

A. I. N.^º - 108880.02011/11-5
AUTUADO - ESAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAC IIINTDÚSTRIA
INTERNET - 06.03.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0020-02/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO: **a)** OPERAÇÕES INTERNAS;

Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante; **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS.

Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para não contribuintes localizados neste Estado. Infração caracterizada.

4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Demonstrada a ocorrência de fato gerador nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa. Infração caracterizada. 5. ZONA FRANCA DE MANAUS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO POR PARTE DA SUFRAMA. O sujeito passivo não comprova, conforme determina a legislação do ICMS, especialmente o Conv. ICMS 36/97, o internamento das mercadorias. Infração caracterizada. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.

Acolhias parcialmente as arguições do sujeito passivo, reduzindo o valor exigido relativo ao exercício de 2007. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação principal no valor histórico de R\$ 112.106,77 conforme as seguintes irregularidades:

Infração 01 - Utilização Indevida de Crédito Fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Consta ainda que a empresa lançou como alíquota para utilização do crédito referente às notas fiscais 36.310 e 36.312, de 14/11/2007. ICMS no valor de R\$55,28. Multa de 60%;

Infração 02 - Recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta que a empresa realizou operações de vendas para contribuintes inscritos na condição de Normal (NO) com alíquota de 7%. ICMS no valor de R\$4.150,64. Multa de 60%;

Infração 03 - Recolhimento a menor do ICMS em razão da venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outros Estados, utilizando alíquota interestadual. ICMS no valor de R\$3.768,57. Multa de 60%;

Infração 04 - Recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta que a empresa vendeu mercadorias para contribuintes com inscrição INAPTA ou BAIXADA, e não aplicou MVA para cobrança do imposto devido nas operações subsequentes. ICMS no valor de R\$13.047,72. Multa de 60%;

Infração 05 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 3.551,62. Multa de 60%;

Infração 06 – Deixou de recolher o ICMS devido na saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. ICMS no valor de R\$ 81.144,62. Multa de 60%;

Infração 07 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também, não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$6.386,32. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 482 a 503 dos autos, apresenta defesa reconhecendo as Infrações nºs 01, 02 e 03 apontadas no Auto de Infração em questão e informa o pagamento do referido crédito tributário com as reduções previstas no Auto de Infração, nos termos do art. 123, §2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto 7.629/99), motivo pelo qual o referido valor deve ser extinto, nos termos do art. 156, I do CTN (guia de recolhimento anexa).

Insurge-se contra as Infrações nº 04 a 07, pois entende que são flagrantemente ilegais, motivo pelo qual deve ser cancelado em conjunto com seus consectários legais aplicados pela Fiscalização.

Considera nula a infração 04, pois no caso concreto, a Impugnante realizou a venda de bens e mercadorias para adquirentes localizados no Estado da Bahia utilizando-se da alíquota de 17% (dezessete por cento), alíquota utilizada para vendas internas para adquirentes localizados no Estado, conforme previsto na legislação.

Afirma sustentar a Fiscalização, com supedâneo apenas no Regulamento do ICMS (arts. 56 e 124, I do Decreto nº 6.284/97) que a Impugnante teria a obrigação de verificar a situação cadastral dos destinatários da mercadoria e, constatando a situação da Empresa Adquirente como “Inapta” ou “Baixada”, deveria aplicar a margem de valor adicionado (MVA) na base de cálculo do ICMS, para cobrança do imposto devido nas operações subsequentes.

A base de cálculo do ICMS seria majorada já que seria utilizado o valor da operação, acrescido do valor da MVA (20% do valor da operação), o que teria ocasionado o recolhimento a menor apurado pela Fiscalização.

Ressalta que não há qualquer previsão legal (estadual ou federal) que embase a aplicação da MVA nestas situações. Além disso, nos referidos dispositivos do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/97) tidos como violados pelo Auto de Infração, não há qualquer previsão para aplicação da margem de valor adicionado (MVA) nas vendas para Empresas adquirentes nas condições cadastrais de “Inapta” ou “Baixada”.

Argui nulidade com base nos arts. 18, IV e 20 do Decreto n.º 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) dispõe que é caso de nulidade o Auto de Infração que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida pelo contribuinte, devendo a nulidade ser reconhecida de ofício ou a requerimento da parte.

Consigna que pela simples análise do enquadramento legal referente à Infração nº 04 constante do Auto de Infração, constata-se que os dispositivos mencionados referem-se apenas a base de cálculo normal do ICMS (adotada pela Impugnante e o prazo para recolhimento do tributo), sem qualquer previsão de majoração da base de cálculo do tributo pela adoção de margem de valor adicionado (MVA). O enquadramento legal utilizado pelo órgão autuante para embasar a exigência do tributo não encontra qualquer relação lógica com a descrição dos fatos, contida no bojo do presente Auto de Infração.

Entende que demonstrado o equívoco no enquadramento legal e na identificação da suposta infração, deve-se reconhecer a nulidade do Auto de Infração, sob pena de cerceamento do direito de defesa da Impugnante.

Ressalta que, pela descrição dos fatos não há como a Impugnante analisar a validade da exigência, já que não há qualquer Lei Estadual ou Federal embasando a majoração do ICMS como a aplicação da margem de valor adicionado (MVA), nestes casos, o que afasta a aplicação do art. 19 do Decreto nº 7.629/99.

Desta forma, tendo em vista que o Auto de Infração não possibilita ao contribuinte Impugnante entender o motivo/embasamento da autuação, deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração em relação à Infração nº 04 (exigência de ICMS decorrente da não aplicação da MVA na base de cálculo do tributo nas vendas internas para Empresa BAIXADAS OU INAPTAS), com o consequente cancelamento do crédito tributário e demais consectários legais.

Aduz ser ilegal a exigência de aplicação da MVA nas saídas de mercadorias para contribuintes com inscrição estadual inapta ou baixada – ausência de previsão legal – infração nº 04

Afirma que mesmo na eventualidade de ter havido mero equivoco no enquadramento legal e haver eventual previsão normativa determinando a majoração da base de cálculo do ICMS pela aplicação da MVA (o que se admite apenas para argumentar), o Decreto Estadual (RICMS/97) estaria instituindo nova base de cálculo do ICMS sem qualquer previsão legal em Lei Complementar, infringindo frontalmente o disposto nos arts. 146, III e 150, I da Constituição Federal e art. 97, I e II do CTN, o que demonstra a ilegalidade/inconstitucionalidade da referida exigência.

Aduz que não se pode exigir a majoração do tributo para cobrança do imposto devido nas operações subsequentes, sem que Lei Complementar preveja tal situação. Além disso, numa relação contratual, o fornecedor e o comprador não detém qualquer poder de intervenção ou fiscalização em relação à administração e aos procedimentos empresariais/contábeis adotados pelo outro. Do que decorre uma conclusão inofensável: não há qualquer razoabilidade em exigir que o estabelecimento fornecedor seja capaz de verificar a regularidade cadastral dos compradores, derivados das INCONTÁVEIS Notas Fiscais emitidas, principalmente se for considerada a pluralidade de operações tributadas realizadas cotidianamente.

Exemplifica em seu entendimento o absurdo da referida exigência no caso concreto, constata-se no anexo do Auto de Infração referente à suposta Infração nº 04, que a Empresa Everaldo Freire dos Santos (CNPJ nº 05.725.843/0001-79) foi declarada INAPTA pelo Fisco do Estado da Bahia em 04/05/2007, retornando à condição de ATIVA em 16/05/2007, ou seja, 12 (doze) dias após a declaração de sua inaptidão.

Diante do exposto, requer o cancelamento do crédito tributário de ICMS e demais consectários legais (multa, correção monetária e acréscimos moratórios), referente à Infração nº 04 (exigência de ICMS pela não aplicação da MVA na base de cálculo do ICMS na venda de bens para

contribuintes na condição de Inaptos ou Baixados), face à ilegalidade/inconstitucionalidade da referida exigência.

No que alude a infração 05, afirma que a referida cobrança é flagrantemente ilegal, tendo em vista que os referidos bens/mercadorias destinados ao ativo fixo já eram de propriedade da Impugnante que, por questões de logística, realizou a transferência para a filial localizada no Estado da Bahia (Salvador).

Alega que “O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para o outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM.” (STF, AI nº 131.941-1, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, in DJ 19.04.91, p. 4.583)

“ICM. Não constitui fato gerador do ICM o deslocamento da cana própria do estabelecimento produtor para o industrial da mesma empresa, por não haver no caso, circulação econômica, e jurídica, mas tão-somente física. Precedentes do STF. Representações nº 1.181, Rel. Min. Rafael Mayer, 1.292, Rel. Min. Francisco Rezek e 1.355, Rel. Min. Oscar Corrêa.” (STF, RE nº 113.090-3, Rel. Min. DJACI FALCÃO, in DJ 12.06.87, p. 11.863)

“Ao declarar estabelecimento autônomo para autorizar a incidência do ICM estabelecimentos – engenhos, sítios e demais divisões fundiárias – da mesma usina – unidade econômica – contrariou o artigo 23, II, da CF, pois taxa o simples deslocamento físico de insumos destinados à composição do produto final da mesma empresa.” (STF, Rp. 1.355-3, Rel Min. OSCAR CORRÊA, in DJ 10.04.87, p. 6.417)

Argumenta que o Superior Tribunal de Justiça, depois de numerosas decisões, firmou a seguinte Súmula:

“Súmula nº 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (DJ 27.08.96, p. 2.996) (grifou-se)”

Para demonstrar que se trata de mera transferência entre estabelecimentos, a Impugnante anexa à presente defesa administrativa as cópias das Notas Fiscais nº 326.167, 326.166 e 345.220 (Doc. nº 05).

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria, via recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), no sentido da impossibilidade de exigência do ICMS na transferência de bens do ativo fixo entre estabelecimento de uma mesma empresa.

Diante do exposto, afirma que, após a realização de diligência para viabilizar a demonstração de tal situação, requer-se o cancelamento do crédito tributário de ICMS e demais consectários legais (multa, correção monetária e acréscimos moratórios), referente à Infração nº 05 (exigência de diferencial de alíquota do ICMS na transferência de mercadorias do ativo fixo entre estabelecimentos da Impugnante), face à ilegalidade supra apontada na cobrança do tributo.

No que alude a infração 06, afirma que segundo a Fiscalização, a Impugnante “deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem comprovação do internamento por parte da SUFRAMA”.

Ressalta que a isenção do ICM (precursor do ICMS) na saída de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus foi originalmente prevista no Convênio ICM nº 65/88, em acordo realizado entre o Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal. Reproduz o dispositivo:

“Cláusula primeira Ficam isentas do imposto às saídas de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, desde que o estabelecimento destinatário tenha domicílio no Município de Manaus.

§ 1º Excluem-se do disposto nesta cláusula os seguintes produtos: armas e munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas e automóveis de passageiros.

§ 2º Para efeito de fruição do benefício previsto nesta cláusula, o estabelecimento remetente deverá abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção indicado expressamente na nota fiscal”.

Consigna que, em cumprimento ao referido convênio, a legislação do Estado da Bahia prevê expressamente a isenção do pagamento do ICMS na venda de mercadorias para adquirentes

localizados na Zona Franca de Manaus.

Reproduz os incisos I, II e III do art. 29, bem como art. 596 do Regulamento do ICMS/1997 - Decreto nº 6.284 /1997

Assegura que, para a utilização da referida isenção, a legislação estadual determina que haja a efetiva comprovação do envio e recebimento da mercadoria na Zona Franca de Manaus, em cumprimento ao Convênio ICMS nº 36/07. Veja-se:

Regulamento do ICMS/1997 - Decreto nº 6.284 /1997

"Art. 598. Observar-se-á o disposto no Convênio ICMS 36/97, sem prejuízo de outros controles fiscais previstos ou que venham a ser estabelecidos:

I - no tocante à comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento;

II - no tocante aos procedimentos fiscais a serem adotados;

III - até 30/04/08, no tocante às remessas de mercadorias às Áreas de Livre Comércio de Macapá e Santana, no Estado do Amapá, Bonfim e Pacaraima, no Estado de Roraima, Guajará Mirim, no Estado de Rondônia, Tabatinga, no Estado do Amazonas, e Cruzeiro do Sul e Brasiléia, com extensão para o município de Epitaciolândia, no Estado do Acre (Conv. ICMS 37/97)".

Convênio ICMS 36/97

"Cláusula terceira A constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas far-se-á mediante a realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente.

§ 1º As vistorias realizadas separadamente serão informadas ao outro órgão com repasse dos dados indicados na cláusula quinta.

§ 2º A SUFRAMA e a SEFAZ/AM manterão sistemas integrados de informação das vistorias realizadas, assim como da situação cadastral dos destinatários".

Desta forma, conclui que a saída de produto industrializado de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca localizado no Município de Manaus, exceto de armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana é isenta do pagamento do ICMS, desde que: (I) o estabelecimento destinatário esteja situado nos referidos municípios e (II) haja comprovação da entrada efetiva do produto no estabelecimento destinatário.

No presente caso afirma que a Fiscalização exige da Impugnante o recolhimento do ICMS, multa, correção monetária e acréscimos moratórios, tendo em vista a suposta ausência de comprovação do internamento das mercadorias por parte da SUFRAMA, o que acarreta a incidência do tributo com alíquota interestadual (12%).

Ressalta que todos os bens/mercadorias elencados pela Fiscalização no Auto de Infração foram efetivamente encaminhados à destinatários adquirentes na Zona Franca de Manaus, motivo pelo qual deve ser aplicada a isenção do tributo nestas situações.

Em relação ao adquirente ERIN ESTALEIROS RIO NEGRO LTDA. (CNPJ nº 04.222.584/0001-09), afirma que a Impugnante anexa à presente defesa administrativa cópia das Notas Fiscais nº 38.191, 38.192, 45.301 e 45.302, cópia do Livro de Registro de Entrada da Adquirente, cópia dos Conhecimentos de Transporte dos referidos bens e comprovantes de pagamento pelos bens/mercadorias (Doc. nº 06), comprovando o efetivo envio e internamento das mercadorias pelo adquirente localizado na Zona Franca de Manaus.

Em relação ao adquirente AMAZON AÇO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (CNPJ nº 05.477.207/0001-75), a Impugnante anexa à presente defesa administrativa cópia das guias de pagamentos devidamente quitadas e extrato bancário que comprova o efetivo pagamento pelos bens/mercadorias adquiridas (Doc. nº 07).

Em relação ao adquirente CASA DO SOLDADOR COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA. (CNPJ nº 08.240.385/0001-76), a Impugnante anexa à presente defesa administrativa cópia do Livro Razão Analítico, cópia dos comprovantes de pagamento, cópia da Nota Fiscal nº 34.101 e

Cópia do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga e Protocolos de Ingresso de Mercadoria da SUFRAMA (Doc. nº 08).

Por fim, ressalta que dentre os valores exigidos de ICMS, há caso em que não houve a operação de venda para a CASA DO SOLDADOR, o que se demonstra por meio da Nota Fiscal de devolução de mercadoria emitida pela Empresa localizada na Zona Franca de Manaus (Doc. nº 09).

Afirma que irá acostar aos autos documentação idônea, suporte para suas alegações, o que ainda não o fez por depender do envio da referida documentação que se encontra em posse de terceiros, como por exemplo, “cópias das notas fiscais, cópia dos conhecimentos de transporte, cópias dos livros de registro de entradas, cópias dos livros razão, cópias dos comprovantes de pagamento do título à ESAB e documentação eventualmente fornecida pela SUFRAMA”.

Complementa que, posteriormente ao deferimento e realização das referidas diligências para comprovação do envio dos bens para adquirentes na Zona Franca de Manaus, requer o cancelamento do crédito tributário de ICMS e demais consectários legais (multa, correção monetária e acréscimos moratórios), referente à Infração nº 06 (exigência de ICMS na venda de mercadorias para Empresas localizadas na Zona Franca de Manaus).

No que tange a infração 07, alega que os bens/mercadorias que supostamente não teriam sido contabilizados/escriturados pela Impugnante tratam, na verdade, de bens enviados na condição de remessa para conserto, remessa para demonstração, remessa para consignação e outras saídas não-tributáveis e com o respectivo retorno, sendo que a referida escrituração foi realizada no livro de controle de produção e estoque, constando como parte do estoque em poder de terceiros, documentos estes que se encontram sendo levantados pela Impugnante.

Como exemplo, destaca as Notas Fiscais emitidas pela Impugnante por terceiros (ENGESA ENGENHARIA S/A E EBAC SERVIÇOS DE LOCAÇÃO LTDA.) que houve o envio de mercadorias em consignação e recebimento de mercadorias a título de consignação para demonstração, sem que houvesse operação de compra e venda (Doc. nº 10).

Entende que, desta forma, após a realização de diligência para demonstrar a referida situação, restando demonstrada a ausência de qualquer transferência de titularidade dos referidos bens, requer-se o cancelamento do crédito tributário de ICMS e demais consectários legais (multa, correção monetária e acréscimos moratórios), referente à Infração nº 07.

Argumenta que, diante da complexidade da autuação e da necessidade de obtenção de toda a documentação fiscal/contábil que se encontra de posse de terceiros, não foi possível à Impugnante, dentro do prazo legal, finalizar o levantamento de toda a documentação suporte para o presente recurso administrativo, aptas a embasar as alegações supra.

Ressalta que tais documentos (Notas Fiscais, livros Registro de Apuração do ICMS, livro Registro de Entrada e Saída, Comprovantes de Recolhimento do Tributo, Documentação da Zona Franca de Manaus/SUFRAMA) não se encontram de posse da Impugnante (encontram-se em arquivos terceirizados e de posse de terceiros), motivo pelo qual a Empresa vem diligenciando diariamente no sentido de levantar a referida documentação, essencial para o correto deslinde do feito com base no princípio da verdade material.

Faz exposição sobre o princípio da verdade material e os efeitos do seu não atendimento.

Alude que, restando demonstrada a complexidade da matéria e o volume de documentos a serem obtidos/apresentados, requer-se a realização de diligência fiscal para oportunizar à Impugnante a concessão de prazo para apresentação da referida documentação a ser analisada pelo auditor Fiscal, com intuito de constatar (I) prévia propriedade dos bens do ativo fixo que foram meramente transferidos para a filial da Bahia, sem ter ocorrido o fato gerador do ICMS (Infração nº 05), (II) o efetivo recebimento e internamento dos bens/mercadorias no âmbito da Zona Franca de Manaus (Infração nº 06) e (III) ausência de qualquer aquisição/transferência dos referidos bens e mercadorias apontadas na Infração nº 07.

Diante do exposto, requer seja conhecida e provida a presente Impugnação ao auto de infração

para que:

(i) seja deferido o pedido de realização de diligência (tópico V), com a consequente intimação pessoal da Impugnante com a concessão de prazo para viabilizar a apresentação das provas para embasar as alegações constantes desta defesa administrativa, com a posterior análise das provas por parte da auditoria fiscal deste órgão;

(ii) seja integralmente cancelados os créditos tributários objeto das Infrações n.º 04 a 07, objeto do Auto de Infração n.º 108880.0201/11-5, pelas razões supra expostas.

O autuante, às fls. 648 a 660 dos autos, apresenta a informação fiscal, aduzindo com relação à infração 04 - Recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do tributo na venda de mercadorias a contribuintes com inscrição Inapa ou Baixada, o contribuinte alega que em uma relação contratual, o fornecedor e o comprador não detêm qualquer poder de intervenção ou fiscalização em relação à administração e aos procedimentos empresariais e ou contábeis adotados pelo outro, portanto, não há qualquer razoabilidade em exigir que o estabelecimento fornecedor seja capaz de verificar a regularidade cadastral dos compradores e ressalta que não há qualquer previsão legal (estadual ou federal) que embase a aplicação da MVA nestas situações, a Lei Complementar 87/96, dispõe nos artigos 4º, 5º 6º e 8º:

“Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário. (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.”

A Lei 7.014/96, no art. 8º - inc. I dispõe:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

O RICMS, no art. 142, inc. I dispõe:

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Com relação à infração 05, em que o autuado alega ser a cobrança ilegal tendo em vista que os referidos bens e ou mercadorias destinados ao ativo fixo já eram de propriedade da impugnante que, por questões de logística, realizou a transferência para a filial localizada no Estado da Bahia (Salvador), e que na transferência realizada não houve transferência de titularidade dos bens e ou mercadorias, motivo pelo qual não restou configurado o fato gerador do ICMS, qual seja, a circulação de mercadorias, afirma que os art. 2º, § 2º, 11, § 3º - inciso II, art. 12 – inciso I, da Lei Complementar 87/96, e art 2º inciso IV da Lei 7.014/96, dispõem:

“§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 2º O ICMS incide sobre:

IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes;”

Quanto à infração 06 é exigido da impugnante ICMS decorrente da saída de produtos para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Aduz o autuante que, apesar de intimado, o autuado não apresentou comprovação de ingresso na Zona Franca de Manaus de algumas notas fiscais, tendo anexado na contestação cópias de CTRC'S, cópias de livros Registro de Entradas dos destinatários da mercadoria, cópia do livro Razão e cópias de comprovantes de pagamentos.

O Convênio ICMS 36/97 disciplina a formalização do ingresso de mercadorias na Zona Franca de Manaus, conforme disposto na Cláusula décima terceira:

Cláusula décima terceira Decorridos no mínimo 120 (cento e vinte) dias da remessa da mercadoria, sem que tenha sido recebida pelo fisco da unidade federada informação quanto ao ingresso daquela nas áreas incentivadas, será iniciado procedimento fiscal contra o remetente mediante notificação exigindo, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apresentação:

I - da Certidão de Internamento referida na cláusula oitava;

II - da comprovação do recolhimento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais;

III - de parecer exarado pela SUFRAMA e SEFAZ/AM em Pedido de Vistoria Técnica.

§ 1º Apresentado o documento referido no inciso I, o fisco cuidará de remetê-lo à SUFRAMA que, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, prestará informações relativas ao internamento da mercadoria e à autenticidade do documento.

§ 2º Na hipótese de vir a ser constatada sua contrafação, o fisco adotará as providências preconizadas pela legislação.

§ 3º Apresentado o documento referido no inciso II, será de imediato arquivado o procedimento.

§ 4º Apresentado o parecer referido no inciso III, o fisco arquivará o procedimento, fazendo juntada da cópia do parecer enviada pela SUFRAMA nos termos do § 1º da cláusula décima primeira.

§ 5º Esgotado o prazo previsto no caput sem que tenha sido atendida a notificação, o crédito tributário será constituído mediante lançamento de ofício.

Assegura que o RICMS/BA, no seu art. 598, receptionou os procedimentos adotados no Convênio 36/97, portanto, a apresentação de CTRC's, cópias de pagamentos e cópias de livros Registro de Entradas e Razão não são suficientes para comprovação de internamento conforme disposto no

Regulamento, pois somente a SUFRAMA e a SEFAZ/AM são competentes para atestar o ingresso da mercadoria.

Em relação à infração 07 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, foi realizado o roteiro de estoques levando-se em consideração todas as entradas e saídas tributadas, ou seja, foram contabilizadas as operações de remessa para demonstração e remessa para consignação e os respectivos retornos.

Alega que os demonstrativos foram apresentados a empresa para que apresentassem documentos que comprovassem as devidas diferenças, tendo sido informado que estes valores não constavam do Registro de Inventário, porém estavam contabilizados no livro Registro de Controle de Produção e Estoques. Após apresentação do livro Registro de Controle de Produção e Estoques analisou as divergências, não identificando as demais, objeto do auto de infração.

Aduz que a empresa solicita realização de diligência fiscal para oportunizar à impugnante a concessão de prazo para apresentação das documentações a serem analisadas pelo auditor fiscal com o intuito de comprovar a inexistência das infrações 05 a 07.

Diante do exposto, mantém as infrações com base nos documentos apresentados.

A 2^a JJF, em pauta suplementar, à fl. 1700, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que o autuante apresentasse nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

O autuante responde à solicitação de diligência, alinhando que Informação fiscal de acordo com o RPAF – Regulamento do processo Administrativo Fiscal, para o auto de infração nº 108880.0201/11-5, lavrado contra o estabelecimento ESAB Indústria e Comercio Ltda, inscrito no CICMS sob o nº 00.298.894 e CNPJ nº 29.799.921/0006-52, sito na Rua Antonio dos Santos Gouveia – Casa – Porto Seco Pirajá Salvador – Bahia.

Reproduz sucintamente as alegações defensivas

- *Ter a fiscalização lavrado o presente auto para exigir valores supostamente devidos a título de ICMS e ICMS/ST, multa, correção monetária e acréscimos moratórios, referentes ao período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, no valor atualizado de R\$217.908,96 (duzentos e dezessete mil, novecentos e oito reais e noventa e seis centavos).*
- *Reconhecer a procedência das infrações nºs 01 (Utilização Indevida de Crédito Fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais), 02 (Recolhimento a menor do ICMS pelo erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias para contribuintes inscritos na condição normal) e 03 (Recolhimento a menor do ICMS em razão da venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outros Estados), bem como realizou o pagamento do referido crédito tributário com as reduções previstas no AI.*
- *Ter apresentado impugnação ao auto de infração demonstrando a ilegalidade da cobrança do crédito tributário exigido nas infrações nºs 04 a 07.*
- *Ter solicitado o pedido de diligência com base no princípio da verdade material, para que fosse oportunizada a concessão de prazo para apresentação de documentação que não se encontrava aos cuidados da impugnante.*
- *Infração 06 - com relação à cobrança por suposta ausência de comprovação de internamento de mercadorias na zona franca de Manaus, a empresa argumenta que todos os bens e mercadorias elencados no auto de infração foram efetivamente encaminhados a destinatários adquirentes na Zona Franca de Manaus, motivo pelo qual deve ser aplicada a imunidade do tributo nestas situações.*

- Anexa cópias autenticadas de notas fiscais de saída, dos livros registro de entradas, dos CTRC's e comprovantes de pagamentos de mercadorias e/ou produtos destinados aos seguintes contribuintes: ERIN Estaleiros Rio Negro Ltda, AMAZON – Aço Industria e Comercio Ltda e Casa do Soldador.
- Na infração 07 – de acordo com valores apurados pela Fiscalização, a impugnante teria praticado infração por “falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária”, verifica-se que a referida infração foi apurada com base em meras suposições de operações de compra e venda que efetivamente não ocorreram.
- Os bens e/ou mercadorias que supostamente não teriam sido contabilizados e/ou escriturados pela impugnante tratam, na verdade, de bens enviados na condição de remessa para conserto, remessa para demonstração, remessa para consignação e outras saídas não tributáveis e com o respectivo retorno, sendo que a referida escrituração foi realizada no livro de controle de produção e estoque, constando como parte do estoque em poder de terceiros.

Alinha que em 2007 foram identificadas divergências em diversos materiais conforme descrito a seguir:

Material 0300376 – ser improcedente a autuação tendo em vista que, conforme se verifica nos documentos fiscais da impugnante, não há nenhuma entrada ou saída para estoque de terceiros e as mercadorias foram devidamente escrituradas e lançadas no Livro de Controle de Produção e Estoque e no livro Registro de Inventário.

Material 0401001 – ter a fiscalização considerado em sua planilha a Nota Fiscal 31.903, de 29/06/2007, como operação não contabilizada, pelo simples motivo de que os bens objeto da referida nota não teriam sido escriturados no livro de Registro de Controle de Produção e Estoque e no livro Registro de Inventário, porém a ausência de escrituração ocorreu por se tratar de uma saída classificada no código 6.949 – Outras saídas, e com a especificação no campo observação que a mesma é uma nota fiscal complementar de preços.

Material 0300099 – as únicas divergências referentes a este material encontradas na análise das Notas Fiscais confrontadas com o livro Registro de Produção e Estoque foram os valores contábeis das notas emitidas para clientes submetidos ao SIMPLES NACIONAL e CLIENTES SUFRAMA. As supostas divergências decorrem dos descontos concedidos nas Notas Fiscais devidos pelos incentivos das empresas adquirentes. A exigência do ICMS neste caso mostra-se equivocada, já que se baseia em valores maiores do que os constantes nas notas fiscais (valores sem os descontos concedidos pela impugnante).

Em 2008 foram identificadas divergências em diversos materiais conforme descrito a seguir:

Material 300655 – não ter a fiscalização considerado em seu levantamento a nota fiscal 38.482 (nota fiscal de simples remessa em consignação), desta forma, ausente a transferência de titularidade da referida mercadoria, mostra-se indevido o ICMS e consectários legais exigidos no auto de infração.

Material 301322 – a fiscalização não considerou o estoque inicial de 976 unidades do produto, para o ano de 2008, conforme constante do Livro Registro de Inventário nº 25 referente ao ano de 2007, o que demonstra equívoco na apuração do estoque.

Material 402196 – ter sido considerada erroneamente pela fiscalização a nota fiscal 372.222 de 24/11/2008 na apuração do estoque da mercadoria, pois essa nota fiscal contém o material 402193 e não 402196.

Material 904944 – que a fiscalização localizou a nota fiscal 729, de 31/07/2008, contendo uma unidade do referido material, lançada pela impugnante como entrada/outras

remessas (CFOP 1949/2949), sem movimentar o estoque, mas devidamente escriturada no livro Registro de Entradas. Não ter havido destaque do ICMS, por se tratar de devolução de peça defeituosa.

Material 905168 – que na suposta inconsistência de estoque e suposto recolhimento a menor do ICMS, a fiscalização localizou a nota fiscal 1295 de 05/04/2008, contendo duas unidades do material, lançada como entrada a título de doação, por não ter havido movimentação do estoque em relação a referida entrada.

Material 900237 – a fiscalização não considerou as notas fiscais nºs 37.834 de 03/01/2008 e 37.894 de 07/01/2008, referentes às operações de venda e transferência do material, e ressalta que as notas fiscais foram devidamente escrituradas nos livros Controle da Produção e Estoque e livro Registro de Saídas.

Material 711101 – a fiscalização identificou a nota fiscal nº 45.311 de 18/08/2008, contendo 966 kg do produto e lançada como outras saídas, sem movimentar o estoque, contudo, a referida NF foi devidamente escriturada no livro Registro de Saídas e devidamente tributada, motivo pelo qual a autuação é indevida.

Material 401001 – a fiscalização não considerou a nota fiscal 41.576 de 23/04/2008, referente a transferência realizada pela filial, escriturada em todos os livros obrigatórios e devidamente tributada.

Material 301375 – a auditora não considerou na sua planilha o saldo inicial do material no valor de R\$2.962,50, correspondente ao valor apontado como suposta Entrada sem nota fiscal, embora conste registrado no livro Registro de Inventário/2007 como estoque final do material e esteja devidamente escriturado no livro de Controle da Produção e Estoque.(ok acatado pela autuante)

Material 401091 – a fiscalização equivocou-se ao não considerar em seu levantamento a nota fiscal 41.576 de 23/04/2008, referente à transferência realizada pela filial escriturada em todos os livros obrigatórios e devidamente tributada. (NF não consta no arquivo magnético – ver nota)

Solicita, por fim, que seja conhecida e provida a impugnação ao Auto de Infração anteriormente apresentada para que sejam integralmente cancelados os créditos tributários objeto das infrações 04 a 07.

Sobre as alegações do impugnante, aduz que, em relação à infração 06, é exigido da impugnante ICMS decorrente da saída de produtos para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Apesar de intimado o autuado não apresentou comprovação de ingresso na Zona Franca de Manaus de algumas notas fiscais, tendo anexado na contestação cópias de CTRCs, cópias de livros Registro de Entradas dos destinatários da mercadoria, cópia do livro Razão e cópias de comprovantes de pagamentos.

Alude que o Convênio ICMS 36/97 disciplina a formalização do ingresso de mercadorias na Zona Franca de Manaus, conforme disposto na Cláusula décima terceira:

Cláusula décima terceira Decorridos no mínimo 120 (cento e vinte) dias da remessa da mercadoria, sem que tenha sido recebida pelo fisco da unidade federada informação quanto ao ingresso daquela nas áreas incentivadas, será iniciado procedimento fiscal contra o remetente mediante notificação exigindo, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apresentação:

I - da Certidão de Internamento referida na cláusula oitava;

II - da comprovação do recolhimento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais;

III - de parecer exarado pela SUFRAMA e SEFAZ/AM em Pedido de Vistoria Técnica.

§ 1º Apresentado o documento referido no inciso I, o fisco cuidará de remetê-lo à SUFRAMA que, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, prestará informações relativas ao internamento da mercadoria e à autenticidade do documento.

§ 2º Na hipótese de vir a ser constatada sua contrafação, o fisco adotará as providências preconizadas pela legislação.

§ 3º Apresentado o documento referido no inciso II, será de imediato arquivado o procedimento.

§ 4º Apresentado o parecer referido no inciso III, o fisco arquivará o procedimento, fazendo juntada da cópia do parecer enviada pela SUFRAMA nos termos do § 1º da cláusula décima primeira.

§ 5º Esgotado o prazo previsto no caput sem que tenha sido atendida a notificação, o crédito tributário será constituído mediante lançamento de ofício.

O RICMS/BA, no seu art. 598 recepcionou os procedimentos adotados no Convênio 36/97, portanto, a apresentação de CTRC's, cópias de pagamentos e cópias de livros Registro de Entradas e Razão não são suficientes para comprovação de internamento conforme disposto no Regulamento, pois somente a SUFRAMA e a SEFAZ/AM são competentes para atestar o ingresso da mercadoria.

Para à infração 07 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, foi realizado o roteiro de estoques levando-se em consideração todas as entradas e saídas tributadas, ou seja, foram contabilizadas as operações de remessa para demonstração e remessa para consignação e os respectivos retornos.

Afirma que os demonstrativos foram apresentados a empresa para que apresentassem documentos que comprovassem as devidas diferenças, tendo sido informado que estes valores não constavam do Registro de Inventário, porém estavam contabilizados no livro Registro de Controle de Produção e Estoques.

Alude que na infração 07, no exercício de 2007, a empresa contesta a autuação referente aos materiais 0300376, 0401001 e 0300099. Com relação ao material 0300376 a empresa alega que não há nenhuma entrada ou saída para estoque de terceiros e as mercadorias foram devidamente escrituradas e lançadas no livro de Controle de Produção e Estoque e no livro Registro de Inventário, porém não apresenta qualquer documento ou justificativa que comprove a divergência.

Já com relação ao material 0401001, argumenta da autuada que a Nota Fiscal 31.903, de 29/06/2007, refere-se a uma saída classificada no código 6.949 – Outras saídas, e com a especificação no campo observação de que a mesma é uma nota fiscal complementar de preços, porém, afirma que analisando os arquivos magnéticos de 2006 e 2007 não constatou nenhuma saída para o contribuinte destinatário, bem como não consta no referido documento a que nota fiscal está complementando o preço, conforme cópia da NF e cópia do livro Registro da Saídas, anexos às fls. 1286 e 1287.

Afirma que, ainda na infração 07, do exercício de 2007, no material 0300099 – a empresa questiona apenas os valores utilizados para composição do preço médio com base em notas fiscais destinadas para clientes submetidos ao SIMPLES NACIONAL e CLIENTES SUFRAMA decorrem dos descontos concedidos, devidos pelos incentivos das empresas adquirentes, informa que o RICMS no art. 60 inciso II – alínea “a.1”, dispõe:

Art. 60. A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, é:

II - tratando-se de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria:

a) apurando-se omissão de saídas:

1 - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

Ainda com relação à infração 07 do exercício de 2008, alinha que a autuada contesta as divergências em alguns materiais conforme descrito abaixo:

Material 300655 – a autuada contesta a não inclusão no demonstrativo de estoque da nota fiscal 38.482 (nota fiscal de simples remessa em consignação), venho informar que o referido CFOP (remessa em consignação) não foi incluído no levantamento por não se referir a transferência de titularidade da referida mercadoria, portanto, mantenho a autuação com relação a este item.

Com relação ao material 301322 acato as razões apresentadas pela autuada com referência ao estoque inicial, porém ao refazer o demonstrativo o referido item apresentou divergência na saída, conforme novo demonstrativo anexo ao presente PAF.

No material 402196 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Com relação ao material 904944 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Com relação ao material 905168 informo que o referido item não consta do levantamento.

Com relação ao material 900237 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Na divergência apresentada no material 711101, através da nota fiscal nº 45.311 de 18/08/2008 (cópia anexa às fls 1259), a autuada admite a operação e que a mesma foi lançada como outras saídas, sem movimentar o estoque, e ter sido a referida nota devidamente escriturada no Livro Registro de Saídas e devidamente tributada, porém, não apresenta justificativa para que a mesma não seja inserida no levantamento, razão pela qual mantenho a infração neste item.

Material 401001 – a fiscalização não considerou a nota fiscal 41.576 de 23/04/2008, acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Com relação à argumentação apresentada referente ao material 301375 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Material 401091 – a fiscalização equivocou-se ao não considerar em seu levantamento a nota fiscal 41.576 de 23/04/2008, acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Diante do exposto, mantém as infrações com base nos documentos e demonstrativos apresentados, modificando apenas o valor da infração nº 7 no exercício de 2008 para R\$667,31.

O autuado, às fls. 667 a 672 dos autos, apresenta manifestação reproduzindo argumentos os já alinhados trazidos em sua impugnação, cabendo observar o acolhimento por parte do sujeito passivo, nessa manifestação, quanto aos valores modificados pelo autuante em sua informação fiscal, que ajustou o valor da infração 07, no exercício de 2008 para R\$ 667,31, conforme consta à fl. 1714 e fl. 1763 dos autos, ocorrência relativa ao exercício de 2008, ficando mantida a ocorrência de 2007.

A autuante, à fl. 1815 dos autos, apresenta nova informação fiscal aduzindo que o sujeito passivo em sua nova manifestação não apresenta fato novo, mantendo na íntegra o teor da informação fiscal anterior.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de 07 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, devidamente já relatadas.

Preliminarmente cabe alinhar que o sujeito passivo reconhece a procedência das Infrações nºs 01, 02 e 03 apontadas no Auto de Infração, as quais forem reclamadas em consonância com o devido processo legal, cabendo, portanto, a manutenção integral das mesmas.

Quanto às argüições de nulidade, a autuante apresenta os dispositivos legais e regulamentares em sua informação fiscal, de forma mais completa, com reabertura do prazo de defesa, não havendo o que se falar em nulidade, não se enquadrando em dispositivos previstos no art. 18 do RPAF/BA. Quanto às demais argüições serão apreciadas na análise do mérito tendo em vista se referirem a questões de ordem meritórias.

Verifico que em relação ao pedido de diligência, com base no princípio da verdade material, para que fosse oportunizada a concessão de prazo para apresentação de documentação que não se encontrava aos cuidados da impugnante, foi contemplado de forme indireta tal prazo, quando foi apresentada nova informação fiscal e, posteriormente, nova manifestação do autuado, com reabertura de novo prazo para manifestação. Assim, Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de novas diligências, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No que tange a infração 04, diferente do alegado pelo sujeito passivo, a Lei 7.014/96, no art. 8º - inciso I, atribui ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição tributária quando efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto, repetido pelo art. 353, I do RICMS/BA, bem como o art. 142, I, do mesmo ato normativo, lhe atribui a obrigação de exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE).

Diante da obrigação de efetuar a substituição tributária nas operações que realizar com os aludidos contribuintes, para determinar a base de cálculo da Substituição Tributária, constante do do art. 61, II do RICMS/BA, que tem previsão na Lei Complementar 87/96, no art. 8º, II, “c”, bem como na Lei 7014/96, em seu inciso II, do art. 23. Assim, não cabem as alegações defensivas de que não há previsão legal para aplicação do MVA, para se encontrar a base de cálculo da substituição tributária.

Diante do exposto, considero procedente a infração 04.

No que tange a infração 05, a insurgência do sujeito passivo se restringe ao entendimento, por ele já firmado, quanto a não ocorrência de fato gerador do ICMS nas transferências de mercadorias entre os estabelecimentos da mesma empresa, amparado no argumento de que não existe circulação nos casos de transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa e que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166, de 23/08/1996, segundo a qual: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Quanto à aludida arguição, ocorre que o art. 12, I da Lei Complementar 87/96, e o art. 4º, I da Lei 7014/96, asseguram a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, conforme o art. 2º, I do Regulamento ICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 *in verbis*:

“Art.2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;”

Além do mais, é importante destacar, que as decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte, na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, ou seja, bem como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Assim, considero procedente a infração 05.

Em relação à Infração 06, concernente a cobrança por ausência de comprovação de internamento de mercadorias na zona franca de Manaus, a empresa argumenta que todos os bens e mercadorias elencadas no auto de infração foram efetivamente encaminhadas aos destinatários adquirentes na Zona Franca de Manaus, motivo pelo qual deve ser aplicada a “imunidade” do tributo nestas situações.

No presente caso verifico, mais uma vez, caber literal razão ao autuante quando afirma que apesar de intimado o sujeito passivo não apresentou comprovação de ingresso na Zona Franca de Manaus de algumas notas fiscais, tendo anexado na contestação cópias de CTRC's, cópias de Livros de Registro de Entradas dos destinatários da mercadoria, cópia do Livro Razão e cópias de comprovantes de pagamentos.

Cabe aludir, conforme destaca o autuante, que o Convênio ICMS 36/97 disciplina a formalização do ingresso de mercadorias na Zona Franca de Manaus, conforme disposto na Cláusula décima terceira:

Cláusula décima terceira Decorridos no mínimo 120 (cento e vinte) dias da remessa da mercadoria, sem que tenha sido recebida pelo fisco da unidade federada informação quanto ao ingresso daquela nas áreas incentivadas, será iniciado procedimento fiscal contra o remetente mediante notificação exigindo, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apresentação:

I - da Certidão de Internamento referida na cláusula oitava;

II - da comprovação do recolhimento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais;

III - de parecer exarado pela SUFRAMA e SEFAZ/AM em Pedido de Vistoria Técnica.

§ 1º Apresentado o documento referido no inciso I, o fisco cuidará de remetê-lo à SUFRAMA que, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, prestará informações relativas ao internamento da mercadoria e à autenticidade do documento.

§ 2º Na hipótese de vir a ser constatada sua contrafação, o fisco adotará as providências preconizadas pela legislação.

§ 3º Apresentado o documento referido no inciso II, será de imediato arquivado o procedimento.

§ 4º Apresentado o parecer referido no inciso III, o fisco arquivará o procedimento, fazendo juntada da cópia do parecer enviada pela SUFRAMA nos termos do § 1º da cláusula décima primeira.

§ 5º Esgotado o prazo previsto no caput sem que tenha sido atendida a notificação, o crédito tributário será constituído mediante lançamento de ofício.

Já o art. 598, que remete ao Convênio 36/97, determina que tal comprovação ocorra através da SUFRAMA e a SEFAZ/AM, competentes para atestar o ingresso da mercadoria. Assim, a apresentação de CTRC's, cópias de pagamentos e cópias de livros Registro de Entradas e Razão não são suficientes para comprovação de internamento conforme disposto no Regulamento, bem como a devolução argüida, não cabe acolhimento, na medida em que não foi comprovado, conforme exposto, o ingresso na Zona Franca.

A questão em lume envolve um benefício fiscal que, conforme art. 111 do CTN, exige interpretação restrita, que se faz especialmente necessária, no presente caso, tendo em vista as características dessas operações eivadas de possibilidades de simulação.

Assim, considero procedente a infração 06.

No que diz respeito à infração 07 – a acusação é de que o sujeito passivo teria praticado infração por “falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária.

Quanto a essa infração, está amparada no inciso IV, § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, ao determinar, salvo prova em contrário, por presunção a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto quando se apurar entradas de mercadorias ou bens não registradas.

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas,

consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo § 4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

O autuante realizou o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias contemplando os estoques, as operações de entradas e saídas tributadas, ou seja, foram, acertadamente, contabilizadas as operações de remessa para demonstração e remessa para consignação e os respectivos retornos.

Verifico caber pertinência à nova informação fiscal prestada pelo autuante, após solicitação de diligencia nesse sentido, pois o mesmo alude que: *na infração 07, no exercício de 2007, a empresa contesta a autuação referente aos materiais 0300376, 0401001 e 0300099. Com relação ao material 0300376 a empresa alega que não há nenhuma entrada ou saída para estoque de terceiros e as mercadorias foram devidamente escrituradas e lançadas no livro de Controle de Produção e Estoque e no livro Registro Inventário, porém não apresenta qualquer documento ou justificativa que comprove a divergência.*

Já com relação ao material 0401001, relata o argumento da autuada de que a Nota Fiscal 31.903, de 29/06/2007, refere-se a uma saída classificada no código 6.949 – Outras saídas, e com a especificação no campo observação de que a mesma é uma nota fiscal complementar de preços, porém, afirma que analisando os arquivos magnéticos de 2006 e 2007 não constatou nenhuma saída para o contribuinte destinatário, bem como não consta no referido documento a que nota fiscal está complementando o preço, conforme cópia da NF e cópia do livro Registro da Saídas, anexos às fls. 1286 e 1287.

Afirma que, ainda na infração 07, do exercício de 2007, no material 0300099 – a empresa questiona apenas os valores utilizados para composição do preço médio com base em notas fiscais destinadas para clientes submetidos ao SIMPLES NACIONAL e CLIENTES SUFRAMA decorrem dos descontos concedidos, devidos pelos incentivos das empresas adquirentes, informo que o RICMS no art. 60 inciso II – alínea “a.1”, dispõe:

Art. 60. A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, é:

II - tratando-se de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria:

a) apurando-se omissão de saídas:

1 - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

Quanto ao exercício de 2008, o autuante acolhe, corretamente, parte das alegações do sujeito passivo, conforme segue:

Material 300655 – a autuada contesta a não inclusão no demonstrativo de estoque da nota fiscal 38.482 (nota fiscal de simples remessa em consignação), venho informar que o referido CFOP (remessa em consignação) não foi incluído no levantamento por não se referir a transferência de titularidade da referida mercadoria, portanto, mantenho a autuação com relação a este item.

Com relação ao material 301322 acato as razões apresentadas pela autuada com referência ao estoque inicial, porém ao refazer o demonstrativo o referido item apresentou divergência na saída, conforme novo demonstrativo anexo ao presente PAF.

No material 402196 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Com relação ao material 904944 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Com relação ao material 905168 informo que o referido item não consta do levantamento.

Com relação ao material 900237 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Na divergência apresentada no material 711101, através da nota fiscal nº 45.311 de 18/08/2008 (cópia anexa às fls 1259), a autuada admite a operação e que a mesma foi lançada como outras saídas, sem movimentar o estoque, e ter sido a referida nota devidamente escriturada no livro Registro de Saídas e devidamente tributada, porém, não apresenta justificativa para que a mesma não seja inserida no levantamento, razão pela qual mantenho a infração neste item.

Material 401001 – a fiscalização não considerou a nota fiscal 41.576 de 23/04/2008, acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Com relação à argumentação apresentada referente ao material 301375 acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

Material 401091 – a fiscalização equivocou-se ao não considerar em seu levantamento a nota fiscal 41.576 de 23/04/2008, acato as razões apresentadas pela autuada, ao tempo em que informo haver retificado no demonstrativo.

A infração 07, assim, fica mantida parcialmente, pois, diante do exposto, os valores exigidos no exercício de 2007 ficam inalterados, contudo para o exercício de 2008 coube a modificação, o ajuste, para R\$ 667,31, conforme novo demonstrativo de débito a seguir:

Ocorrência	Vencimento	B.. Calculo	Val. Histórico/Julgado (R\$)
31/12/2007	09/02/2008		2616,31
31/12/2008	09/01/2008		667,31
Total			3.283,62

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108880.02011/11-5, lavrado contra **ESAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.002,07**, acrescido da multa 60% sobre R\$105.718,45 e de 70% sobre R\$3.283,62 previstas no artigo 42, incisos VII, “a” d “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR