

A. I. N° - 279196.0002/12-9
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTE - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 21/03/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-03/13

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 deficiente, 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 insubstancial. 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. Após o refazimento dos cálculos pelo autuante, de acordo com as comprovações apresentadas pelo autuado, o débito ficou reduzido. 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, impõe-se a anulação do lançamento. 5. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Considera-se saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades. Infração subsistente. 6. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE CONTROLE DE PRODUÇÃO E ESTOQUES. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Mantida a exigência fiscal. 7. 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 05 e 08 da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2012, refere-se à exigência de R\$6.247.777,33 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 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 02: 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 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. Valor do débito: R\$819,08. Multa de 60%.

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. Valor do débito: R\$2.635.756,94. Multa de 60%.

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. Valor do débito: R\$129.411,36. Multa de 50%.

Infração 06: 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 07: Deixou de escriturar o livro Registro de Controle de Produção e Estoques, sendo aplicada multa no valor de R\$460,00.

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. Valor do débito: R\$76.678,62. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 171 a 186 do PAF. Suscita preliminar de nulidade alegando cerceamento ao direito de defesa pela falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo, e neste sentido, invoca a Sumula nº 1, do CONSEF, que transcreveu. Diz que em razão do princípio da eventualidade, passa a discorrer sobre o mérito da autuação, alegando que em relação à infração 01, no descriptivo no corpo do Auto de Infração, consta que foram produzidos os Anexos I e I-A, mas somente se verificou a existência do Anexo I, e com base nele é que analisou a acusação fiscal. Alega que o demonstrativo Anexo I relaciona diversas notas

fiscais relativas a entradas de mercadorias, que não se referem a aquisições para uso/consumo e, consequentemente, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas. O defendant informa que elaborou novos cálculos anexos à peça de defesa, com a exclusão dos valores indevidos. Diz que na coluna originalmente intitulada “Descrição do Produto” está explicitando a motivação que orienta a imperiosa exclusão. Entende que restou evidenciado o equívoco na imputação visto que de uma análise pormenorizada das notas fiscais pertinentes, documentos comprobatórios anexos à impugnação, verifica-se que são aquisições para uso/consumo e, portanto, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas tornando irrefutável a argumentação defensiva e parcialmente insubstancial a infração.

Infração 02: Registra, inicialmente, que no descriptivo da infração, no corpo do Auto de Infração, consta que foram produzidos os Anexos II e II-A, mas somente se constatou a existência do Anexo II, e com base nele é que analisou a acusação fiscal. Diz que a fiscalização alegou que o defendant efetuou recolhimento a menos de Antecipação Tributária Parcial, no valor de R\$ 3.000,00, contudo, ressalta que no Anexo II os auditores apuraram 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 comprova mediante o competente DAE que acostou aos autos, resultando no equivocado entendimento de recolhimento a menos no montante de R\$ 3.000,00. Assegura que o valor cobrado resultou de um provável erro de digitação, e que não é subsistente razão pela qual pugna pela sua total improcedência.

Infração 03: Novamente o autuado registra que no descriptivo da infração, no corpo do Auto de Infração, consta que foram produzidos os Anexos III e III-A, mas somente se constata a existência do Anexo III, e com base nele é que analisou a acusação fiscal. Da leitura do Auto de infração em tela, assim como de seus anexos, especialmente o enunciado do demonstrativo Anexo III, diz que se depreende que a aludida infração se reporta à falta de recolhimento do ICMS diferido, relativamente à aquisição de refeições para os seus empregados. Alega que o valor cobrado é inconsistente tendo em vista que houve a inserção de documentos referentes a operações não inclusas no regime de diferimento. O autuado informa que elaborou novo 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 aquisição de refeições em restaurantes. Assim, conforme novos cálculos apresentados, entende que o valor exigido deve ser alterado para R\$ 290,64, referentes ao mês 01/2010.

Infração 04: Alega que esta exação é decorrente de equívocos cometidos pelo fisco na determinação dos valores. Informa que, seguindo rigorosamente a IN 27/09, os autuantes chegaram ao valor do saldo devedor passível de incentivo de forma correta. Com base nestes valores para realização da correção dos cálculos do conta corrente fiscal se verifica 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 demonstra através dos cálculos que o defendant anexou aos autos. Informa que o incentivo fiscal enquadra a empresa na Classe II, da Tabela, I, anexa ao Decreto 8.205/02. Isso significa dilação de prazo para recolhimento de 80% do saldo devedor apurado em relação às operações próprias, vinculadas ao projeto incentivado. Diz que o benefício era determinado pela Resolução 68/2005, que transcreveu, prevendo, além das outras regras do programa, a incidência do incentivo a partir do Piso de Arrecadação R\$ 183.830,22, que é reajustado anualmente. Também informa que a partir do mês de junho de 2008, com a incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., o Conselho Deliberativo do Desenvolve, através da Resolução 061/2008 (transcrita na peça defensiva), e amparada por parecer final da DITRI nº 14947/2007, Processo 11425420076 de 05/12/2007, transferiu o benefício da incorporada para a empresa autuada. Diz que o incentivo que foi concedido à incorporada através da Resolução 090/2005 (que transcreveu), a enquadrava na mesma Classe II e Tabela I, mas não

estabelecia piso de arrecadação e teve sua titularidade transferida para a empresa autuada. Com a transferência do incentivo, pela incorporação, a autuada passou a utilizar o benefício fiscal de acordo com a Resolução 090/2005, conforme autorizado mediante publicação em DOE já citada. O defensor alega que o primeiro equívoco nos cálculos feitos pelo fisco refere-se à dedução do valor do piso inexistente para cálculo da parcela dilatada. Por isso, o autuado apresenta novo demonstrativo com retificação das falhas apontadas, relativamente ao período de janeiro de 2009 a janeiro de 2010. Diz que o segundo equívoco diz respeito à apuração dos débitos referentes a fevereiro e março de 2010 visto que a filial – estabelecimento objeto da ação fiscal, inscrição no cadastro estadual nº 49984797, somente realizou operações até janeiro de 2010. No entanto, 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.

Para comprovação e comparação dos valores, juntou aos autos cópia das folhas do livro de Registro de Apuração do ICMS referentes aos dois períodos de apuração (janeiro/2009 a janeiro/2010), ressaltando que não foram juntadas cópias autenticadas porque os executantes da ação fiscal deixaram de cumprir o estabelecido no art. 317, V, do RICMS vigente à época do inicio dos trabalhos fiscais. Amparado pelo princípio da autonomia dos estabelecimentos, afirma que os valores cobrados referentes aos períodos de apuração 02/2010 e 03/2010, são inexistentes visto que pertinentes a outro estabelecimento não autuado. O autuado anexa planilha relativamente a apuração do conta corrente fiscal com a inclusão do correto valor da parcela dilatada confrontado com os recolhimentos efetuados. Requer a improcedência desta infração.

Infração 05: O defensor alega que esta infração é derivada da Infração 4, tendo como período de apuração o mês 03/2010. Diz que neste caso, também se 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. Entende que a falta de recolhimento do ICMS dilatado no prazo regulamentar não pode ser imputada ao estabelecimento objeto desta ação fiscal, de inscrição nº 49.984.079, porque o mesmo não apresentou movimentação no referido mês 03/2010. O autuado reitera todos os argumentos suscitados ao contestar a Infração 4, e pugna pela total improcedência desta infração.

Infração 06: Registra que no descriptivo da infração, no corpo do Auto de Infração, consta que foram produzidos os Anexos VI e VI-A, mas somente se constatou a existência do Anexo VI, e com base nele é que analisou a acusação fiscal. Frisa que o estabelecimento objeto da fiscalização encerrou as suas atividades conforme pedido de baixa da inscrição cadastral feito à SEFAZ/BA levando ao entendimento da suposta falta de recolhimento do ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final. Informa que ambos os estabelecimentos, a filial e a matriz, por força da alteração contratual ocorrida em 2008 (cópia anexa na documentação referente a Infração 4), funcionavam no mesmo endereço – Rua Eurico Temporal, 400, Valéria, Salvador, Bahia, e que não houve saída de mercadoria, que se constituiria em fato gerador do ICMS. Diz que estabelecimento filial teve cancelado o seu CNPJ, caracterizando a sua extinção, consequentemente, 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. Diz que o próprio autuante, ao caracterizar a inexistente infração, enquadrou no art. 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. Alega 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. Entende que a natureza jurídica da operação em tela se aplica o conceito de sucessão e, está

sendo cobrado ICMS sobre operação não tributável, incabível ao caso em concreto sendo imperiosa a sua improcedência.

Infração 07: O defensor alega que a falta de escrituração do livro de Registro de Controle de Produção e Estoques e a consequente impossibilidade de atendimento às intimações, deveu-se ao fato de a empresa autuada ter escrito e colocado à disposição do fisco, relatórios diários de produção, que continuam à disposição da fiscalização. Entende que os mencionados documentos possibilitariam ao fisco realizar um trabalho de melhor qualidade em razão das informações ali contidas e que permitiriam uma análise numérica de todo o processo produtivo. Diz que o livro de Registro de Controle de Produção e Estoques é um documento obsoleto e está caindo em desuso. Desta forma o defensor afirma que resta imperioso ponderar indevida a aplicação da multa porque, em nenhum momento deixou de satisfazer às necessidades do fisco no que diz respeito ao conhecimento de suas operações e movimentação diária razão pela qual requer sua improcedência.

Infração 08: Registra que no descritivo da infração, no corpo do Auto de Infração, consta que foram produzidos os Anexos VII-A, VII-B e VII-C, mas somente constatou a existência dos Anexos VII-A e VII-B, e com base neles é que analisou acusação fiscal. Diz que a acusação de recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, pode ser traduzida como de venda para micro e pequenas empresas, com a aplicação da alíquota de 7% ao invés da de 17%, conforme faculta o Artigo 51, I, “c”, do RICMS vigente à época dos fatos, sem o cumprimento da exigência prevista no § 1º, deste mesmo artigo, que transcreveu. Alega que a autuação refere-se aos exercícios de 2009 e 2010. Contudo, os demonstrativos Anexos VII-A e VII-B, elaborados pelos autuantes, estão em desconformidade com a regra, portanto são nulos de pleno direito visto que não contêm elementos suficientes para demonstrar com segurança a motivação da infração em tela, configurando um verdadeiro cerceamento de defesa. Entende que os aludidos anexos não se prestam ao caso em concreto visto que ao compulsar, por amostragem (face ao grande volume de notas fiscais), as notas fiscais de venda do autuado, pode-se depreender que o seu *modus operandi* está totalmente em conformidade com as exigências contidas no dispositivo legal anteriormente mencionado. Diz 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 que comprova numericamente 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. Salienta que em um país de livre economia de mercado e de livre negociação não se pode, sequer, fazer vinculações de preços.

Por fim, o defensor pugna pelo acolhimento da preliminar suscitada e, no mérito, roga pela improcedência do Auto de Infração, protestando provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em lei.

O autuante Ricardo Tabchoury de Barros Santos prestou informação fiscal às fls. 432 a 440 dos autos. Quanto à alegação do autuado de que não recebeu cópia do Anexo VII-C, esclarece que o referido Anexo VII-C é uma coletânea de cópias reprográficas de notas fiscais de saída que os autuantes receberam do autuado, após regulamentar intimação. Os documentos originais correspondentes sempre estiveram e continuam a estar na posse do autuado, não havendo que falar em cerceamento de direito de defesa por falta de acesso aos mesmos. Entretanto, se outro for o entendimento dos julgadores, pugna pela entrega de tais cópias ao autuado, mediante recibo, com reabertura do prazo de defesa. Em relação ao argumento de que houve cerceamento de direito de defesa por “falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo” “quando da leitura dos Anexos VII-A e VII-B”, informa que os referidos Anexos VII-A e VII-B foram

elaborados com criterioso cuidado didático, conforme detalhadamente explicado em cada cabeçalho de coluna. Diz que a base de cálculo é o valor da operação, não havendo lugar para dúvida. A razão da infração foi a aplicação de alíquota incorreta (de 7%) para valores excedentes aos que fazem jus a tal benefício. Diz que pode causar espécie ao autuado, é que o sistema de lavratura de Auto de Infração – SEAI exige que seja informado apenas o valor de ICMS devido a cada período, além da alíquota aplicável, e o mencionado sistema calcula a base de cálculo “de trás para frente”, informando-a no demonstrativo principal do auto de infração.

Em relação à preliminar de decadência, alegada pelo autuado, transcreve o art. 173, inciso I do CTN, e o art. 965, I do RICMS/BA. Diz que o referido art. 965 é mera repetição do artigo 173 do CTN, e que todos os débitos das infrações cujas datas de ocorrência estiverem compreendidas entre os meses de agosto e novembro de 2006 devem ser considerados perfeitamente válidos e eficazes, portanto procedentes.

No mérito, quanto às infrações 01, 02 e 03, informa 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, material de escritório no caso do uso/consumo, produtos terceirizados para a Antecipação Parcial, e gêneros alimentícios. Ao solicitar uma amostragem dos documentos fiscais em questão, não foram detectadas as notas apresentadas pelo impugnante na defesa, o que fez crer que todos os documentos faziam parte das respectivas operações. Entretanto, diante dos demonstrativos apresentados e cópias das notas fiscais pelo defensor, acata os valores apresentados como devidos, que indicou na fl. 435 do PAF.

Quanto à infração 04, o autuante diz que reconhece 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. Informa que os cálculos foram refeitos conforme demonstrativo que elaborou à fl. 435. Diz que o demonstrativo referente aos demais meses não foram apresentados, porque concorda com os valores informados pelo autuado em sua defesa. Em seguida, transcreve os novos valores após serem recalculados, inclusive os apresentados pelo contribuinte.

Infração 05: Informa que após refazer os cálculos referentes à infração 04, ocorre 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. Em seguida, indica os valores remanescentes, juntado a estes os valores apresentados pelo contribuinte em sua defesa à fl. 349 do presente PAF.

Infração 06: Diz que o autuado alegou, de forma equivocada, que o crédito tributário reclamado corresponde à operação de transferência feita pela incorporada para a sua sucessora, quando 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. Esclarece 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. Transcreve o art. 125, inciso VI do RICMS/97.

Infração 07: Diz que o autuado, em sua defesa, simplesmente alega que não escritura o livro fiscal, por considerá-lo em desuso, e com isso descumpre claramente a legislação vigente. Diante da declaração explícita por parte do defensor, de ter infringido as normas legais, entende que resta apenas que o autuado pague a multa cobrada pelo descumprimento da obrigação acessória.

Infração 08: Esclarece os motivos da autuação e diz que em relação ao argumento do autuado de que não constatou a existência do Anexo VII-C, o referido Anexo VII-C é uma coletânea de cópias reprográficas de notas fiscais de saída que os autuantes receberam do autuado após regulamentar intimação. Os documentos originais correspondentes sempre estiveram e continuam a estar na

posse do autuado, inexistindo cerceamento ao direito de defesa por falta de acesso aos mesmos. Entretanto, se outro for o entendimento dos julgadores, pugna pela entrega de cópia de tais cópias ao autuado, mediante recibo, com reabertura do prazo de defesa. Quanto às alegações defensivas, o autuante informa que, habitualmente, o autuado majora bastante o preço unitário da mercadoria quando da venda para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte de modo que, mesmo aplicando o desconto alegado, ainda acaba vendendo para estes (que deveriam ser os verdadeiros contemplados pelo benefício) por um preço ainda maior do que vende, no mesmo dia, para contribuintes enquadrados na condição “Normal”. Para evidenciar tal situação, analisa alguns casos concretos já documentados na peça inicial (pelo acostamento de cópias de notas de saída fornecidas pela autuada e que, por questão de organização do processo, decidiu chamar de Anexo VII-C). Citou exemplos. Quanto à política de preços praticada pelo autuado, o autuante esclarece que considera legal e constitucional o livre arbítrio do autuado na determinação do preço pelo qual ele faz vendas a quaisquer de seus clientes. Se a autuada opta por vender para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte por valores superiores aos praticados nas vendas para contribuintes normais, ela tem todo o direito de fazê-lo, e a Fiscalização nunca poderá questionar tal ato volitivo. Diz que ficou claro no presente processo que, se o autuado opta em não repassar um desconto real ao contribuinte de menor capacidade econômica, ele não está satisfazendo a condição legal imposta para fruição do benefício (conforme caput e inciso II do parágrafo 1º do artigo 51 do RICMS), devendo, nesse caso, utilizar-se da alíquota regulamentar de 17%, o que não fez, incorrendo em infração à legislação.

O autuante finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, por ter acatado parcialmente os argumentos apresentados pelo defendant quanto às infrações 01, 02, 03, 04 e 05, com manutenção, na íntegra, das infrações 06, 07 e 08.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 445 a 452 dos autos. Sobre a preliminar de nulidade, pondera que ao explicar sobre a forma de apuração da base de cálculo e o porquê da suposta infração, os Auditores não conseguem elidir a preliminar de nulidade, vez que explicam como encontraram esses os valores da base de cálculo sem, contudo, fundamentar a razão para a utilização dos valores das notas fiscais emitidas. Diz que a legislação baiana não prevê possibilidade de arbitramento da base de cálculo na ocorrência de venda com valores diferenciados por tipo de adquirente, quantidades compradas, formas de pagamento, etc. A primeira opção determinada pela legislação para a formação da base de cálculo é o valor da operação e os autuantes em nenhum momento provam que esses valores não são os reais. Entende que os autuantes promoveram um verdadeiro arbitramento, não da base de cálculo, mas da metodologia de incidência do ICMS razão pela qual, entende que a nulidade em relação à infração 5 persiste, agora por descumprimento do devido processo legal.

Sobre a preliminar de decadência, o defendant reafirma que os lançamentos referentes ao período compreendido entre 30/01/2007 à 30/04/2007 estão fulminados pela decadência, por entender que, tendo sido lavrado o Auto de Infração em 31.05.2012 decaiu em seu direito de constituição do crédito tributário com fundamento no art. 150, §4º, do CTN. Salienta que os autuantes insistem em embasar sua informação em dispositivos legais não aplicáveis ao presente lançamento, conforme decisões de instâncias superiores do judiciário brasileiro e que já constituem jurisprudência. O impugnante reitera suas considerações e mantém posição externada na peça de defesa.

No mérito, quanto à Infração 01, diz que os autuantes reconhecem os argumentos defensivos, exceto para os documentos em que não foram encontradas razões para o não pagamento, nos meses e valores que especificam com o que o autuado concorda. Todavia, observa que em busca do valor efetivamente não recolhido, constatou que nos meses de julho, agosto e setembro de 2009, os recolhimentos foram feitos em valores superiores aos devidos. Entende que é imperioso o abatimento dos valores positivos ocorridos, conforme tabela que elaborou à fl. 447. Afirma que o valor líquido devido para a infração subsistiria apenas o total de R\$ 17.526,60. Pondera que na informação fiscal, os auditores dizem que reconhecem serem devidos os valores que transcrevem

relativos às infrações 1, 2 e 3 e nada mencionam em relação à **infração 2**, depreendendo-se que compreenderam o erro de digitação denunciado na peça inaugural, “zerando” o valor cobrado.

Em relação à infração 03, diz que os autuantes ratificam o cálculo apresentado pela defesa considerando como devido apenas o valor de R\$ 290,64, referente ao mês 01/2010.

Infração 04: Informa que os autuantes entenderam a retirada do piso e refizeram, no corpo da própria informação fiscal, o demonstrativo de apuração da parcela dilatada e dos valores porventura devidos em relação aos meses de janeiro, maio, junho, agosto e dezembro/2009, afirmando que concordam com os demais valores informados na defesa. Diz que os autuantes listaram os valores que consideram devidos, relativos aos meses que demonstram cálculos e anexam valores relativos aos meses 04/09, 07/09, 09/09 e 10/09, divergentes dos valores que a autuada apresentou na defesa e sem qualquer esclarecimento. Salienta que em vista da declaração anterior das autoridades fiscais, só resta concluir que tenham sido inseridos por equívoco. Sobre os valores calculados para os meses com demonstrativos anexados no corpo da Informação Fiscal, refuta com veemência, afirmando que verificou equívocos que influenciam no cálculo, quais sejam:

- a) Os valores recolhidos nos meses de janeiro, maio, junho e agosto estão divergentes, para menos, daqueles que foram indicados no demonstrativo da defesa, acompanhado dos respectivos DAEs que comprovam da sua pertinência. Elabora quadro demonstrativo das divergências constatadas e diz que somente os valores a menos zeram as diferenças que indicam para os meses de janeiro, maio e agosto.
- b) Para os meses de junho e dezembro, o equívoco tem outra origem: ao calcularem o percentual da parcela dilatada de 80%, encontraram valores indevidos, conforme abaixo se descreve:

Afirma que em relação aos valores cobrados na Infração 5 sobrevivem apenas os calculados para os meses a de janeiro 2009 a janeiro de 2010. Mas observa que na apuração demonstrada na impugnação à defesa localizou recolhimentos a mais e a menos do ICMS nos diversos meses. Entende que os valores recolhidos a mais nos meses anteriores aos que apresentaram recolhimento a menos devem ser abatidos para compensação, tudo com essepe na busca da verdade material.

Infração 05: Alega 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.

Infração 06: O defendente apresentou o entendimento de que o conteúdo da informação fiscal sobre este item da autuação não é válido porque diz respeito ao recolhimento do imposto sobre fato passível de incidência, que não é o caso em foco. Mantém as alegações defensivas.

Infração 07: O autuado diz que não concorda com a simplista conclusão dos autuantes no que tange a esta infração. Reitera as razões defensivas.

Infração 08: O defendente informa que apresentou um demonstrativo por amostragem por entender que o que se está discutindo no caso em concreto é a metodologia e não a totalidade dos cálculos. Diz que a amostragem é técnica normalmente utilizada em auditoria para demonstração da consistência dos fatos. Afirma que os autuantes reconhecem que o autuado cumpriu com a condição prevista na legislação para a concessão do desconto, quando transcrevem parcialmente um parágrafo da impugnação, a saber: “o preço unitário das mercadorias recebe o desconto que está consignado no campo de informações, correspondente a 10,7561%”. O defendente pondera que, se os preços – com e sem desconto – fossem iguais, poderia ser levantada uma hipótese de suposta fraude, e que a intenção do legislador em conceder o desconto com redução de alíquota

para o pequeno adquirente é melhorar a sua competitividade no mercado, haja vista que um dos grandes problemas dos pequenos é a incapacidade de promover aquisições em quantidades que possibilitem redução de preços, fato todo dia discutido em fóruns específicos ou até na mídia e que é preocupação das entidades defensoras do micro e pequeno negócio. Diz que a acusação fiscal não merece ser acolhida, porque está calcada em suposições não presentes na livre concorrência de mercado e se constitui num arbitramento de valores não previsto na legislação.

Finaliza pedindo que sejam acolhidas as preliminares suscitadas e, no mérito, roga pela improcedência do Auto, considerando as exclusões que foram comprovadas indevidas. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em lei.

À fl. 456 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que os autuantes prestassem nova informação fiscal acerca das alegações defensivas, analisassem os pontos controversos e elaborassem novo demonstrativo de débito, apurando os valores remanescentes em cada infração, tendo em vista que foram acatadas diversas alegações apresentadas pelo defendant.

Também foi solicitado que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelos autuantes, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento, os autuantes prestaram nova informação fiscal à fl. 458, dizendo que na manifestação apresentada às fls. 445/452 o autuado não apresentou nada de novo e relevante capaz desqualificar os argumentos apresentados e os valores apurados nos demonstrativos dos autuantes em sua manifestação de fls. 432/440. Dizem que o defendant apenas inseriu tabelas com valores oriundos de compensações feitas de forma indevida, e que os valores devidos estão em conformidade com a legislação vigente, se encontram parcialmente reconhecidos e foram recalculados pelos autuantes. Pedem a procedência parcial do presente Auto de Infração, dizendo que acataram parcialmente os argumentos defensivos, relativamente às infrações 01, 02, 03, 04 e 05. com a manutenção na íntegra das infrações 06, 07 e 08.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 463 a 469, reiterando todos os termos das alegações defensivas anteriormente apresentadas. Afirma que a nova informação fiscal não encontra respaldo no RPAF, estando desprovida das exigências básicas constantes no RPAF/BA. Salienta que em relação à infração 08, os autuantes reconheceram que o defendant cumpriu a condição prevista na legislação para a concessão do desconto e tentam justificar a exação sob o frágil argumento de que, embora o desconto seja dado, é feito sobre um valor ainda maior que o das vendas efetuadas para contribuintes inscritos no regime normal. Entende que a acusação fiscal está calcada em suposições e o levantamento fiscal constitui um arbitramento da valores não previstos na legislação. Comenta sobre o art. 937 do RICMS/97 e diz que na formação do preço são levados em consideração a quantidade do pedido, logística de entrega e prazo de pagamento. Diz que uma empresa que compra 100 colchões certamente tem maior poder de negociação do que uma empresa que compra 2 ou 3. Também alega que as diferenças de preços são praticadas em decorrência de um volume de compra e nada tem a ver com discriminação de porte do adquirente, sendo o mérito definido pelo volume da compra e forma de pagamento. Assegura que uma amostragem de notas fiscais de venda de produto referente ao exercício de 2009 exemplifica claramente que não há discriminação quanto ao porte da empresa. Cita exemplos e informa que, para corroborar o seu entendimento colaciona tabela de preços praticados pela empresa, que é distribuída para os vendedores com o fim precípuo de demonstrar sua política de vendas. Cita outros exemplos, assegurando que não há dúvidas de que compras maiores alcançam sempre melhor condição de preço, e que a lei determina a mera exigência do registro em nota fiscal do desconto concedido, inexistindo imposição legal ou interferência governamental quanto à prática de preços. Diz que a intenção da norma é diminuir as desigualdades impostas pelo mercado e não igualar a condição financeira de aquisição, salientando que na economia brasileira, a regra que rege o mercado é o da livre concorrência.

Pede que sejam acolhidas as preliminares suscitadas, e no mérito, reitera todos os termos das peças defensivas e requer a improcedência do presente Auto de Infração, considerando as exclusões que foram comprovadas indevidas. Pugna pela juntada dos documentos apresentados com a manifestação e protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em lei.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que não constatou a existência do Anexo VII-C, mas o autuante esclareceu na informação fiscal que o mencionado anexo diz respeito a cópias de notas fiscais primeiras vias, pertencentes ao autuado, sendo de seu conhecimento. Por isso, não houve necessidade de fornecer as respectivas cópias ao defendente, não ficando caracterizado cerceamento de defesa.

Da mesma forma, os anexos II-A, III-A e IV-A são cópias de notas fiscais que foram acostadas aos autos pelo autuante para comprovar o levantamento fiscal realizado.

Quanto ao argumento do autuado de que não houve explicitação da forma de apuração da base de cálculo, invocando a Súmula nº 1 do CONSEF, não acato tal alegação, haja vista que os demonstrativos elaborados pelo autuante são compreensíveis, constando os dados relativos ao cálculo do imposto exigido.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, exceto quanto aos itens 05 e 08 da autuação.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos a partir de 2009, foi alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e

definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2009 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2014. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 13/06/2012, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

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, consequentemente, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas. O defendant 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 defendant, 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, inexiste controvérsia entre o demonstrativo do defendant e as conclusões do autuante, nos valores por ele indicado à fl. 435 dos autos.

O defendant 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:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
28/02/2009	09/03/2009	474,01
31/03/2009	09/04/2009	3.926,13
30/04/2009	09/05/2009	4.697,45
31/05/2009	09/06/2009	2.303,13
30/06/2009	09/07/2009	1.342,00
30/09/2009	09/10/2009	922,73
31/10/2009	09/11/2009	2.119,01
30/11/2009	09/12/2009	1.857,08
31/12/2009	09/01/2010	390,11
31/01/2010	09/02/2010	2.180,94

TOTAL	20.212,59
-------	-----------

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 defensor 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 defensor, o autuante acatou os argumentos defensivos. Assim, não ficou comprovada a existência de débito neste item da autuação. Infração insubstancial.

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 defensor 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 feitos, 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. Segundo 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 defensor 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 feitos 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 a autuada 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, inexiste 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.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2009	09/02/2009	110,62
30/04/2009	09/05/2009	139.132,60
31/05/2009	09/06/2009	2.102,53
30/06/2009	09/07/2009	222.894,12
31/07/2009	09/08/2009	10.995,32
31/08/2009	09/09/2009	1.955,33
30/09/2009	09/10/2009	12.937,01
31/10/2009	09/11/2009	11.189,43
31/12/2009	09/01/2010	290.694,62
31/01/2010	09/02/2010	3.371,92
TOTAL		695.383,50

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.

Observo 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 insubstancial 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 defensor 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.

Observo 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 defensor, 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 07: Deixou de escriturar o livro Registro de Controle de Produção e Estoques, sendo aplicada multa no valor de R\$460,00.

O defendant alega que a falta de escrituração do livro de Registro de Controle de Produção e Estoques e a consequente impossibilidade de atendimento às intimações, deveu-se ao fato de a empresa autuada ter escriturado e colocado à disposição do fisco, relatórios diários de produção, que continuam à disposição da fiscalização. Entende que os mencionados documentos possibilitariam ao fisco realizar um trabalho de melhor qualidade em razão das informações ali contidas e que permitiriam uma análise numérica de todo o processo produtivo.

Embora o defendant tenha apresentado o entendimento de que o livro de Registro de Controle de Produção e Estoques esteja obsoleto e caindo em desuso, ainda continua em vigor.

No caso da falta ou atraso na escrituração de livro fiscal a multa prevista é de R\$460,00, conforme art. 42, inciso XV, alínea “d” da Lei 7.014/96, tendo em vista que ficou caracterizado que o autuado não procedeu ao registro no livro.

O autuado reconhece que não escriturou o mencionado livro e tal fato resulta na aplicação da multa em decorrência da falta de escrituração do livro fiscal. 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:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

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 defensor. 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 defensor 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 autuantes 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 defensor 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.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	20.212,59	-
02	IMPROCEDENTE	-	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	290,64	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	695.383,50	-
05	NULO	-	-
06	PROCEDENTE	3.302.425,75	-
07	PROCEDENTE	-	460,00
08	NULO	-	-
T O T A L	-	4.018.312,48	460,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, 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 autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.018.312,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso 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, inciso XV, alínea “d”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR