

A. I. Nº. - 207090.0006/10-4
AUTUADO - DURIT BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 04. 12. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0250-01/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, comprovou inexistir imposto a recolher, portanto, descumprimento da obrigação tributária principal imputada neste item da autuação. Entretanto, restou comprovado que o contribuinte descumpriu obrigação acessória, haja vista que escriturou o imposto devido incorretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, inclusive que o livro Registro de Apuração do ICMS apresentado na defesa foi elaborado posteriormente à fiscalização. Diante da insubsistência da infração por descumprimento de obrigação principal, contudo, comprovado o descumprimento de obrigação acessória foi aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “b”, da Lei nº. 7.014/96, com fulcro no art. 157 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.627/99. Infração parcialmente subsistente. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO.** Operações de saídas internas. Tributação a 7% quando deveriam ser tributadas a 17%. Infração acatada. **3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ABATIMENTO DO IMPOSTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO AO ESPORTE AMADOR DO ESTADO DA BAHIA – FAZATLETA.** O autuado utilizou cumulativamente o benefício, conforme a acusação fiscal, haja vista que utilizara o abatimento de 5% sobre o valor do “ICMS a recolher” referente às operações de entradas de mercadorias importadas do exterior e antecipação parcial, conforme consta nos DAES acostados aos autos e, posteriormente, sobre o valor do ICMS apurado mensalmente no livro Registro de Apuração do ICMS, ultrapassando o limite máximo de 5% (*cinco por cento*) do valor do ICMS a recolher, conforme estabelecido no §1º do art. 1º da Lei nº 7.539/99. Infração subsistente. **4. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. MULTA.** O procedimento adotado pelo contribuinte está em conformidade com a legislação do Programa FAZATLETA. Ademais, o dispositivo da multa indicada no Auto de Infração foi revogado pela Lei nº. 10.847 de 27/11/2007, efeitos a partir de 28/11/2007, sendo, desse modo, inaplicável ao caso da lide. Infração insubsistente

b) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. ATIVO IMOBILIZADO. Infração reconhecida.

c) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. c-1) AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração não impugnada. c-2) MATERIAL DE CONSUMO. A assertiva da autuante de que os indícios sugerem a utilização dos materiais em reforma das instalações e não para elaboração de embalagens não se apresenta suficiente para caracterizar a ilicitude imputada ao autuado. A acusação fiscal deveria estar acompanhada de elementos hábeis de prova para caracterizar a irregularidade atribuída ao contribuinte. A existência de indícios não confirma o cometimento da ilicitude atribuída ao autuado. Infração insubsistente. c-3) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS JUNTO A CONTRIBUINTE DO SIMPLES. Infração acatada.

5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EFETUADA POR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Esta JJF converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito revisasse o levantamento. Foi solicitado que o diligenciador excluísse as prestações de serviços de transporte – de pessoas - intramunicipal, isto é, ocorridas dentro do município de Simões Filho, haja vista que o ICMS não incide em tais prestações por se tratar de prestações sujeitas ao imposto de competência municipal (ISS) e mantivesse apenas os valores atinentes às prestações de serviços de transporte – de pessoas – intermunicipal. A diligência foi cumprida. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente.

6. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, por solicitação desta JJF, trouxe como resultado a comprovação do internamento dos produtos acobertados por parte das notas fiscais arroladas na autuação. Excluídos do levantamento os valores atinentes às notas fiscais cujo internamento dos produtos restou comprovado. Infração parcialmente subsistente.

7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, por solicitação desta JJF, constatou a existência de equívocos no levantamento, bem como a incorreta classificação pelo contribuinte de aquisição como ativo imobilizado quando se trata de materiais de uso/consumo. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2010, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$123.722,65, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de maio de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.955,18, acrescido da multa de 60%;
2. Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, abril a agosto e outubro a dezembro de 2006, janeiro a junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$7.336,85, acrescido da multa de 60%. Consta que foi utilizada a alíquota de 7%, ao invés da alíquota de 17%, nas vendas de mercadorias a contribuintes que não se encontravam enquadrados na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, na época da realização das operações;
3. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal ao Esporte Amador do Estado da Bahia – FAZATLETA, disposto na Lei 7.539/99, não sendo mediante fraude ou dolo, nos meses de fevereiro a dezembro de 2006 e dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$47.253,82, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte utilizou cumulativamente o benefício fiscal do Fazatleta, para abater o imposto devido nas operações de importação, antecipação parcial e do recolhimento do ICMS normal, ultrapassando mensalmente o limite de 5% do ICMS devido em cada período de apuração, conforme prescrito na Portaria 288/02 e no art. 11 do RICMS/BA;
4. Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria cuja entrada no estabelecimento ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal. Foi aplicada a multa de 40% sobre o valor do ICMS utilizado de R\$3.695,61, referente à ocorrência de 30/11/2007, sendo aplicada a multa de 40%. Consta que o contribuinte, invocando o título de Incentivo Fiscal Fazatleta nº. 300/07, utilizou-se do benefício ainda no mês da sua concessão, contrariando o art. 17 da Lei nº. 8.807/03, que prevê que a utilização se dê a partir do mês subsequente ao que tenha ocorrido o pagamento ao proponente;
5. Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$24.872,52, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte adquiriu serviço de transporte de pessoas, de empresa transportadora sem inscrição no Cadastro Estadual. É esclarecido que o transporte de/para o município de Simões Filho foi excluído do cálculo, por se tratar de transporte municipal;
6. 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 a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA [Superintendência da Zona Franca de Manaus], nos meses de fevereiro, março, julho e agosto de 2006, abril, junho, outubro e dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$8.477,08, acrescido da multa de 60%. Consta que apesar de intimado, o contribuinte não apresentou a comprovação do internamento das mercadorias em Zona de Livre Comércio, referente às vendas realizadas;
7. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, junho, agosto e novembro de 2006, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e outubro a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$2.536,54, acrescido da multa de 60%. Consta que o ICMS lançado a débito, no LRAICMS foi abatido, mês a mês, antes de se apurar o imposto devido;

8 Utilizou crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$19.024,72, acrescido da multa de 60%. Consta que a planilha CIAP foi reconstituída, de 2001 a 2007, com análise de cada nota fiscal e de cada produto;

9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de junho de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$10.338,25, acrescido da multa de 60%. Consta que a planilha CIAP foi reconstituída, de 2001 a 2007, com análise de cada nota fiscal e de cada produto. É acrescentado que o contribuinte pretendeu utilizar-se de um crédito extemporâneo de CIAP, no valor de R\$10.338,25, o qual revelou-se indevido;

10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de janeiro de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$321,78, acrescido da multa de 60%;

11 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, no mês de maio de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$127,67, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal oriundo de fornecedor optante pelo Simples Nacional.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 1.678 a 1.689 - vol. V), consignando que sempre adotou a premissa de não sonegar qualquer valor devido ao erário, o que pode ser constatado na perfeita escrituração fiscal e contábil e, principalmente, nos tempestivos pagamentos dos tributos devidos. Aduz que, entretanto, ocorrem falhas, e que antes da elaboração da impugnação, examinou a autuação, constatando que são procedentes as infrações 02, 08, 09 e 11, já tendo providenciado o respectivo pagamento, conforme doc. 02, fls. 1.696/1.697.

Entende ter demonstrado a sua boa-fé, apenas impugnando os itens cuja acusação não está de acordo com a norma tributária e com a respectiva jurisprudência administrativa. Passa, em seguida, a tratar a respeito de cada uma das imputações.

Infração 01 – salienta que está sendo exigido ICMS decorrente da diferença entre o saldo devedor supostamente escriturado em maio de 2007 (R\$18.023,79) e o valor pago (R\$16.068,61). Ressalta ter estranhado esta infração, pois jamais recolheu imposto inferior ao escriturado. Esclarece ter constatado que, na verdade, houve um erro de impressão do livro Registro de Apuração do ICMS, pois o saldo devedor correto é efetivamente de R\$16.068,61.

Visando comprovar este fato, anexa a DMA do referido período e o livro Registro de Apuração do ICMS (doc. 03 – fls. 1.698 a 1.705). Requer a improcedência da infração 01.

Infração 03 – apresente o seu inconformismo contra a acusação de uso indevido do abatimento do FAZATLETA, sob a alegação que teria ultrapassado o limite máximo de aproveitamento de 5% do ICMS devido em cada período de apuração, uma vez que jamais desrespeitou o referido teto, sempre abatendo o crédito do Fazatleta naquele limite em cada operação, seja importação, antecipação parcial ou ICMS normal.

Frisa que se individualmente o limite de 5% era obedecido, por consequência, o mesmo aconteceu com o limite global de 5%, o que se constitui numa lógica matemática. Realça que mesmo revisando os cálculos da Fiscalização, não identificou como se chegou à conclusão de violação do percentual máximo de aproveitamento do crédito. Assim, para aclarar qualquer dúvida, anexa um demonstrativo do aproveitamento do crédito do FAZATLETA, que revela o respeito ao percentual de 5% do ICMS devido. Junta, também, os Títulos de Incentivo Fiscal, o Resumo da Apuração do ICMS e os DAES pagos, comprovando que o benefício foi devidamente utilizado (doc. 04 – fls. 1.706 a 1.848).

Pugna pela improcedência da infração 03.

Infração 04 – transcreve o art. 17 do Decreto nº. 8.807/03, para asseverar que não violou o benefício do FAZATLETA, consubstanciado no Título nº. 300, de 27/11/2007, para abater o ICMS de novembro, vencido em 09/12/2007. Para tanto, frisa que o legislador valeu-se da expressão “mês subsequente”, que não se confunde com “competência subsequente” ou, na linguagem específica do ICMS, “período de apuração subsequente”.

Lembra que na linguagem técnica do direito tributário, o período de ocorrência é conhecido como período de apuração, que, no caso do ICMS, é mensal. Já a expressão mês revela apenas um aspecto temporal, uma parcela específica do ano-calendário. Assim, ao afirmar que o benefício pode ser utilizado no mês subsequente, o legislador não o está condicionando ao pagamento dos fatos geradores ocorridos no mês subsequente (competência). Entende que ao utilizar o benefício em 09/12/2007, mês subsequente à concessão do benefício (novembro), não violou o citado dispositivo, pois somente haveria violação se a concessão tivesse ocorrido entre 1º e 09 de dezembro.

Assim, por ausência de violação às regras do FAZATLETA, requer a improcedência da multa.

Destaca que mesmo que o CONSEF interprete a expressão “mês subsequente” como se fosse “competência subsequente”, deve reconhecer também que na forma como está redigido, o texto do art. 17 gera dubiedade de entendimentos, devendo prevalecer, portanto, o princípio geral do *in dubio pro reo*, previsto no art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), mantendo-se a interpretação mais favorável ao contribuinte, isto é, que “mês” reporta-se apenas à parcela do ano-calendário, não correspondendo ao “período de apuração”.

Também sob este fundamento, diz que a infração é improcedente.

Infração 05 – afirma que a Fiscalização incorreu em contradição e equívoco ao apurar a base de cálculo, o que torna nula a infração, tendo em vista que basta ler a planilha anexa (doc. 05 – fls. 1.849 a 1.857), que foi utilizada pela autuante para levantar a base de cálculo, para constatar que possuía empregados residentes dentro e fora do Município de Simões Filho, como em Salvador, Camaçari e Lauro de Freitas.

Alega que na mesma planilha está relacionado o valor pelo transporte dos funcionários, que inclui o transporte dos funcionários residentes na área urbana de Simões Filho, o que significa que o valor do serviço é composto de duas parcelas: serviço de transporte urbano de passageiros (ISS) e serviço de transporte intermunicipal de passageiros (ICMS). Aduz que contradizendo o quanto relatado no Auto de Infração, o Fisco utilizou como base de cálculo do ICMS o valor total do serviço, inclusive aquele prestado dentro de Simões Filho, sujeito ao ISS.

Diz que não há como se alegar desconhecimento deste fato, pois a planilha apresentada é suficientemente clara, razão pela qual não concorda com o recolhimento do imposto sobre uma base de cálculo manifestamente incorreta, que inclui serviço sujeito ao imposto municipal.

Observa que o CONSEF tem jurisprudência firmada no sentido da nulidade do lançamento de ofício, por falta de certeza e liquidez da base de cálculo, utilizando-se do Acórdão JJF nº. 0943/01. Acrescenta que de acordo com o transcrito art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Assim, devido à falta de certeza e liquidez da base de cálculo apontada nessa infração, que manifestamente inclui serviço sujeito ao ISS, requer a sua nulidade.

Infração 06 – concorda que durante a ação fiscal não conseguiu comprovar o internamento de produtos industrializados enviados à Zona Franca de Manaus. Afirma que, entretanto, está reunindo documentos necessários para comprovar a regularidade da isenção, os quais serão apresentados no curso do processo administrativo fiscal e comprovarão a improcedência total da infração. Consigna, porém, que identificou as Notas Fiscais de nº.s 34.824 e 34.825, que devem ser excluídas, uma vez que houve devolução das mercadorias pelo adquirente (doc. 06 – fls. 1.858 a 1.864).

Reitera que comprovará a improcedência desta infração, devendo ser excluídas do lançamento, desde já, as Notas Fiscais 34.824 e 34.825, objeto de devolução.

Infração 07 – salienta ter observado três situações (doc. 07 – fls. 1.865 a 1.881):

- a) diferença de alíquota calculada sobre a base de cálculo reduzida: a autuante não observou que em alguns casos houve redução da base de cálculo e que o ICMS foi calculado sobre a base reduzida, o que torna tais diferenças improcedentes;
- b) devoluções: a Fiscalização calculou o imposto sobre notas fiscais devolvidas (nº.s 5.499 e 40.172);
- c) mercadorias destinadas ao ativo imobilizado: embora neste caso também seja devida a diferença de alíquota, houve erro no enquadramento da infração, pois diversas mercadorias não se destinaram ao consumo do estabelecimento. Logo, de acordo com o entendimento do CONSEF, o erro de enquadramento resulta na nulidade da infração.

Requer que a infração 07 seja julgada improcedente ou parcialmente procedente.

Infração 10 – ressalta que as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal nº. 16.595 (doc. 08 – fls. 1.882 a 1.884) serviram para confecção de caixa para embalagem de produto vendido pelo autuado, trata-se, assim, de material de embalagem, que gera crédito fiscal. Pugna pela improcedência da infração.

Finaliza, solicitando que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, homologando-se os pagamentos efetuados.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 1.887 a 1.893 – vol. VI) salientando que o impugnante reconheceu a procedência das infrações 02, 08, 09 e 11, juntando comprovação do pedido de parcelamento do débito, de forma que tais infrações ficam mantidas em todos os seus termos e valores.

Passa, em seguida, a analisar as demais infrações.

Infração 01 – ressalta que à fl. 48 consta o Levantamento Fiscal Apuração do ICMS referente a maio/07, que embasou a autuação, que a cópia do livro Registro de Apuração do ICMS nº. 18 se encontra à fl. 680, enquanto que o extrato da arrecadação está acostado à fl. 34.

Frisa que o contribuinte alegou que o valor correto da apuração consta da DMA transmitida em 31/07/07, que junta à folha 1.704, entretanto deixou de anexar os documentos que comprovariam a divergência do lançamento em outros créditos, naquele mês. Consigna que tendo em vista que o conteúdo dos livros fiscais do contribuinte estava divergente dos dados constantes dos arquivos magnéticos, em 15/04/2010 o intimou a corrigi-los, o que fez em 23/04/2010, às 17:09h, retransmitindo a DMA referente a maio/07, confirmando os dados escriturados no LRAICMS. Acrescenta que, ainda prova contra o autuado o documento Demonstrativo CIAP, que compõe a infração 09, acatada pelo autuado, por ele fornecido durante a fiscalização (fl. 391), onde aparece como valor devido, lançado no Livro Apuração para maio/07, o valor de R\$2.177,42, o mesmo valor constante do LRAICMS nº. 18. Realça que outro reforço à procedência está no reconhecimento, pelo autuado, da infração 08, que, conforme se verifica à fl. 374, considera como crédito CIAP utilizado no LRAICMS, naquele mês, o valor de R\$2.177,42, e não o valor de R\$4.258,73, constante da DMA transmitida em 31/07/07, posteriormente retificada.

Aduz que não há elementos modificativos, impeditivos ou extintivos da infração, prevalecendo a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Anexa cópia da intimação para correção dos arquivos magnéticos, a comprovação da retificação e os livros fiscais, visando comprovar que representam os lançamentos fiscais corretamente efetuados (de acordo com o art. 331 do RICMS/BA), para que o contribuinte seja intimado e possa se manifestar a respeito. Conclui que o ICMS apurado pela fiscalização é devido, conforme comprovado. Mantém a infração 01 em todos os seus termos e valores.

Infração 03 – destaca que de acordo com o art. 1º, § 2º da Portaria 288/02 (fl. 194), que trata dos Programas Fazatleta e Fazcultura, o valor a ser abatido em qualquer das hipóteses dos incisos desse artigo (seja ICMS normal, ICMS devido pela importação, ou o imposto devido por antecipação tributária), não poderá ultrapassar para cada programa a 5% do total do ICMS devido em cada período de apuração.

Ressalta que a conta é simples e consta do Levantamento Fiscal – Deduções FAZ ATLETA (fl. 108), da seguinte forma: na primeira coluna se encontram os meses e anos fiscalizados; na segunda (A) está o valor do ICMS lançado no LRAICMS; na quarta consta em que livro de Apuração (nº. 17 ou 18) e em que folha do livro consta a informação; a terceira coluna (B) multiplica o ICMS apurado, pelo percentual legal de 5%, chegando a um valor limite de dedução; a quinta (C) apresenta o ICMS utilizado como dedução do ICMS normal, no livro de Apuração; a sexta (D) indica os valores utilizados pelo contribuinte como dedução do ICMS devido nas importações, cujas notas fiscais estão relacionadas às fls. 111 a 115 e totalizadas na fl. 110, enquanto que os DAES de recolhimento do ICMS na importação estão às fls. 143 a 186; a sétima coluna (E) apresenta os valores utilizados como dedução do ICMS devido nas operações de antecipação parcial, estando a memória de cálculo às fls. 119 a 142 e totalizados na folha 109; por fim, a oitava coluna (F) soma o ICMS deduzido nas colunas C, D e E, e abate este sub total do valor de dedução possível, que consta da coluna B.

Observa que o contribuinte, genericamente, afirmou que não ultrapassou o limite legal de 5%, devido em cada período de apuração, embora não tenha contestado, com dados, o levantamento fiscal. Ressalta que os elementos juntados pelo autuado às fls. 1.707 a 1.848 já faziam parte do processo, sendo, portanto, inservíveis.

Alega que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/BA). Mantém a infração 03 em todos os seus termos.

Infração 04 – registra que o levantamento fiscal que embasou a autuação consta da fl. 108. Refuta a argumentação do contribuinte de que não utilizara crédito fiscal de forma antecipada, aduzindo que não cabe interpretação contra literal disposição de Lei. Assim, mantém integralmente esta infração.

Infração 05 – realça que o contribuinte adquiriu serviço de transporte de pessoas, de empresa transportadora não inscrita no Cadastro Estadual de contribuintes (fl. 198), cujo contrato se encontra às fls. 199 a 201 e salienta que em sua defesa o autuado não contestou este fato. Reconheceu também que seus funcionários residiam tanto dentro quanto fora do município de Simões Filho, município onde o autuado está instalado. Tudo, conforme planilha que apresentou à fiscalização.

Destaca que o contribuinte apresentou o levantamento de transporte de pessoas, referente ao período fiscalizado (fls. 202 a 205), especificando o valor pago mensalmente, além dos municípios compreendidos pelo serviço, e o número de funcionários transportados para cada um deles. De posse desses dados, elaborou o Levantamento Fiscal – Falta de Recolhimento do ICMS/Transporte de Pessoas (fl. 197), de fácil interpretação.

Esclarece que os valores constantes da coluna Valor Pago (C), foi dividido pelo número total de funcionários transportados – coluna Total (B). A seguir, o valor encontrado foi multiplicado pelo número de funcionários residentes FORA do município de Simões Filho – coluna Sub Total (A), pois como Simões Filho é onde está situada a empresa, sua inserção no cálculo incluiria transporte intra municipal de passageiros. Assim, chegou à Base de Cálculo do imposto devido – coluna (D). Aplicou a alíquota de 17%, por se tratar de operações dentro do Estado.

Para demonstrar os cálculos realizados, utiliza o mês de dezembro de 2006, quando o valor total pago ao prestador do serviço foi de R\$6.516,00. Como foram transportados 67 empregados, dividiu aquele montante pela quantidade de funcionários, apurando o valor R\$97,25, pago por passageiro. Multiplicando este valor pelo subtotal de passageiros, excluídos aqueles residentes em Simões Filho (7), nesse mês 60 trabalhadores utilizaram o transporte intermunicipal, resultando no valor de

R\$5.835,22, que é a base de cálculo do imposto devido, conforme consta da planilha de fl. 197. Aplicando a este valor a alíquota de 17%, chega-se ao valor do ICMS devido de R\$1.107,72.

Enfatiza que as prestações de transporte dentro do município não foram tributadas pelo ICMS, ao contrário do afirmado pelo contribuinte. Realça que, entretanto, como houve uma repetição de letra na legenda, disponibiliza a mesma planilha, com os mesmos valores devidos apurados, com a legenda corrigida, para que o contribuinte seja intimado e possa se manifestar a respeito, consignando que a despeito disso, os valores apurados estão corretos. Mantém a infração na íntegra.

Infração 06 – aduz que, apesar de regularmente intimado (fls. 222 a 227), o contribuinte deixou de apresentar a comprovação de internamento de mercadorias em Zona de Livre Comércio, encontrando-se às fls. 219 a 221 as planilhas que embasaram a autuação.

Frisa que desde maio de 2010, data das primeiras intimações, e até o momento, outubro de 2010, mesmo após cinco meses, o contribuinte ainda não conseguiu comprovar o internamento das mercadorias objeto da autuação.

Concorda, entretanto, com o autuado, no caso específico da devolução através da Nota Fiscal nº. 432 (fl. 1.859), lançada no livro Registro de Entradas nº. 17, página 198 (fl. 1.119). Assim, o ICMS devido referente ao mês de outubro de 2007 fica reduzido para o valor de R\$537,66. Todos os outros termos e valores da infração 06 ficam mantidos. Refaz o respectivo demonstrativo, referente ao exercício de 2007 (fl. 221), excluindo os lançamentos indevidos, assim como refaz o Levantamento Fiscal – RESUMO (fl. 219), para adequá-lo à alteração procedida no levantamento de 2007.

Salienta que o contribuinte deverá ser intimado sobre as mencionadas alterações, para que possa, querendo sobre elas se manifestar. Acatando a redução comprovada pelo contribuinte, sugere que a infração 06 seja declarada parcialmente procedente.

Infração 07 – salienta que os levantamentos fiscais que embasaram a autuação constam às fls. 245 a 250, enquanto os documentos comprobatórios se encontram às fls. 251 a 370. Ressalta que no levantamento as notas fiscais oriundas de empresa inscrita no Simples, microempresas ou empresas de pequeno porte não foram computadas para efeito do cálculo da diferença de alíquota. Complementa que após a apuração, foi abatido o ICMS lançado pelo contribuinte no seu LRAICMS, como outros débitos, para se chegar, finalmente, ao ICMS devido na autuação.

Contesta a alegação defensiva de que a diferença de alíquota foi calculada sobre a base de cálculo reduzida, indagando: “Qual o dispositivo legal do RICMS/BA que proíbe a cobrança de DIFAL sobre Base de Cálculo reduzida?”

Quanto à afirmação defensiva de que fora cobrado o imposto sobre devoluções de mercadorias, aduz que o contribuinte não juntou as citadas Notas Fiscais (de nº.s 5.499 e 40.172), e, além disso, esses documentos não fazem parte do levantamento fiscal.

No que concerne à menção de que fora cobrada diferença de alíquota sobre mercadorias destinadas ao ativo, ressalta que o autuado não indicou quais as notas fiscais e os valores que foram “equivocados”.

Assim, diante da defesa genérica e imprecisa, da falta de apresentação de elemento impeditivo, modificativo ou extintivo da autuação, mantém a infração 07 em todos os seus termos e valores.

Infração 10 – consigna que apesar de alegar que os materiais objeto da autuação se destinariam à confecção de caixa para embalagem de produtos que comercializa, o contribuinte não apresentou qualquer elemento comprobatório de sua alegação.

Observa que o processo produtivo do autuado consiste na mistura de pós de carboneto de tungstênio e cobalto, que adicionado ao hexanol e isanol (materiais auxiliares), são transformados em material duro, que através da usinagem produzem peças destinadas a atividades metalúrgicas,

industrializando principalmente botões e pastilhas diversas para a indústria de mineração e siderúrgica, cilindros e pinos, bicos para máquina de jateamento, etc.

Ressalta que examinando as suas notas fiscais de entradas, por produtos recebidos, não encontrou registros de que o autuado construa sua própria embalagem. Além do que, tratou-se de apenas uma aquisição em todo o exercício de 2007, apesar da grande produção da empresa. Todos os indícios sugerem a utilização dos materiais autuados em reforma das instalações e não para confecção de embalagens. Assim, mantém totalmente a infração 10.

Finaliza opinando pela procedência em parte do Auto de Infração.

O autuado cientificado a respeito da informação fiscal se manifestou (fls. 1.910 a 1.914 – vol.VI) a respeito das infrações impugnadas tecendo os seguintes comentários:

Infração 01 – contesta a alegação de que não teria comprovado a divergência do lançamento em “outros créditos”, além de que o acatamento das infrações 08 e 09 significaria que reconheceria a falha no aproveitamento do crédito de ativo imobilizado, o que manteria a infração 01. Enfatiza que a autuante se esqueceu que nesta infração se exige ICMS decorrente de divergência entre o saldo escriturado e o valor pago, e não se está investigando a composição dos dados escriturados. Por isso, não cabe analisar se o contribuinte errou ou não na escrituração do saldo devedor de ICMS, pois estes erros já foram identificados e foram alvo de cobrança em infrações próprias, acatadas e pagas. Frisa que cobrá-los novamente, sob nova rubrica, revela indiscutivelmente um *bis in idem*.

O que defende, segundo diz, com total plausibilidade, é que a divergência não existiu, havendo apenas um erro de impressão do livro, já corrigido, não ocorrendo qualquer divergência entre o escriturado (estando correto ou não) e o pago. Frisa que os documentos anexados comprovam isso (fls. 1.915 a 1.928). Este é o objeto da infração. Requer a improcedência da infração 01.

Infração 03 – ressalta que a autuante apenas explicou a sua “planilha”, sem se referir aos dados carreados na impugnação, dizendo que o contribuinte “genericamente” afirmou que não ultrapassou o limite legal sem contestar com dados o levantamento fiscal. Afirma que a Auditora Fiscal não se deu ao trabalho de analisar a documentação anexada à defesa, onde consta, com detalhes, todo o aproveitamento do benefício Fazatleta, demonstrando o respeito ao limite de 5%.

Realça que existem dois critérios de apuração: a) aquele defendido pela Fiscalização na fl. 108, do qual discorda veementemente; e b) aquele apresentado na defesa e agora reapresentado (fls. 1.929 a 1.934), em que o desconto de 5% do Fazatleta é utilizado individualmente por cada processo ou DAE pago. E se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência.

Assim, diante desta controvérsia, requer a manifestação da ASTEC para que verifique se a forma de apropriação do benefício do Fazatleta realizada (doc. 04 da impugnação), desobedece ao limite de 5% do total do ICMS devido no período de apuração. Entende que após essa providência, a infração 03 será declarada improcedente.

Infração 04 – realça que a defesa dessa infração é bastante simples, embora a autuante não tenha compreendido. Aduz que o fato é que há uma dubiedade no texto do art. 17 da Lei 8.807/03, que trata de “mês subsequente”, que não equivale a “período de apuração” subsequente. Portanto, o benefício foi utilizado no mês subsequente à aquisição do crédito (novembro de 2007), ou seja, em 09 de dezembro de 2007. E ainda que não se concorde com esta interpretação, pelo princípio do *in dubio pro reu*, a infração deve ser julgada insubsistente, por haver dúvida na redação do texto legal.

Infração 05 – alega que embora a autuante afirme que “não cobrou ICMS sobre a prestação de serviço de transporte dentro de Simões Filho”, não há dúvida de que assim agiu. Para tanto, utiliza o mesmo exemplo da Informação Fiscal, frisando que em dezembro de 2006 o valor pago à empresa de transporte foi de R\$6.516,00, que à alíquota de 17% resulta em R\$1.107,72, valor exigido no Auto de Infração. Ou seja, está sendo cobrado ICMS sobre o total do serviço, inclusive aquele sujeito ao ISS.

Acrescenta que o critério utilizado pela autuante na informação fiscal não possui qualquer amparo legal, desde quando, no mínimo, ela deveria investigar a composição do preço do transporte junto à prestadora, a fim de apontar, com segurança, a base de cálculo do ICMS intermunicipal, excluindo o valor do serviço referente a Simões Filho. Conclui inexistir dúvida quanto à insubsistência dessa infração, que deve ser julgada nula ou improcedente.

Infração 06 – aduz que está juntando uma série de documentos que comprovam a entrada da mercadoria na Zona Franca de Manaus, como a selagem da nota fiscal por parte da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas e o Registro de Entrada pelo comprador da mercadoria (fls. 1.935 a 1.965). Pugna pela improcedência desta infração.

Infração 07 – apresenta as seguintes respostas às questões levantadas pela autuante:

- a) não há proibição de cobrança de diferença de alíquota sobre base de cálculo reduzida, porém deve-se levar em consideração a redução da base de cálculo, o que não foi feito pela autuante. Ressalta que isso tivesse sido observado, inexistiria saldo devedor;
- b) as notas fiscais foram juntadas no doc. 07 da impugnação e, segundo a sua contabilidade, compõem a apuração da diferença de alíquota do período;
- c) as notas fiscais e os valores equivocados estão relacionados no mesmo doc. 07, basta analisá-lo.

Requer que os documentos anexados com a defesa sejam analisados, para que a infração seja julgada improcedente.

Infração 10 – destaca que sem trazer qualquer elemento de prova, a autuante refutou o fato de que os materiais adquiridos foram empregados na montagem de material de embalagem. Traz novamente o pedido desses materiais (fls. 1.966 a 1.968), onde se pode notar, no campo “observações”, os seguintes dizeres: “COMPONENTE PARA MONTAGEM DE EMBALAGEM DE MADEIRA”.

Observa que aqui surgem duas perplexidades. Na primeira, de cunho jurídico, não é o contribuinte que deve provar que se trata de material de embalagem, pois cabe é à autuante comprovar que se trata de bens de uso e consumo, apontando como eles foram utilizados no estabelecimento, requisito mínimo para fundamentar o lançamento fiscal. Afirma que, neste caso, a autuante não prova o que diz e contesta infundadamente o que é demonstrado na impugnação.

No segundo ponto, de cunho econômico, realça que o rigor apresentado pela autuante, aparentemente favorável ao erário, somente prejudica o Estado da Bahia, haja vista que o custo para movimentação da máquina pública, especialmente se o PAF for convertido em diligência (trânsito dos autos, deslocamento de auditor, etc.), supera, e muito, os R\$300,00 discutidos na infração. Entende que faltou bom senso à autuante em insistir na cobrança de um débito irrisório sem ter qualquer prova que o fundamente.

Ressalta que, mais uma, demonstrou a improcedência da infração 10.

Finaliza reiterando a procedência parcial do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou (fls. 1.970 a 1.976) salientando que tendo reapresentado o levantamento referente à infração 05 (fl. 1.902) e acatado a alegação defensiva relativa à infração 06, reduzindo o seu valor (fls. 1.903 a 1.905), após ser intimado, o contribuinte se manifestou sobre as modificações efetuadas, porém repetindo todos os argumentos já apresentados na defesa. Assim, reitera todos os contra argumentos já apontados na Informação Fiscal, reproduzindo-os.

Acrescenta comentários a respeito dos seguintes itens da autuação:

Infração 01 – às fls. 1.895 e 1.901 se encontram as cópias da intimação para correção dos arquivos magnéticos e a comprovação da realização da correção, sendo que os livros fiscais são a representação dos lançamentos fiscais corretamente efetuados, conforme previsto no art. 331 do RICMS/BA.

Infração 03 – contesta a afirmação do contribuinte de que respeitara o limite individualmente, sendo este o entendimento da empresa, porém tal interpretação afronta literal disposição de Lei, que estabelece o limite de 5% devido em cada período de apuração. Contesta o pedido de diligência, aduzindo que esta deve obedecer ao binômio utilidade/necessidade, conforme art. 147, § 2º do RPAF/BA, pelo que não poderia ser deferida por este CONSEF, uma vez que todos os elementos probatórios estão no processo, e tal medida seria desnecessária.

Infração 04 – diz que em sua defesa, fls.1683/1684 e 1912, o contribuinte alega dubiedade do art. 17 da Lei 8807/03, pretendendo de maneira confusa fazer crer que utilizar benefício concedido em novembro para abater ICMS de novembro, porém recolhido em dezembro, não se configura como utilização antecipada de crédito fiscal. Afirma que não cabe interpretação contra literal disposição de Lei. Mantém integralmente a infração.

Infração 05 – aduz que a base de cálculo do ICMS não precisa ser discutida, uma vez que decorre da legislação, conforme se verifica nos artigos 66, § 1º e 62 do RICMS/BA. Ressalta que a base de cálculo foi informada pelo contribuinte e consta dos seus registros contábeis (fls. 206 a 218).

Infração 06 – frisa que após intimado sobre as modificações realizadas na Informação Fiscal, o contribuinte apresentou cópias de livros Registro de Entradas dos destinatários das mercadorias (fls. 1.950 a 1.965). Assevera que, no entanto, como preposto fiscal, no exercício de atividade vinculada deve obedecer a legislação estadual, que impõe a apresentação da comprovação do internamento da mercadoria em Zona de Livre Comércio, como elemento essencial à concessão da isenção do art. 29, VI combinado com os artigos 597, § 4º, e 598, I do RICMS/BA.

Infração 07 – assinala que o contribuinte apresenta defesa às fls. 1688 e 1913 dos autos, sem modificação de suas alegações, que já foram analisadas na Informação Fiscal. Diz que, diante da defesa genérica e imprecisa, da falta de apresentação de elemento impeditivo, modificativo ou extintivo da infração, mantém a infração integralmente.

Infração 10 – aduz que o contribuinte alega, em sua defesa, fls.1688/1689, 1913/1914, que os materiais elencados no documento fiscal seriam para confecção de caixa para embalagem de produto que vende, contudo, deixa de apresentar qualquer elemento comprobatório de sua alegação. Observa que o processo produtivo do autuado consiste na mistura de pós de carboneto de tungstênio e cobalto, que adicionado ao hexanol e isanol (materiais auxiliares), são transformados em material duro, que através da usinagem produzem peças destinadas a atividades metalúrgicas. Esclarece que os principais produtos industrializados são os seguintes: botões e pastilhas diversas para a indústria de mineração e siderúrgica; cilindros e pinos, bicos para máquina de jateamento, etc.

Assinala que do exame das notas fiscais de entradas do autuado, por produtos recebidos, não há evidências/registros de que construam sua própria embalagem. Acrescenta que, além disso, trata-se de apenas 01 (uma) aquisição em todo o exercício de 2007, inobstante a grande produção da empresa. Diz que todos os indícios sugerem a utilização dos materiais adquiridos autuados em reforma das instalações e não para confecção de embalagens, razão pela qual mantém integralmente a infração.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ INDÚSTRIA, a fim de que o senhor Inspetor Fazendário designasse Auditor Fiscal estranho ao feito, para efetuasse revisão fiscal em relação às infrações 01, 03, 05, 06, 07 e 10, adotando, para tanto, as seguintes providências:

01) quanto à infração 01, com base na análise da documentação atinente à apuração e ao cálculo do ICMS devido relativo ao mês de maio de 2007, especialmente dos documentos acostados às fls. 1.915 a 1.928, verificasse se existiu diferença entre o imposto recolhido e aquele efetivamente devido ou se ocorreu apenas um erro de preenchimento do livro Registro de Apuração do ICMS;

- 02) após analisar os documentos concernente à infração 03, considerando inclusive aqueles que se encontram anexados às fls. 1.706 a 1.848, apurasse se ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa Fazatleta;
- 03) refizesse a planilha “Falta de Recolhimento de ICMS/Transporte de Pessoas”, concernente à infração 05, considerando como base de cálculo para cada período de apuração os valores indicados na coluna D, os quais se referem aos valores dos serviços de transporte, após a exclusão dos serviços prestados dentro do município de Simões Filho;
- 04) tomando por base a documentação acostada às fls. 1.935 a 1.965, que se referem à infração 06, excluísse do lançamento os documentos cuja autenticidade esteja comprovada;
- 05) verificasse se na apuração relativa à infração 07, não foi considerada a redução da base de cálculo quanto a uma parcela das mercadorias adquiridas; se uma parte das mercadorias fora objeto de devolução; bem como se dentre os produtos objeto da autuação existiam mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, realizando os necessários ajustes correspondentes a cada uma das situações devidamente comprovadas;
- 06) apurasse se as mercadorias contempladas na infração 10 se destinaram à montagem de material de embalagem, analisando, para tanto, a documentação anexada às fls. 1.966 a 1.968, e verificando no estabelecimento do autuado a real destinação dos referidos materiais, excluindo-os da exigência, caso restasse comprovado o argumento defensivo;
- 07) elaborasse novos demonstrativos para as infrações que forem objeto de alterações.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprir a diligência emitiu Parecer (fls. 2.045 a 2.049 – vol. VII), no qual consignou o seguinte quanto às infrações aduzidas na solicitação da diligência:

Infração 01 – inexistiu diferença entre o imposto recolhido e o efetivamente devido. Entretanto, o imposto devido está incorretamente escriturado nos livros Registro de Apuração do ICMS, conforme documentação autenticada, anexada na autuação. Esclareceu, ainda, que o livro Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo autuado na defesa foi elaborado posteriormente à fiscalização.

Frisa que, de acordo com o art. 157 do RPAF/99, verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

Diante disso, propõe a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “b”, da Lei nº. 7.014/96, por descumprimento de obrigação acessória;

Infração 03 – afirma que ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA. Apresenta detalhadamente a análise quanto aos elementos atinentes a este item da autuação. Diz que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 dos autos é de fácil entendimento. Assinala que o autuado pleiteia contra literal disposição legal.

Manifesta o entendimento de que o autuado incorreu em violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA, sendo, desse modo, correta a autuação;

Infração 05 – registra que refeito o levantamento, conforme planilha que anexa, o total anual de 2006 passou de R\$11.644,28 para R\$10.578,74. Em 2007 o total anual passou de R\$13.228,24 para R\$11.591,21;

Infração 06 – frisa que, conforme determinação, refez o levantamento, subsistindo valor a ser cobrado nesta infração, conforme planilha que anexa. Registra, ainda, que anexou e foi entregue em cópia ao contribuinte, consulta ao site da SEFAZ AM, convalidando parcialmente a infração;

Infração 07 – responde aos questionamentos apresentados na solicitação de diligência, esclarecendo o seguinte:

- quanto à verificação se na apuração do imposto devido não foi considerada a redução da base de cálculo quanto a uma parcela das mercadorias adquiridas, afirma que sim. Esclarece que as bases de cálculos que mereceram acertos foram retificadas no levantamento que realizou;
- quanto à verificação se uma parte das mercadorias fora objeto de devolução, afirma que sim. Apresenta análise detalhada sobre as notas fiscais que foram mantidas e excluídas do levantamento realizado. Registra que anexou planilha com os valores corretos;
- quanto à verificação se dentre os produtos objeto da autuação existiam mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, esclarece que não. Observa que as notas fiscais referentes ao exercício de 2007 aduzidas pelo autuado como de aquisição de ativo, dizem respeito a fios e cabos elétricos, que são efetivamente materiais de uso/consumo do estabelecimento, tendo sido incorretamente classificados pelo contribuinte, portanto, correto o procedimento fiscal. Ressalta que as notas fiscais referentes ao exercício de 2006 não foram objeto de impugnação.

Cientificado a respeito do resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 2.057 a 2.059 – vol. VII) consignando o seguinte:

Infração 01 - observa que o diligenciador reconhece a insubsistência da obrigação principal, porém aponta algumas falhas na escrituração fiscal, propondo, ao final, a conversão da infração, de principal para acessória, por escrituração irregular de Livro Fiscal (art. 42, XVIII, “b”, da LICMS), nos termos do art. 157 da RPAF. Registra que concorda com a diligência;

Infração 03 – discorda do entendimento manifestado pelo diligenciador, no sentido de que a “o levantamento fiscal de folha 108 é de fácil entendimento e o contribuinte pleiteia contra literal disposição legal.” Afirma que o demonstrativo de folha 108 não é tão claro quanto ao cometimento da infração, tanto que a JJF determinou a diligência para aclarar o tema.

Assevera que o demonstrativo do aproveitamento do crédito do Fazatleta que apresentou revela claramente que jamais foi desrespeitado o teto de batimento de 5% do ICMS em cada operação, de modo que, se individualmente o limite de 5% era obedecido, por consequência o limite global de 5% também foi obedecido, sendo esta uma lógica matemática.

Alega que o fato de o seu demonstrativo contemplar todos os títulos de benefício fiscal já presentes no levantamento fiscal, como afirma o diligenciador, apenas corrobora a fundada dúvida acerca da infração. Questiona: como dois demonstrativos, com bases nas mesmas operações e nos mesmos títulos de benefício, conduzem a conclusões diametralmente opostas? Diz que essa é a sua perplexidade e da Junta de Julgamento Fiscal, que infelizmente não foi dirimida pela diligência.

Afirma que não resta alternativa senão pugnar pela improcedência da infração ou sua nulidade por incerteza da acusação fiscal;

Infração 05 – diz que está realizando uma análise detida da planilha acostada aos autos e se manifestará em caso de erro;

Infração 06 – observa que o diligenciador refez o levantamento fiscal, porém afirma subsistir valor a ser cobrado nesta infração conforme “planilha anexa”, contudo, não recebeu a planilha correspondente à infração 06. Alega que foram encaminhados apenas os documentos até a fl. 2.050 (planilha da infração 05).

Diante disso, requer seja encaminhado o novo levantamento correspondente à infração 06, reabrindo-se prazo para manifestação;

Infração 07 – frisa que, a exemplo da infração 06, não recebeu o levantamento fiscal corrigido pelo diligenciador. Desse modo, requer seja encaminhado o novo levantamento correspondente à infração 07, reabrindo-se prazo para manifestação.

Em face do afastamento para tratar de interesse particular do Auditor Fiscal que cumpriu a diligência, o preposto fiscal designado para analisar a manifestação do autuado se pronunciou (fl. 2.062 – vol. VII), consignando que nada mais havia a informar.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFAZ INDÚSTRIA (fl. 2.066 – vol. VII), a fim de que a Repartição Fazendária acostasse aos autos as planilhas referentes às infrações 06 e 07 elaboradas pelo Auditor Fiscal que cumpriu a diligência, assim como entregasse ao autuado, mediante recibo específico, cópias das citadas planilhas.

À fl. 2.069 dos autos consta despacho do Supervisor de Fiscalização da INFAZ INDÚSTRIA no sentido de que foram anexadas aos autos as planilhas referentes às infrações 06 e 07.

Intimado para conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos (fls. 2.075/2.076) o autuado não se manifestou.

Constam às fls. 2.080 a 2.082, extratos do SIGAT/SEFAZ, atinentes ao pagamento parcial do valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de 11 infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu as infrações 02, 08, 09 e 11, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante de recolhimento acostados aos autos, e impugnou as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 10.

De início, cabe observar que as infrações 02, 08, 09 e 11 reconhecidas pelo autuado são procedentes, cabendo, no caso, homologação do pagamento pela autoridade fazendária competente e, conseqüentemente, a extinção do crédito tributário.

Quanto às infrações impugnadas passo a examinar.

No que concerne à infração 01, consoante o resultado da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, restou comprovada a inexistência de diferença entre o imposto recolhido e o efetivamente devido, ou seja, o descumprimento de obrigação principal conforme a acusação fiscal.

Na realidade, restou comprovado que o contribuinte descumpriu obrigação acessória, haja vista que escriturou o imposto devido incorretamente nos livros Registro de Apuração do ICMS, conforme documentação acostada aos autos. Relevante o registro feito pelo diligenciador, no sentido de que o livro Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo autuado na defesa foi elaborado posteriormente à fiscalização.

Desse modo, diante da insubsistência da infração por descumprimento de obrigação principal, contudo, comprovado o descumprimento de obrigação acessória, aplico a multa prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, com fulcro no art. 157 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, sendo parcialmente subsistente este item da autuação no valor de R\$140,00.

Relativamente à infração 03, observo que esta infração também foi objeto de diligência solicitada por esta JJF cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito. No seu pronunciamento o diligenciador afirma que ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA. Apresenta detalhadamente a análise quanto aos elementos atinentes a este item da autuação. Diz que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 dos autos é de fácil entendimento.

Assinala que o autuado pleiteia contra literal disposição legal. Manifesta o entendimento de que o autuado incorreu em violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA, sendo, desse modo, correta a autuação.

O impugnante discorda do resultado da diligência, afirmando que o demonstrativo do aproveitamento do crédito do FAZATLETA que apresenta revela claramente que jamais foi desrespeitado o teto de batimento de 5% do ICMS em cada operação, de modo que, se individualmente o limite de 5% era obedecido, por consequência o limite global de 5% também foi obedecido, sendo esta uma lógica matemática.

Passo a examinar.

Inicialmente, cabe fazer um registro sobre o que foi suscitado na sessão de julgamento pelo ilustre patrono do contribuinte, bem como pelo ilustre Julgador José Bizerra Lima Irmão, quanto à vigência da Portaria nº 288/02, em face de o referido ato normativo se reportar ao Decreto nº 7.733/99 que fora revogado, portanto, quanto à nulidade do lançamento por se fundamentar em ato normativo revogado, conforme faço a seguir.

A infração imputada ao autuado apresenta a seguinte descrição: *Recolheu a menos o ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal ao Esporte Amador do Estado da Bahia – FAZATLETA, disposto na Lei 7.539/99, não sendo mediante fraude ou dolo.*

Como complemento da descrição dos fatos consta no Auto de Infração o seguinte: *O contribuinte utilizou cumulativamente o benefício fiscal do Fazatleta, para abater o imposto devido nas operações de importação, antecipação parcial e do recolhimento do ICMS normal, ultrapassando mensalmente o limite de 5% do ICMS devido em cada período de apuração, conforme prescrito na Portaria 288/02 e no art. 11 do RICMS/BA.*

Como se vê da leitura das descrições acima transcritas, a acusação fiscal é de que o contribuinte efetuou o recolhimento a menos do ICMS por não observar as disposições da legislação do Programa FAZATLETA atinentes ao abatimento deste imposto, na forma determinada pela Lei nº 7.533/99.

A Portaria nº 288/02 apresenta o seguinte enunciado: *Esclarece o alcance das disposições contidas nos artigos 13 a 16 dos Regulamentos dos programas FAZATLETA e FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00 respectivamente, e dá outras providências.*

O artigo 13 do Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº 7.733/99, mencionado na Portaria nº. 288/02 trazia a seguinte redação:

Art. 13. O Patrocinador que apoiar financeiramente projetos aprovados pela Comissão Gerenciadora poderá abater até o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher.

Já a Portaria nº 288/02 ao esclarecer o alcance das disposições do referido artigo dispõe o seguinte:

Art. 1º A expressão “valor do ICMS a recolher” contida no art. 13 dos Regulamentos do FAZATLETA e do FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00 respectivamente, poderá corresponder, cumulativamente, às seguintes situações:

I - imposto apurado pelo regime normal, na forma do art. 116 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto 6.284, de 14 de março de 1997;

II - imposto devido pela importação do exterior de mercadorias ou bens, no desembaraço aduaneiro, mesmo que este ocorra em portos ou aeroportos situados fora do Estado da Bahia;

III - imposto apurado na forma do art. 118 e do inciso II do art. 118-A do RICMS;

IV - imposto devido nas operações de substituição ou antecipação tributária.

§ 1º O abatimento poderá ocorrer cumulativamente nas hipóteses dos incisos deste artigo.

§ 2º O valor a ser abatido em qualquer das hipóteses dos incisos deste artigo não poderá ultrapassar, para cada programa, a 5% (cinco por cento) do total do ICMS devido em cada período de apuração.

Portanto, a Portaria nº 288/02 surgiu exclusivamente para dirimir dúvida, tanto do contribuinte quanto da própria Fiscalização, sobre os elementos que podem estar contido na expressão “valor do ICMS a recolher”. Isto resta evidente quando se verifica no seu enunciado: *e, considerando a necessidade de esclarecer o alcance das disposições contidas nos referidos artigos.*

Em princípio, a revogação do Decreto nº. 7.733/99 implicaria também na revogação da Portaria nº 288/99, haja vista que esta foi editada pela autoridade fazendária competente no intuito de esclarecer o alcance das disposições contida no artigo 13 do referido Decreto.

Como se reporta sobre o alcance das disposições de dois artigos – 13 e 16 – de Decretos distintos – 7.733/99 e 7.833/00 – o correto seria dizer que estaria derogada a disposição da referida Portaria no que tange ao Decreto nº. 7.733/99 caso ainda vigente as disposições do Decreto nº. 7.833/00.

Entretanto, no presente caso, não vislumbro qualquer possibilidade de nulidade do lançamento pela razão aduzida tanto pelo representante do autuado quanto pelo Julgador José Bizerra Lima Irmão, haja vista que, apesar de o Decreto nº 7.733/99, de fato, ter sido revogado a partir de 11/12/03 pelo Decreto nº. 8.807/03, DOE de 11/12/03, a redação dada pelo novo Decreto – 8.807/03 – ao tratar do abatimento no seu artigo 15 literalmente tem o mesmo enunciado do Decreto revogado, conforme abaixo reproduzido:

Art. 15. O Patrocinador que apoiar financeiramente projetos aprovados pela Comissão Gerenciadora poderá abater até o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher.

Ou seja, permaneceu com o novo Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº 8.807/03, a necessidade de esclarecer o alcance da disposição “valor do ICMS a recolher”, esclarecimento este já trazido pela Portaria nº 288/02.

Relevante registrar que o Decreto nº 8.807/03 também foi revogado, a partir de 25/10/2005, pelo Decreto nº. 9.609/05, DOE de 25/10/2005, valendo dizer que o Regulamento do Programa FAZATLETA atualmente vigente é o aprovado por este Decreto nº 9.609/05.

Ocorre que, ao tratar do abatimento, o art. 14 do referido Regulamento do Programa FAZATLETA também traz a mesma redação dos artigos 13 e 15 dos Regulamentos anteriores revogados, ou seja, fala em “valor do ICMS a recolher”, portanto, permitindo o surgimento de dúvidas, caso não sejam considerados os esclarecimentos trazidos pela Portaria nº 288/02.

Assim dispõe o mencionado art. 14 do vigente Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº. 9.609/05:

Art. 14. O Patrocinador que apoiar financeiramente projetos aprovados pela COMGER poderá abater até o equivalente a 5% (cinco por cento), do valor do ICMS a recolher.

Parece-me que não soa razoável deixar de aplicar o esclarecimento trazido pela Portaria nº 288/02, que afasta qualquer dúvida, tanto do contribuinte quanto da fiscalização e do próprio órgão julgador, sobre os elementos que podem ser abatidos “do valor do ICMS a recolher”, para simplesmente decretar a nulidade do lançamento por ter sido indicada no Auto de Infração a referida Portaria.

Ademais, há que se observar que a autuação não está fundamentada na referida Portaria, mas sim na Lei nº 7.539/99.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, observo que o §1º do art. 1º da Lei nº 7.539/99 estabelece que: *O incentivo de que trata o caput deste artigo limita-se ao máximo de 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher, em cada período ou períodos sucessivos, não podendo exceder a 80% (oitenta por cento) do valor total do projeto a ser incentivado.*

Esta Junta de Julgamento Fiscal na busca de esclarecimentos para formação do convencimento dos Julgadores sobre a decisão da lide converteu o feito em diligência a INFAZ de origem, tendo o Auditor Fiscal estranho ao feito emitido parecer, no qual afirma que ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA. Apresenta a análise quanto aos elementos atinentes a este item da autuação. Diz que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 dos autos é de fácil entendimento. Assinala que o autuado pleiteia contra literal

disposição legal. Manifesta o entendimento de que o autuado incorreu em violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA.

O autuado cientificado do resultado da diligência consignou o seu inconformismo quanto ao entendimento manifestado pelo diligenciador, afirmando que o demonstrativo do aproveitamento do crédito do FAZATLETA que apresentou revela claramente que jamais foi desrespeitado o teto de batimento de 5% do ICMS em cada operação, de modo que, se individualmente o limite de 5% era obedecido, por consequência o limite global de 5% também foi obedecido, sendo esta uma lógica matemática. Afirma que não resta alternativa senão pugnar pela improcedência da infração ou sua nulidade por incerteza da acusação fiscal.

A acusação fiscal é de que o contribuinte utilizou cumulativamente o benefício do Programa FAZATLETA para abater o imposto devido nas operações de importação, antecipação parcial e do recolhimento do ICMS normal, ultrapassando mensalmente o limite de 5% do ICMS devido em cada período de apuração, o que resultou no recolhimento a menos do imposto devido.

A análise do demonstrativo elaborado pela autuante de fl. 108 dos autos em confronto com os procedimentos adotados pelo autuado permite concluir que, de fato, assiste razão a autuante.

Isso porque, o autuado além de abater 5% do valor do ICMS devido nas entradas de mercadorias importadas do exterior, assim como da antecipação parcial, conforme DAEs acostados aos autos, também lançou a crédito no livro Registro de Apuração do ICMS o valor do imposto recolhido com o abatimento, sendo que ao realizar a apuração mensal do imposto aplicou sobre o valor do “ICMS a recolher” o abatimento de 5%. Assim procedendo utilizou cumulativamente o benefício do FAZATLETA, haja vista que utilizara o abatimento sobre o valor do “ICMS a recolher” referente às operações de entradas de mercadorias importadas do exterior e antecipação parcial, conforme consta nos DAEs e, posteriormente, sobre o valor do ICMS apurado mensalmente no livro Registro de Apuração do ICMS, ultrapassando o limite de 5%

Dessa forma, este item da autuação é subsistente, haja vista que o autuado ultrapassou o limite máximo de 5% (*cinco por cento*) do valor do ICMS a recolher, conforme estabelecido no §1º do art. 1º da Lei nº 7.539/99. Infração procedente.

No respeitante à infração 04, observo que autuado reproduziu o art. 17 do Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº 8.807/03, para sustentar que não violou o benefício do FAZATLETA, consubstanciado no Título nº 300, de 27/11/2007, para abater o ICMS de novembro, vencido em 09/12/2007.

Em verdade, apesar de constar na descrição dos fatos no Auto de Infração que *o contribuinte, invocando o título de Incentivo Fiscal Fazatleta nº. 300/07, utilizou-se do benefício ainda no mês da sua concessão, contrariando o art. 17 da Lei nº. 8.807/03, que prevê que a utilização se dê a partir do mês subsequente ao que tenha ocorrido o pagamento ao proponente*, constato que o período objeto da autuação diz respeito à ocorrência em 30/11/2007, quando já se encontrava vigente o Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº. 9.609 de 24/10/2005 que, inclusive, revogou o Decreto nº. 8.807/03.

Poder-se-ia, em face disso, ser questionada a validade do lançamento, haja vista que mencionado na descrição dos fatos um Regulamento revogado.

Entretanto, considerando que o Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº. 9.609 de 24/10/2005 traz no seu art. 16 a mesma redação do art. 17 do Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº. 8.807/03 invocado e reproduzido pelo impugnante, entendendo que não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte e ofensa ao devido processo legal, haja vista que, pela descrição dos fatos, resta evidente a infração imputada ao autuado e, por consequência, o enquadramento legal.

Apenas a título ilustrativo transcrevo abaixo os dois artigos acima referidos que contêm a mesma disposição:

Art. 17. O abatimento somente poderá ser utilizado a partir do mês imediatamente subsequente ao que tenha ocorrido o pagamento ao Proponente. (revogado).

Art. 16. O abatimento somente poderá ser utilizado a partir do mês imediatamente subsequente ao que tenha ocorrido o pagamento ao Proponente. (vigente).

Ultrapassada essa questão preliminar, devo consignar que coaduno com o procedimento adotado pelo contribuinte, haja vista que, sendo o Título nº. 300, de 27/11/2007, pode sim abater o ICMS apurado no mês de novembro.

A leitura do art. 16, acima reproduzido, permite concluir que a restrição imposta pelo legislador diz respeito ao impedimento de utilização do abatimento no mês em que tenha ocorrido o pagamento ao Proponente e não a emissão do Título de Incentivo.

Dessa forma, considero correta a utilização do crédito na forma adotada pelo autuado.

Porém, independentemente do que foi dito acima, verifico que a multa de 40% imposta neste item da autuação está fundamentada no art. 42, inciso VI, da Lei nº. 7.014/96, cuja redação era a seguinte:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:
(...)

VI - 40% (quarenta por cento) do valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente;

Ocorre que o referido inciso foi revogado pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, valendo dizer que, no presente caso, descabia a aplicação da multa de 40%, no caso de utilização antecipada de crédito fiscal, conforme a autuação, já que diz respeito à data de ocorrência de 30/11/2007. Ou seja, a norma já se encontrava revogada na data de ocorrência apontada no Auto de Infração.

Dessa forma, a infração é insubsistente.

Quanto à infração 05 – *Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado* – observo que diz respeito à contratação por parte do autuado de serviço de transporte de pessoas, junto a empresa transportadora sem inscrição no Cadastro Estadual de Contribuintes do ICMS.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante sob o fundamento de falta de certeza e liquidez da base de cálculo apontada nesta infração, que manifestamente inclui serviço sujeito ao ISS.

Constato que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, esta Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFAZ de origem, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito revisasse a planilha elaborada pela autuante “Falta de Recolhimento de ICMS/Transporte de Pessoas”, concernente a esta infração, considerando como base de cálculo para cada período de apuração os valores indicados na “coluna D”, os quais se referem aos valores dos serviços de transporte, após a exclusão dos serviços prestados dentro do município de Simões Filho, o que foi cumprido pelo diligenciador, conforme será visto no exame de mérito.

Diante disso, afasto a nulidade arguida, haja vista a inoccorrência da hipótese prevista no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em exame.

No mérito, conforme consignado acima, o Auditor Fiscal estranho ao feito revisou o levantamento excluindo as prestações de serviços de transporte – de pessoas - intramunicipal, isto é, ocorridas dentro do município de Simões Filho, haja vista que o ICMS não incide em tais prestações por se

tratar de prestações sujeitas ao imposto de competência municipal (ISS) e manteve apenas os valores atinentes às prestações de serviços de transporte – de pessoas – intermunicipal.

Conforme consta na planilha elaborada pelo diligenciador acostada aos autos, o valor total do ICMS devido referente ao exercício de 2006 passou de R\$11.644,28 para R\$10.578,74. Em 2007 o valor total do ICMS devido passou de R\$13.228,24 para R\$11.591,21.

Relevante registrar que, cientificado sobre o resultado da diligência, o impugnante consignou que estava realizando *uma análise detida da planilha acostada aos autos e se manifestará em caso de erro*, contudo nada trouxe aos autos depois disso.

Dessa forma, acolho o resultado da diligência, sendo parcialmente subsistente este item da autuação no valor total de ICMS devido de R\$22.529,95.

Quanto à infração 06, observo que o diligenciador atendendo a solicitação desta JJF revisou o levantamento, cujo resultado apontou os valores remanescentes de ICMS devido de R\$151,64 e R\$259,17, referentes às Notas Fiscais nºs 27.225, emitida em 06/02/2006, 27.653, emitida em 15/03/2006, respectivamente, conforme planilha anexada aos autos.

Observo que cientificado do resultado da diligência, inclusive da planilha elaborada pelo diligenciador, o impugnante não se manifestou.

Dessa forma, acolho o resultado da diligência, sendo parcialmente subsistente este item da autuação no valor de ICMS devido de R\$410,81.

No tocante à infração 07, também foi objeto de diligência solicitada por esta JJF, tendo o diligenciador respondido aos questionamentos apresentados na solicitação de diligência, esclarecendo o seguinte:

- não foi considerada pela autuante a redução da base de cálculo quanto a uma parcela das mercadorias adquiridas. As bases de cálculos que mereceram acertos foram retificadas no levantamento que realizou;
- parte das mercadorias fora objeto de devolução. Apresenta análise detalhada sobre as notas fiscais que foram mantidas e excluídas do levantamento realizado. Registra que anexou planilha com os valores corretos;
- dentre os produtos objeto da autuação nenhum foi destinado ao ativo imobilizado. As notas fiscais referentes ao exercício de 2007 aduzidas pelo autuado como de aquisição de ativo, dizem respeito a fios e cabos elétricos, que são efetivamente materiais de uso/consumo do estabelecimento, tendo sido incorretamente classificados pelo contribuinte. As notas fiscais atinentes ao exercício de 2006 não foram objeto de impugnação.

Em face das repostas trazidas pelo diligenciador, acolho o resultado apresentado na diligência, passando o ICMS devido para R\$2.064,83, conforme demonstrativo de fl. 2.073 dos autos. Infração parcialmente subsistente.

No que diz respeito à infração 10, verifico que o impugnante alega que sem trazer qualquer elemento de prova, a autuante refutou o fato de que os materiais adquiridos foram empregados na montagem de material de embalagem. Registra que no pedido desses materiais (fls. 1.966 a 1.968), consta no campo “observações”, os seguintes dizeres: “COMPONENTE PARA MONTAGEM DE EMBALAGEM DE MADEIRA”.

Sustenta que cabe ao autuante comprovar que se trata de bens de uso e consumo, apontando como eles foram utilizados no estabelecimento, requisito mínimo para fundamentar o lançamento fiscal, contudo, ela não prova o que diz e contesta infundadamente o que o contribuinte demonstra.

Ressalta ainda o aspecto econômico, aduzindo que o rigor apresentado pela autuante, aparentemente favorável ao erário, somente prejudica o Estado da Bahia, haja vista que o custo para movimentação

da máquina pública, especialmente se o PAF for convertido em diligência (trânsito dos autos, deslocamento de auditor, etc.), supera, e muito, os R\$300,00 discutidos na infração.

Vejo também que a autuante contesta os argumentos defensivos, assinalando que do exame das notas fiscais de entradas, por produtos recebidos, não há evidências/registros de que construa sua própria embalagem. Consigna que, além disso, se trata de apenas uma aquisição em todo o exercício de 2007, inobstante a grande produção da empresa. Diz que todos os indícios sugerem a utilização dos materiais adquiridos autuados em reforma das instalações e não para confecção de embalagens, razão pela qual mantém integralmente a infração.

De fato, no presente caso, não há como prosperar a autuação. A assertiva da autuante de que os indícios sugerem a utilização dos materiais em reforma das instalações e não para elaboração de embalagens não se apresenta suficiente para caracterizar a ilicitude imputada ao autuado.

Por certo, a acusação fiscal deveria estar acompanhada dos elementos indispensáveis para comprovar a irregularidade atribuída ao contribuinte. A existência de indícios não confirma o cometimento da infração.

Desse modo, este item da autuação é insubsistente.

Diante do exposto, as infrações 02, 03, 08, 09 e 11 são subsistentes; as infrações 01, 05, 06 e 07 parcialmente subsistentes; e as infrações 04 e 10 insubsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

VOTO DISCORDANTE – ITEM 3º

Minha discordância é quanto ao item 3º, que acusa o autuado de ter recolhido ICMS a menos em decorrência de abatimento do imposto em desacordo com a legislação do programa FAZATLETA. Consta na descrição do fato que o contribuinte teria utilizado “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal, ultrapassando o limite de 5% do imposto devido em cada período de apuração.

O autuado contestou a imputação fiscal assegurando que jamais desrespeitou o teto de 5%, que era sempre obedecido “individualmente”, ou seja, sempre abatendo o crédito de 5% em “cada operação” de importação, 5% da antecipação parcial e 5% do ICMS normal. Argumenta que, se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência.

Para compreender melhor o argumento do autuado, vou chamar de “A” o ICMS devido nas operações de importação em cada mês; chamarei de “B” o imposto devido a título de antecipação parcial em cada mês; chamarei de “C”, o ICMS normal, apurado na conta corrente de cada mês; e chamarei de “T” a soma total, em cada mês, do ICMS a ser pago nas importações, mais o ICMS da antecipação parcial, mais o ICMS normal, ou seja, “T” representa tudo o que deva ser recolhido em cada período mensal.

É evidente que 5% de A + 5% de B + 5% de C deve corresponder a 5% de T.

Analisando-se por amostragem os DAEs de importações acostados aos autos, percebe-se que foi obedecido, em cada importação, o limite de 5% previsto na legislação. E também feita uma análise perfunctória do Registro de Apuração, percebe-se que na conta corrente fiscal também foi obedecido aquele limite.

Ora, se, como alega o autuado, a empresa abateu 5% do imposto devido em cada operação de importação (5% de A), e abateu 5% do imposto pago por antecipação parcial (5% de B), e também abateu 5% do ICMS normal apurado em cada mês (5% de C), a soma dos valores abatidos deve corresponder a 5% do total do imposto a ser pago em cada período mensal relativamente a cada uma dessas rubricas (5% de T).

Na informação fiscal (fls. 1887/1893), a auditora responsável pelo procedimento, após comentar o art. 1º, § 2º, da Portaria nº 288/02, passou a comentar a estrutura da planilha por ela elaborada.

Por sua vez, o contribuinte, na manifestação às fls. 1910/1914, reclamou que a autoridade fiscal em sua informação apenas explicou a sua planilha, sem se referir aos dados carreados pela defesa, e reclama que a autoridade fiscal não se deu o trabalho de analisar a documentação anexada pela defesa, onde afirma que consta, com detalhes, todo o aproveitamento do benefício do FAZATLETA, demonstrando o respeito ao limite de 5%. O autuado realçou que existem dois critérios em discussão: *a)* aquele defendido pela fiscalização na fl. 108, do qual discorda veementemente; *b)* e aquele apresentado na defesa e reapresentado na manifestação (fls. 1929/1934), em que o desconto de 5% do FAZATLETA é utilizado “individualmente”, ou seja, por cada processo ou DAE pago. Argumenta que, se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência.

O autuado requereu que, diante da controvérsia, a questão fosse submetida à apreciação da ASTEC, para que fosse verificado se a forma de apropriação do benefício do FAZATLETA feita pela empresa desobedece ao limite de 5% do total do ICMS a ser pago.

Na fase de instrução, esta Junta determinou a remessa dos autos em diligência, porém, em vez de determinar que a verificação fosse feita pela ASTEC, decidiu pela remessa dos autos à repartição de origem, para que o inspetor fazendário designasse fiscal estranho ao feito a fim de verificar se ocorreu violação do percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao programa FAZATLETA.

O fiscal designado, ao prestar a informação (fls. 2045/2048), em atendimento à análise que foi solicitada, limitou-se a dizer: “Sim”. Passa em seguida a comentar o que havia sido dito pelo autuante na informação fiscal, observando que elementos apresentados pelo autuado em sua manifestação já se encontravam nos autos quando o autuante prestou a informação fiscal. Transcreve o art. 2º da Portaria nº 288/02. Conclui dizendo que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 é de fácil entendimento, e que opina que o contribuinte incorreu em violação do percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao programa FAZATLETA, considerando correta a autuação.

A diligência não foi cumprida. Não foi solicitado ao fiscal revisor que comentasse a Portaria nº 288/02, nem que ele informasse se esse ou aquele elemento já se encontrava nos autos quando foi prestada a informação fiscal. O que o contribuinte requereu foi que fosse verificado se a forma de apropriação do benefício do FAZATLETA feita pela empresa desobedece ao limite de 5% do total do ICMS a ser pago, e para isso teria de ser feito o cotejo dos dois critérios em discussão, o do autuante e o do contribuinte, haja vista que o sujeito passivo juntou elementos para demonstrar que não desrespeitou o teto de 5%, pelo critério da “individualização”, ou seja, sempre abatendo o crédito de 5% em “cada operação” de importação, 5% da antecipação parcial e 5% do ICMS normal, argumentando que, se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência àquele limite.

Tendo em vista que a diligência não foi cumprida, entendo que o processo deve ser retirado de pauta e remetido em nova diligência, a fim de que a diligência seja cumprida na forma requerida pelo autuado, sob pena de cerceamento de defesa.

Em face do não acatamento desta proposta pelos meus pares desta Junta, o meu voto, em princípio, é pela NULIDADE do lançamento do item 3º, por falta de certeza e liquidez.

Como, porém, sou voto vencido quanto à nulidade do procedimento, e tendo em vista que, nos termos do parágrafo único do art. 154 do RPAF, devo me posicionar quanto à matéria principal, prossigo no exame do mérito.

E aqui surgem questões que, pouco importa se foram ou não suscitadas pela defesa, constituem matéria legal, e por isso tenho o dever, como julgador, de abordá-las de ofício.

O fiscal autuante deixou claro que se baseou na Portaria nº 288/02. Essa portaria, conforme se vê em sua ementa, “Esclarece o alcance das disposições contidas nos artigos 13 a 16 dos Regulamentos dos

programas FAZATLETA e FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00, respectivamente, e dá outras providências”.

Frise-se bem: a portaria em apreço disciplina os Regulamentos aprovados por esses dois Decretos: o Decreto nº 7.733/99 e o Decreto nº 7.833/00.

Ocorre que esses decretos já se encontravam revogados por ocasião dos fatos em discussão nestes autos:

- a) o Decreto nº 7.733/99, que aprovou o Regulamento do FAZATLETA, se encontrava revogado desde 11.12.03 (foi revogado pelo Decreto nº 8.807/03);
- b) o Decreto nº 7.833/00, que aprovou o Regulamento do FAZCULTURA, se encontrava revogado desde 17.10.02 (foi revogado pelo Decreto nº 8.347/02).

Sendo assim, a portaria em questão se encontrava formalmente revogada.

Porém, admitindo-se que materialmente a orientação daquela portaria tivesse sido recepcionada pelos novos Regulamentos que substituíram os atos revogados, fica evidente que a autoridade autuante não parece ter seguido a orientação da referida portaria. Pelo que se percebe na descrição da infração, ao ser dito que o contribuinte utilizou “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal, deduz-se que o que levou o autuante a proceder à autuação foi o fato de o contribuinte ter utilizado “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal.

Ora, a Portaria nº 288/02, na qual o autuante se baseou, deixa claro que o contribuinte faz jus, “cumulativamente” (art. 1º, caput), ao abatimento de 5% (§ 2º):

- a) do imposto apurado no regime normal, ou seja, na conta corrente fiscal (inciso I do art. 1º);
- b) do imposto devido na importação de mercadorias ou bens do exterior (inciso II);
- c) do imposto calculado pelo regime de apuração em função da receita bruta ou do simples nacional (inciso III);
- d) do imposto devido nas operações de substituição ou antecipação tributária (inciso IV).

Atente-se bem para o sentido da expressão “valor do ICMS a recolher”. Para o cálculo dos benefícios do FAZATLETA e do FAZCULTURA, por “valor do ICMS a recolher” deve-se entender não apenas o saldo devedor do imposto apurado no livro de apuração, mas sim tudo o que o contribuinte tiver a recolher no mês, a qualquer título, seja pelo regime normal, seja por importações, seja pelo cálculo em função da receita bruta, seja por substituição ou antecipação tributária.

Aliás, o § 1º do art. 1º da referida portaria deixa claro que o abatimento poderá ocorrer “cumulativamente” nas hipóteses dos incisos desse artigo. Portanto, é a própria portaria que esclarece a questão: o cálculo é mesmo cumulativo, pois o que importa é que, isolada ou conjuntamente, o valor a ser abatido em qualquer das hipóteses dos incisos do referido artigo não ultrapasse a 5% do “total” do imposto a ser recolhido no mês, envolvendo todas aquelas situações: imposto normal, importações, receita bruta, substituição ou antecipação tributária.

Está equivocada portanto a imputação fiscal, ao considerar a fiscalização que o contribuinte teria incorrido em infração por utilizar “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal.

Sendo assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento do item 3º.

Quanto aos demais lançamentos, acompanho o voto do nobre Relator.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **207090.0006/10-4**, lavrado contra **DURIT BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.726,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, 'a', 'e' e 'f' e VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea "b", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, cabendo homologação do pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR