocaram na determinação da parcela sujeita a dilação de prazo, utilizando percentuais (50,00% e 62,50%) inferiores ao previsto (80%).

Ao se examinar o demonstrativo de fls. 435/436, constata-se que é procedente o argumento recursal, conforme passo a me pronunciar:

- ao se multiplicar o “Saldo devedor operações próprias” pelo valor da dilação (80%), apura-se as seguintes parcelas a dilatar nos meses de junho e dezembro de 2009: R\$ 626.460,61 e R\$ 812.570,50;
- considerando essas novas parcelas a dilatar, os valores a recolher nesses dois meses passam para, respectivamente, R\$ 144.935,37 e R\$ 176.537,16;
- tendo em vista que os recolhimentos computados pelos autuantes foram de, respectivamente, R\$ 156.963,98 e R\$ 190.556,48, fica elidida a autuação quanto aos meses de junho e dezembro de 2009.

No que tange aos meses de janeiro, maio, junho e agosto de 2009, o recorrente sustenta que na informação fiscal, ao refazer a apuração dos valores devidos (fls. 435/436), os autuantes computaram a menos os recolhidos que foram efetuados. Como prova dessa alegação, apresentou tabela e citou os documentos de arrecadação de fls. 396 a 408.

Saliento que a exigência fiscal referente ao mês de junho já não subsiste, pois o valor da parcela a dilatar foi erroneamente calculado pelos autuantes, conforme já demonstrado neste voto.

Partindo do levantamento original, fls. 73 a 75, observa-se que os pagamentos considerados pelos autuantes nos meses de janeiro, maio e agosto foram de, respectivamente, R\$ 233.622,98, R\$ 216.792,09 e R\$ 225.315,45. Na informação fiscal, os autuantes *reconhecem as argumentações do autuado no que se refere ao benefício fiscal, onde a incorporadora assume as prerrogativas da incorporada, eliminando assim a parcela fixa na apuração do DESENVOLVE* e refazem os cálculos conforme o demonstrativo de fls. 435 e 436. Todavia, nesse novo demonstrativo, os recolhimentos foram considerados a menos (R\$ 229.622,98, R\$ 210.392,09 e R\$ 205.990,01), conforme foi sustentado no Recurso Voluntário.

Considerando os recolhimentos que foram consignados pelos autuantes no demonstrativo original de fls. 73 a 75, os débitos referentes aos meses de janeiro, maio e agosto ficam elididos, conforme alegado no Recurso Voluntário.

Dessa forma, o valor devido na Infração 4 após a Decisão de primeira instância, R\$ 695.383,50, passa para R\$ 177.626,28, ficando excluídos os débitos referentes aos meses de janeiro, maio, junho, agosto e dezembro de 2009.

Quanto à Infração 6, o recorrente inicialmente afirmou que por meio da Alteração Contratual nº 15 foi extinto o estabelecimento de inscrição estadual 049.984.079, CNPJ 02.784.342/0002-09, situado à Rua Eurico Temporal, 400, Valéria, Salvador/BA. Sustentou que estava caracterizada uma hipótese de sucessão, beneficiada pela não incidência prevista no art. 3º, XI, “b”, da Lei 7.014/96.

Na sessão de julgamento do dia 20 de novembro de 2013, o recorrente trouxe aos autos uma fotocópia autenticada da Alteração Contratual nº 11, fls. 534/549, datada de 31 de dezembro de 2008, arquivado na Junta Comercial do Estado da Bahia, visando corroborar a sua tese de que houve uma sucessão empresarial.

Ao tratar das hipóteses de não incidência do ICMS, a Lei 7.014/96, no seu art. 3º, XI, “b”, assim dispõe:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

XI - operações internas de qualquer natureza decorrentes da transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transmissão:

b) em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

Seguindo esse dispositivo legal, o RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, assim dispunha no seu art. 6º, XI, “b”:

XI - operação interna de qualquer natureza decorrente da transmissão da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência:

b) em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

Dessa forma, fica claro que a legislação tributária estadual prevê que não incidirá ICMS sobre a operação interna decorrente de sucessão. Resta, portanto, verificar se ocorreu a alegada sucessão.

A Alteração Contratual nº 15, trazida em sede recursal e acostada às fls. 517 a 523, refere-se à alteração do endereço da *filial da Rua Dr. Altino Teixeira nº 777, Porto Seco Pirajá, Galpão, no Município de Salvador no Estado da Bahia – CEP 41233-010, CNPJ nº 02.748.342/0004-62 e Inscrição Estadual nº 85.402.704, para Rua da Matriz s/nº, Bairro Valéria, Cep 41300-600, Município de Salvador no Estado da Bahia*. Essa Alteração Contratual nº 15 não comprova a ocorrência da citada sucessão, pois trata de uma mudança de endereço de estabelecimento filial diverso.

Por seu turno, a Alteração Contratual nº 11, trazida pelo recorrente na sessão de julgamento do dia 20 de novembro de 2013, informa que os sócios da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., CNPJ 02.748.232/0001-10, decidiram “*transferir o endereço da sede social da Rua Artur de Azevedo, 1.217 – Sobre Loja – sala 06 – Cep. 05404-013 – Bairro Pinheiros – Cep 05404-013 – Escritório Administrativo na Capital do Estado de São Paulo para Rua Eurico Temporal, 400 – Bairro Jardim Valéria – Cep. 41300-140 no Município de Salvador no Estado da Bahia elevando a filial para a condição de matriz em consequência fica cancelada a filial inscrita no CNPJ sob nº 02.748.342/0002-09 na Rua Eurico Temporal, 400 – Bairro Jardim Valéria – Cep. 41300-140 no Município de Salvador no Estado da Bahia – NIRE 29.999.005.167.*” (destaque do original)

Essa Alteração Contratual nº 11, conforme transcrito acima comprova que o estabelecimento que possuía o CNPJ 02.748.342/0002-09 (o recorrente) foi elevado à condição de matriz e, em consequência, ficou cancelada a sua inscrição estadual, passando a funcionar como matriz. Na situação em tela, o estabelecimento sucessor continuará as atividades do estabelecimento sucedido, de forma que as mercadorias existentes em estoque no encerramento das atividades serão oferecidas à tributação pelo estabelecimento sucessor quando praticar, com essas mercadorias, operações sujeitas à tributação. Assim, acolho o opinativo da ilustre representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento e considero que o caso em análise se subsume numa hipótese de sucessão empresarial e, desse modo, em conformidade com o regramento contido no art. 3º, XI, “b”, da Lei nº 7.014/96, não há incidência de ICMS sobre as mercadorias existentes em estoques quando do encerramento das atividades do estabelecimento auditado.

Em face ao acima exposto e comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, modifico a Decisão de primeira instância para decretar a improcedência da Infração 6.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a Infração 6 Improcedente, e a Infração 4 Procedente em Parte no valor de R\$ 177.626,28.

No Recurso de Ofício, está sendo submetida à apreciação desta 3ª Câmara de Julgamento Fiscal a Decisão de primeira instância que julgou a Infração 2 Improcedente, as Infrações 5 e 8 Nulas e as Infrações 1, 3 e 4 Procedentes em Parte.

Cuida a Infração 1 da falta de recolhimento de diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais destinados ao uso e consumo. Foi alegado na defesa que diversos produtos incluídos nesse item do lançamento não eram destinados ao uso e consumo, conforme demonstrativo e fotocópia de notas fiscais acostadas ao processo. Na informação fiscal, os autuantes acataram as provas e argumento trazidos na defesa e elaboraram um demonstrativo, no qual apuraram o montante remanescente nessa infração. A primeira instância decidiu a lide seguindo o resultado da informação fiscal, atendendo, assim, o pleito defensivo.

Tendo em vista que os próprios autuantes acataram as provas e o argumento trazidos na defesa e que uma análise das notas fiscais acostadas aos autos comprova a veracidade do argumento defensivo, foi acertada a Decisão de primeira instância.

Na Infração 2, o recorrido foi acusado de ter recolhido a menos antecipação parcial no valor de R\$ 3.000,00, no mês de dezembro de 2009, conforme demonstrativo à fl. 55. Na defesa, o recorrido comprovou que efetuou o recolhimento correto no valor R\$ 27.411,41, conforme comprova o DAE que acostou à fl. 341. Dessa forma, restou comprovado que a acusação não procedia, tendo os próprios autuantes reconhecido o equívoco. Não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Quanto à Infração 3, sustentou o recorrido que havia operações que não estavam inclusas no regime de diferimento previsto para o fornecimento de refeições. Na informação fiscal, os autuantes reconhecem a procedência do argumento defensivo e refizeram a apuração do imposto, em consequência, o valor devido passou de R\$ 819,08 para R\$ 290,64. A primeira instância decidiu a questão seguindo o valor apurado pelos autuantes na informação fiscal.

O argumento defensivo procede, pois efetivamente foram incluídas na exigência fiscal operações estranhas a esse item do lançamento, fato expressamente reconhecido pelos autuantes. Acertada, portanto, a Decisão de primeira instância.

Quanto à Infração 4, foi dito na defesa que, com a incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. pelo recorrido, os benefícios da incorporada foram transferidos para a incorporadora e, em consequência, não mais havia previsão de piso de arrecadação. Também foi afirmado na defesa que, na apuração do imposto, os autuantes indevidamente incluíram, nos meses de fevereiro e março de 2010, operações referentes ao estabelecimento matriz. Na informação fiscal, os autuantes acataram os argumentos defensivos e refizeram a apuração do imposto, o que reduziu o valor originalmente exigido de R\$ 2.635.756,94 para R\$ 695.383,50, conforme demonstrativos às fls. 435/436. A primeira instância julgou a infração em comento seguindo o entendimento contido na informação fiscal.

Não há reparo a fazer na Decisão de Primeira Instância, pois as retificações efetuadas na informação fiscal estão respaldadas em documentação probante acostada ao processo e, além disso, foram realizadas pelos próprios autuantes.

A Infração 5 trata de falta de recolhimento de ICMS dilatado. Foi lançado imposto no valor de R\$ 129.411,36, referente ao mês de março de 2010. Decidiu a primeira instância pela nulidade desse item do lançamento, sob o argumento de que não havia nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Conforme explicaram os autuantes na informação fiscal, as correções efetuadas na apuração da Infração 4 repercutiram na Infração 5, de forma que ao refazer a apuração do imposto (ver demonstrativo às fls. 436 e 437), o débito referente ao mês de março de 2010 foi “zerado”, porém

surgiram débitos de recolhimento a menos de ICMS dilatado em meses que originalmente não constaram desse item do lançamento. Tendo em vista, que é vedada a mudança de fulcro da autuação, que não há como se cobrar imposto referente a meses que originalmente não constaram na autuação e que o débito originalmente lançado ficou “zerado”, fica patente a insegurança na determinação da infração e do infrator e, em consequência, foi correta a Decisão de primeira instância quanto a esse item do lançamento.

Trata a Infração 8 de recolhimento a menos de ICMS em razão da aplicação da alíquota de 7% em vez de 17% nas saídas internas destinadas a contribuintes inscritos como microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes.

Decidiu a primeira instância pela nulidade desse item do lançamento, tendo em vista que os autuantes apuraram os valores devidos tomando por base a média dos preços praticados pelo recorrido em cada exercício fiscalizado, o que inviabilizou a efetiva determinação da infração e do montante devido.

Correta a Decisão de primeira instância, pois a metodologia empregada pelos autuantes não permite que se determine, com segurança, o efetivo montante do imposto devido, o que impõe a nulidade desse item do lançamento, devendo a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação fiscal quanto a esse item do lançamento a salvo de falhas.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279196.0002/12-9, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.129,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, previstas no art. 42, XV, “d”, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS