

A. I. Nº - 299326.0103/10-0
AUTUADO - MONIER TEGULA SOLUÇÕES PARA TELHADOS LTDA
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 10.03.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-02-15

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NORMAL. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Fato não contestado. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Restou comprovado que a fiscalização utilizou indevidamente na apuração do débito alíquota interna em operações interestaduais para contribuintes do ICMS. Revisão fiscal feito pelo autuante reduz o débito. Infração parcialmente caracterizada. 4. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes. Nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração reconhecida. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. b) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infrações elididas. 7. IMPORTAÇÃO. ERRO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. NÃO INCLUSÃO DAS NOTAS FISCAIS COMPLEMENTARES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não elidida. 8. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento. Fato não contestado. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO:

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$231.625,36, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 – 05.05.03 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.382,12, pela apuração de omissão de

saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios, nos meses de março de 2006, janeiro, março, junho de 2007, e janeiro de 2008, conforme demonstrativo às fls.21 a 22.

02 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, setembro e outubro de 2006, janeiro a junho, outubro e dezembro de 2007, setembro e dezembro de 2008, fevereiro, março e dezembro de 2009, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$22.591,17, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.23.

03 - 03.02.02 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$140.593,33, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.24 a 81.

04 - 07.15.03 - Multa percentual, no valor de R\$1.440,78, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, março, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2006, janeiro, março a maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a novembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.82 a 86.

05 - 01.02.03 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.441,61, no mês de julho de 2006, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme documento à fl.99.

06 - 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$10.959,29, nos meses de agosto e dezembro de 2006, fevereiro e março de 2008, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme documento à fl.99.

07 - 12.02.01 - Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$13.825,43, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento, nos meses de junho, outubro a dezembro de 2008, fevereiro, março, maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2009, conforme demonstrativo à fl.108.

08 - 02.10.01 - Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, no valor R\$35.391,63, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls.87 a 98.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, inicialmente, salientou a tempestividade de sua defesa constante às fls.134 a 163, reproduziu todas as infrações, e informou que optou pelo pagamento espontâneo das infrações 01 (parcial), 04 e 08, tendo comprovado o devido recolhimento, conforme cópia do DAE às fls.184 e 185. Quanto às demais infrações, se insurgiu pelas razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

Suscitou a nulidade da infração 03, por capitulação legal insuficiente (artigos 50, 51 e 124, I, todos do RICMS/BA) e sob o argumento de que a descrição do fato foi feita de forma genérica, sem especificar a natureza das saídas (operações internas ou interestaduais), a natureza das operações (notas fiscais de simples faturamento, de venda, de transferência, dentre outras) ou até mesmo as mercadorias objeto de circulação.

Além disso, alega que possuiu grande dificuldade na compreensão do Anexo desta infração, cerceando seu direito de defesa, pelos seguintes motivos:

Não foram disponibilizadas as planilhas em meio magnético, tendo em vista que houve a consolidação de diversas infrações e um único Auto de infração.

Não foi apresentada qualquer memória de cálculo que indicasse o procedimento matemático adotado para determinação da suposta contingência, o que lhe impossibilita de analisar e eventualmente refutar o procedimento de quantificação adotado.

As planilhas não refletem um trabalho ordenado e sua disposição dificulta a compreensão e análise dos documentos, tendo em vista que a sequência da planilha é apresentada 30 folhas depois.

Não são feitas sequer quantificações parciais mensais que lhe permitam confrontar os valores com os constantes do total mensal do próprio auto de infração.

Diz, mais, que através de uma análise simplória realizada através do SINTEGRA e sem qualquer aprofundamento pelo exame das notas fiscais, pela natureza das mercadorias ou das operações, a Fiscalização compilou em planilhas desorganizadas e de difícil compreensão todas as operações com mercadorias com alíquotas diferentes de 17%.

Por conta desses argumentos, aduz que a fiscalização transferiu de forma ilegítima, um ônus probatório que não lhe cabe, prejudicando a própria análise e compreensão dos fatos, em desobediência ao disposto no artigo 130, II, da Lei nº 3.956/81, combinado com o artigo 39, II, “b”, do RPAF/99. Nesse sentido, transcreveu lição de professores de direito tributário.

Assim, com fulcro no artigo 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, requer preliminarmente o reconhecimento da nulidade da infração 03, devido à descrição imprecisa e genérica da autuação, agrupando uma série de operações diversas, mercadorias diversas e com destinatários de naturezas distintas (contribuintes e não-contribuintes), sob um mesmo relato, e, além disso, pela ausência de demonstração do critério adotado para a quantificação do valor exigido, apresentado sem memória de cálculo e com formatação deficiente.

No mérito, impugnou as seguintes infrações.

Infração 01

Esclarece que devido ao pagamento parcial do débito deste item, subsiste a discussão exclusivamente com relação à acusação de não escrituração das notas fiscais nº 554.828, de 31/01/2007, e nº 407.150, de 29/01/2008.

Alega que as citadas notas fiscais não estão escrituradas no seu livro Registro de Saídas em razão de não terem sido emitidas por seu estabelecimento, tendo juntado cópias do citado livro (fls.187 a 209) do período de janeiro de 2007 e janeiro de 2008, para mostrar que a numeração indicada pela fiscalização não corresponde com os documentos fiscais que utilizou no período (Jan/2007: 4.665 a 4.843 e Jan/2008: 7.030 a 7.181).

Infração 02

Observa que conforme demonstrativo à fl.23, a autuação se refere basicamente a entradas em transferência do seu estabelecimento situado em Atibaia/SP (CNPJ nº 02.014.622/0001-02, sob os códigos de operação fiscal: 1. CFOP nº 6.151: Transferência de produção do estabelecimento; 2. CFOP nº 6.152: Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; 3. CFOP. nº. 6.552: Transferência de bem do ativo imobilizado; e, 4. CFOP nº 6.557: Transferência de material de uso ou consumo.

Comenta que diante da natureza das operações como sendo transferência, não incide o imposto estadual, por ausência de circulação jurídica (transferência de propriedade) ou de operação (negócio jurídico que dê causa à circulação), dizendo que esta questão já se encontra pacificada no âmbito dos Tribunais pela não-incidência do ICMS, a exemplo do enunciado da Súmula nº 166 de 23/08/1996, do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. (Súmula STJ nº. 166, de 23.08.1996).” Citou, ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acerca da não-incidência do ICMS sobre as transferências de bens e mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

Por conta disso, entende que a multa é indevida sobre as operações de transferências (CFOPs 6.151, 6.152, 6.552 e 6.557), pois ela se refere expressamente a operações sujeitas à tributação.

Infração 03

Frisa que caso a nulidade deste item seja superada, passa a cotejar os elementos visando demonstrar a improcedência da autuação, e tendo em vista que o período fiscalizado foi de quatro anos, com grande volume de notas fiscais, efetuou a análise das inconsistências do levantamento fiscal por amostragem, considerando seis meses de análise: Junho e Outubro/2007; Março e Julho/2008 e Julho e Agosto/2009.

Aduz que da análise por amostragem do citado período, constatou que a exigência fiscal foi calculada sobre operações isentas e operações com redução da base de cálculo, porque o estabelecimento comercializa com mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS nº 101/1997, anexado às fls.211 a 217, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS nº 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

Para comprovar essa alegação, elaborou o quadro abaixo contendo itens da autuação, conforme cópias das notas fiscais às fls.219 a 225.

EMIÇÃO	NOTA FISCAL	UF	CFOP	RAZÃO DA ALÍQUOTA DIFERENCIADA
28/06/2007	5.847	BA	5102	NCM 8419.19.10 - Isenção conforme Convênio ICMS n. 101/1997
11/06/2007	5.720	RN	6108	NCM 8413.70.80 - Red. de Base conforme Convênio ICMS n. 52/91
02/10/2007	6.418	CE	6108	NCM 8419.19.10 - Isenção conforme Convênio ICMS n. 101/1997
10/10/2007	6.481	BA	5922	Nota fiscal de fatura (CFOP) 5.922. Vedado destaque cf. Conv. S/N de 1970 e NCM 8419.19.10 - Isenção conforme Convênio ICMS n. 101/1997
15/10/2007	6.507	BA	5992	Nota fiscal de fatura (CFOP) 5.922. Vedado destaque cf. Conv. S/N de 1970 e NCM 8419.19.10 - Isenção conforme Convênio ICMS n. 101/1997
28.07.2009	10.279	CE	6108	NCM 8419.19.10 - Isenção conforme Convênio ICMS n. 101/1997

Assim, diz que pelo fato de o autuante não ter disponibilizado a NCM dos produtos em seu levantamento, nem tampouco arquivos magnéticos, a expansão desta análise para outros períodos restou prejudicada, de modo que somente seria possível através do exame nota a nota de todas as notas fiscais autuadas, tendo em vista a desconsideração desta realidade na lavratura da autuação fiscal.

Além disso, observa que foi utilizada a alíquota interna em operações interestaduais com contribuintes do imposto, exigência esta que entende não encontrar respaldo nos artigos 50 e 51 do RICMS/BA, indicados como infringidos, ao contrário do seu procedimento que foi utilizar a alíquota de 12%.

Ressalta que o equívoco do procedimento adotado pela fiscalização foi efetuado através das consultas das informações constantes das notas fiscais no Cadastro de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda e no SINTEGRA, com a finalidade de examinar a atividade econômica dos de seus clientes.

Apresentou no corpo da impugnação um quadro contendo as notas fiscais e as respectivas atividades econômicas dos seus clientes, e juntou às fls.226 a 267, documentos referentes a CNPJ, consultas ao cadastro SINTEGRA e cópias das notas fiscais.

Salienta que a inclusão de contribuintes no âmbito da infração pode ser comprovada também, em geral, pelo exame das informações consignadas às fls.53 a 81, onde estão indicadas as atividades dos destinatários, tais como: 1. fl. 53: Comércio atacadista de madeira e Comércio atacadista de máquinas; 2. fls. 54: Comércio atacadista de madeira; 3. fl. 55: Restaurantes e similares e Transporte Rodoviários de Carga; 4. fl. 56: restaurantes e similares; 5. fl. 58: Fabricação de

esquadrias de madeira; 6. fl. 59: Fabricação de esquadrias de madeira; Fabricação de artefatos de cimento; e, restaurantes e similares; e assim sucessivamente.

Com esse argumento, entende que devem ser excluídas da autuação todas as saídas interestaduais com destino a contribuintes do ICMS tributadas à alíquota de 12%, cujas atividades econômicas podem ser aferidas através de consulta ao SINTEGRA ou ao CNPJ.

Prosseguindo, alega ainda que várias notas fiscais se referem a operações nas quais é vedado o destaque no imposto estadual, nos termos da própria legislação, como é o caso das operações de venda para entrega futura, onde é emitida nota fiscal de simples faturamento com o CFOP nº 5.922, sem destaque do imposto, conforme art. 40 do Convênio ICMS S/N de 1970.

Alega que além de ter sido autuada uma série de notas fiscais com destaque do ICMS relativas a entregas totais ou parciais, foram incluídas também as notas fiscais de simples faturamento, exigindo o ICMS em duplicidade com relação a tais operações, conforme extensa listagem de notas fiscais apresentadas no anexo da autuação (docs.fl.s.269 a 286).

Diz, mais, que além destas operações, verificou exigências indevidas sobre operações diversas tais como: 1. Saída de bem do ativo imobilizado sujeita a não-incidência (NF n. 5.065, de 07.03.2007, art. 6º, VIII, do RICMS/BA); 2. Saídas de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910); 3. Devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

Mais adiante, no caso das operações destinadas a empresas de construção civil com inscrição estadual, sustenta que a alíquota correta é de 12%, frisando que a questão da qualificação dessas empresas é controvertida, tendo sido objeto de inúmeros debates, inclusive que a esse respeito, a PROFAZ da SEFAZ/BA já externou entendimento no sentido de que as vendas a empresas de construção civil deveriam ser efetuadas à alíquota interestadual, como decidiu a Primeira Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF/BA (SEFAZ/BA. 1ª Câmara de Julgamento Fiscal. Auto de Infração nº 121644.0008/99-3. ACÓRDÃO CJF Nº 0583/01. Julgado em 19.04.2001), fls.288 a 291.

Além disso, aduz que a própria legislação (art.36 do RICMS/BA) determina que contribuintes são aqueles que realizam operações relativas à circulação de mercadorias com habitualidade e volume que caracterize intuito comercial.

Assim, diz que muitos dos seus clientes adquirem mercadorias de forma recorrente e em grandes volumes, como se depreende do próprio anexo da autuação (inúmeras aquisições de cerca de 3.000 unidades).

Cita como exemplo, a empresa Carneiro de Melo Construtora e Incorporadora Ltda. (CNPJ nº 03.977.993/0001-44, que efetuava mensalmente aquisições de quantidades relevantes de mercadorias, a saber:

15.02.2006 – 7.000 telhas, NFs 2.828, 2.825, 2.830 e 2.844 (Fls. 24);

02.03.2006 – 6.000 telhas, NFs 2.878 e 2.890 (fls. 25);

12.04.2006 – 5.700 telhas, NFs 2.083 e 2.084 (fls. 25);

17.05.2006 – 5.750 telhas, NFs 3.243 e 3.268 (fls. 26);

26.07.2006 – 12.000 telhas, NFs. 3.612, 3.613, 3.614, 3.615 e 3.623 (fls. 27), e assim sucessivamente.

Por outro lado, argumenta que em situações como esta, além da inscrição estadual em favor do destinatário, o estabelecimento trabalhava com outros elementos caracterizadores da condição de contribuinte, quais sejam: a habitualidade das operações e o seu volume.

Observa ainda que, caso se entenda que a alíquota aplicável às operações é a interna no lugar da interestadual, este valor não terá sido repassado no preço aos clientes, razão pela qual a empresa arcará com todo o ônus, em virtude de confusão perpetrada pela própria legislação estadual, o que é demonstrado pela própria oscilação de entendimento da Fazenda Estadual a respeito da

matéria.

Diante do exposto, entende que procedeu corretamente ao tributar as suas operações interestaduais pela alíquota interestadual nas saídas para empresas de construção civil, sobretudo com relação aos fornecimentos habituais e em grandes quantidades, sendo este o posicionamento adotado pela PROFAZ e pela SEFAZ/BA no passado, como demonstrado acima.

Por último, diz que na eventual hipótese de não ser esse o entendimento, requer, em vista das peculiares circunstâncias do caso em questão, e das provas apresentadas, ao menos, seja relevada a multa aplicada, tendo em vista a sua boa fé e, sobretudo, que a própria administração já adotou o entendimento por ele praticado à época da ocorrência dos fatos geradores.

Infração 05

Contesta a conclusão fiscal de utilização de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, arguindo que tal conclusão foi feita apenas no SINTEGRA sem o exame dos documentos fiscais e a busca da realidade fática.

Alega que a operação em questão é uma devolução interna de venda efetuada a pessoa jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes da Bahia, por motivo de troca. Diz que as vendas foram acobertadas pelos documentos fiscais a seguir indicados, conforme evidência de sua escrituração no Livro Registro de Saídas (docs.fls.293 a 296): NFs 3.591 e 3.592, emitidas em 24/07/2006, no valor de R\$5.840,02; e, NF 3.595, emitida em 24/07/2006, no valor de R\$2.640,01.

Esclarece que por ocasião das devoluções, foram emitidas as competentes notas fiscais de entrada, por se tratar de devolução efetuada por não-contribuinte, como determinado pela legislação (art. 229, I, do RICMS/BA), com a devida indicação das notas fiscais originárias no campo “observações” do Livro Registro de Entradas e o registro do crédito fiscal, conforme art. 93, VII, do RICMS/BA: NF 3.619, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 3.200,01, devolução da NF 3.591; NF 3.620, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 2.640,01, devolução da NF 3.592; e, NF 3.621, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 2.640,01, devolução da NF 3.595 (docs.fls.298 a 301).

Infração 06

Argumenta que não houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, pois todas as notas fiscais autuadas referem-se a frete de vendas efetuadas, arcados pela empresa, como se verifica das cópias das notas fiscais apresentadas. Além disso, diz que todas as notas fiscais em questão foram registradas corretamente no livro Registro de Entradas sob o CFOP 1.352, com a apropriação do respectivo crédito.

Para comprovar que o crédito apropriado não se refere à aquisição de material de uso e consumo, tratando-se de crédito relativo aos serviços de transporte prestados por terceiros com emprego em operações de comercialização, expressamente admitido pelo art. 93, III, b, do RICMS/BA, juntou como elemento de prova os documentos às fls.303 a 334 (folhas do Livro Registro de Entradas e cópias das próprias notas fiscais).

Infração 07

Transcreveu os artigos 50, I, 58, I e 572, todos do RICMS/97, para argüir que não deixou de recolher o ICMS incidente nas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, tendo justificado que efetuou a emissão de 17 notas complementares, com o objetivo de consolidar os custos de importação de mercadorias do exterior, não efetuando o destaque do ICMS nas mesmas, tendo em vista que as despesas aduaneiras já teriam sido tributadas na nota fiscal principal, emitida por ocasião do desembaraço aduaneiro para acobertar a entrada das mercadorias em seu estabelecimento situado no Município de Camaçari.

Assim, entende que os principais valores que integram as referidas notas fiscais complementares, são gastos posteriores ao desembaraço aduaneiro, que não se incluem na base de cálculo do ICMS importação, como, por exemplo: 1. Pagamentos efetuados ao Sindicato dos Despachantes

Aduaneiros (S.D.A); 2. Honorários do Despachante Aduaneiro; 3. Transporte Interno posterior ao desembaraço aduaneiro; e, 4. Serviços de Courier.

Aduz que a parcela dos valores relativos às armazenagens era incluída na base de cálculo do ICMS na nota fiscal principal por estimativa, tendo em vista que seu faturamento depende da permanência dos bens do recinto alfandegado e ocorre posteriormente ao desembaraço aduaneiro. Assim, justifica que parcelas dos valores incluídos nas notas fiscais complementares dizem respeito à parcela nas contemplada na estimativa dos valores de armazenagem anterior ao desembaraço aduaneiro.

Para comprovar o quanto alegado, apresentou no corpo de sua peça defensiva uma planilha, com a abertura das despesas posteriores ao desembaraço aduaneiro e apresenta em anexo, na ordem dos embarques mencionados, os documentos visando comprovar a natureza dos referidos valores, e demonstrar que a exigência fiscal é improcedente com relação a tais valores (docs.fls.336 a 568).

Afirmando que demonstrou e comprovou a natureza das despesas consideradas nas notas fiscais complementares, entende que tais valores devem ser excluídos da exigência fiscal, tendo em vista que se referem a despesas que não compõem a base de cálculo do ICMS-Importação por não se enquadrarem em quaisquer das previsões do art. 50, do RICMS/BA.

Prosseguindo, o defendente requereu a conversão do processo em diligência para revisão fiscal das infrações 03 e 07, com fundamento no §3º do artigo 123, do RPAF/99, protestando pela posterior juntada de documentos adicionais, além dos já apresentados, em homenagem ao princípio da verdade material, de modo a rechaçar as cobranças em tela.

Ao final, requer que a sua impugnação seja julgada procedente pelas razões de fato e direito acima expendidas, para que:

- a) Preliminarmente, sejam reconhecidos e processados o pagamento parcial da infração 01, e integral das infrações 04 e 08;
- b) Ainda preliminarmente, seja acolhida a preliminar de nulidade da infração 03 pelas razões expendidas acima;
- c) No mérito, sejam julgadas improcedentes as infrações ora impugnadas, diante dos argumentos e provas apresentados.

O autuante presta informação fiscal às fls.570 a 571, comentando o que segue:

Infração 01 – Justifica que houve erro de digitação das Notas Fiscais nº 554.828, de 31/01/2007, e nº 407.150, de 29/01/2008, esclarecendo que os números corretos são: 4.828 e 7.150, respectivamente.

Infração 02 – Aduz que não encontrou respaldo para sustentação da improcedência solicitada pelo contribuinte no RICMS-BA.

Infração 03 – Concordou parcialmente com a defesa, tendo refeito o levantamento fiscal, mantendo apenas as operações destinadas a “não contribuintes”, empresas de “Construção de edifícios”, “Serviços de engenharia”, “Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas”, “Incorporação de empreendimentos imobiliários”, “venda para não contribuinte (cesta básica)”, “Construção de obras de arte especiais”, “Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador não-customizáveis”, “Aluguel de imóveis próprios”, “Outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente”, “Serviços de engenharia”, “Condomínios prediais”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Impermeabilização em obras de engenharia civil”, “Aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Compra e venda de imóveis próprios” e “Isentos (não contribuintes)”. Sustenta que tais empresas não são contribuintes do ICMS tanto aqui na Bahia como pela legislação dos Estados onde se destinaram as mercadorias, apesar de poder terem inscrições de contribuintes especiais. Assim, conclui que tais operações deveriam ter sido feitas

considerando a alíquota interna da Bahia para não contribuinte. Manteve parcialmente procedente esta infração tendo seu novo valor computado conforme planilha anexada às fls.572 a 588.

Infração 05 – Concordou com a defesa no sentido da improcedência deste item.

Infração 06 – Quanto a alegação defensiva de que as notas fiscais autuadas têm supostamente o CFOP nº 1.556, afirmou que a informação do CFOP foi retirada de informação dada pelo contribuinte através da emissão dos arquivos magnéticos SINTEGRA, razão porque creditou como verídica tal informação ocasionando a infração em questão que considera como procedente.

Infração 07 – Não acolheu o pedido do autuado pela improcedência deste item, chamando a atenção de que o próprio contribuinte concorda que efetuou a emissão das “notas fiscais complementares, com o objetivo de consolidar os custos de importação do exterior, não efetuando o destaque do ICMS nas mesmas. Frisa que se foi emitida nota fiscal complementar de importação, pelo RICMS-BA é devido o ICMS referente aos valores constantes nas notas fiscais complementares emitidas.

Conclui pela procedência parcial do auto de infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.590 a 591, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.570 a 571, sendo-lhe entregues cópias, inclusive do levantamento fiscal feito, o qual, se manifestou às fls.593 a 600, argüindo o seguinte.

Destaca que o autuante em sua informação fiscal acolheu parcialmente suas razões, em virtude da solicitação de improcedência da infração 05 (fls. 571), devido aos fundamentos lançados à fl. 157, e da solicitação de procedência parcial da infração 03, com a elaboração de nova planilha considerando exclusivamente os destinatários não-contribuintes, o que resultou na redução desta exigência fiscal em cerca de R\$42.000,00.

Observa ainda que o autuante solicitou a reabertura de prazo para apresentação de defesa à infração 01, em virtude de erro na indicação da numeração das notas fiscais tidas como não escrituradas (fls. 570).

Reiterou as razões de sua impugnação, argüindo o seguinte.

Infração 02

Argumenta que sua fundamentação quanto a improcedência desta infração fundamenta-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ICMS não incide nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Desta forma, frisa que tendo em vista que as operações autuadas são transferências do estabelecimento situado em Atibaia/SP (CNPJ n. 02.014.622/0001-02), sob os códigos de operação fiscal 6.151, 6.152, 6.552 e 6.557, nas quais não incide o imposto estadual, entende que não lhe é aplicável a multa prescrita pelo art. 42, IX, da Lei n. 7.014/1996, por se referir este dispositivo exclusivamente a operações sujeitas a tributação.

Infração 03

Destaca que o autuante reconheceu parcialmente a infração, porém, em seu novo demonstrativo manteve algumas notas fiscais que, apesar de terem não-contribuintes como destinatário, não poderiam constar do demonstrativo, tais como:

1. Permanência da exigência do imposto sobre mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, listadas exemplificativamente no item VII.1 da Impugnação, tais como Nota Fiscal n. 5.847 e n. 5.720;

2. *Permanência da exigência fiscal sobre operações de saída de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), assim como sobre devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).*

Quanto às demais operações, reafirma a argumentação aduzida no item VII.4 da Impugnação, ressaltando a existência de habitualidade e volume que caracteriza intuito comercial de muitos de seus destinatários, de modo a preencher o requisito para a qualificação destes como Contribuinte, nos termos do art. 36 do RICMS/BA, ressaltando que deve ser considerado que a maioria dos destinatários possuía inscrição estadual na Unidade Federativa de destino.

Infração 06

Reafirma que apesar da indicação equivocada no SINTEGRA do CFOP n. 1.556, referente à aquisição de material de uso e consumo, as notas em questão referem-se a fretes tomados nas vendas das mercadorias, tendo sido todas as notas fiscais registradas no Livro Registro de Entradas corretamente sob o CFOP 1.352, com a apropriação do respectivo crédito, conforme cópias das notas fiscais e do Registro de Entradas juntados às fls.303 a 334.

Assim, reiterou seu pedido de improcedência deste item, sustentando que tem direito a apropriação do crédito fiscal, admitido no artigo 93, III, do RICMS/97, por não se tratar de aquisição de material de uso e consumo.

Infração 07

Repete que a exigência fiscal está baseada em 17 notas fiscais complementares de importação, que não foram tributadas em virtude de tais gastos, não se inclui na base de cálculo do ICMS importação, como, por exemplo: 1. Pagamentos efetuados ao Sindicato dos Despachantes Aduaneiros (S.D.A); 2. Honorários do Despachante Aduaneiro; 3. Transporte Interno posterior ao desembaraço aduaneiro; e, 4. Serviços de Courier.

Desta forma, considerou descabida a exigência fiscal, por entender que se tratam de despesas incorridas após o desembaraço aduaneiro, como as citadas acima, e não compõem a base de cálculo do ICMS-Importação por não se enquadrarem em quaisquer das previsões do artigo 58, inciso I, do RICMS/BA.

Conclui pedindo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal sobre a manifestação do autuado, fl.604, na qual, comenta que o pedido do autuado à fl.595, para afastar a multa referente a infração 02, não é cabível pois não foi fundamentado este pedido, ressaltando que o RICMS/BA determina que a transferência de mercadoria para outro Estado, mesmo sendo para empresas do mesmo grupo, deve ser tributada. Salienta que as outras impugnações já foram comentadas em sua primeira informação fiscal, fls.570 a 571, não havendo nada de novo ou necessário acrescentar.

Constam às fls. 606 a 613, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$ 66.546,86 (valor reconhecido de R\$40.180,67).

À fl.614, o autuado pediu vista do processo, tendo recebido cópia da folha 604, referente a informação fiscal prestada pelo autuante.

Na fase de instrução processual, verificando-se que:

a) no levantamento fiscal às fls.24 a 81, de que trata a infração 03, consta que as notas fiscais foram emitidas para não contribuintes do ICMS situados neste Estado e em outras Unidades da Federação, sendo calculado o imposto com base na alíquota interna e exigido a diferença do imposto;

b) na impugnação o autuado alegou que várias notas fiscais gozam de redução da base de

cálculo; foram destinadas a contribuintes do ICMS conforme demonstrativo elaborado no corpo da peça defensiva; se referem a operações sem incidência do imposto; a devoluções de compras, e as demais foram destinadas a empresas de construção civil com inscrição estadual;

c) na informação fiscal o autuante concordou parcialmente com a defesa, tendo refeito o levantamento fiscal, conforme planilhas às fls.572 a 588, reduzindo o débito para o valor de R\$100.785,46, informando que manteve apenas as operações destinadas a “não contribuintes”, empresas de “Construção de edifícios”, “Serviços de engenharia”, “Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas”, “Incorporação de empreendimentos imobiliários”, “venda para não contribuinte (cesta básica)”, “Construção de obras de arte especiais”, “Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador não-customizáveis”, “Aluguel de imóveis próprios”, “Outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente”, “Serviços de engenharia”, “Condomínios prediais”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Impermeabilização em obras de engenharia civil”, “Aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Compra e venda de imóveis próprios” e “isentos (não contribuintes)”.

d) o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal alegou a permanência de notas fiscais:

d.1 - de mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energia solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Obs.: Das notas fiscais relacionadas à fl.147, somente as de nº 5.847, 5720 e 10.279 foram mantidas no levantamento fiscal fls.572 a 588, conforme documentos acostados às fls.210 a 224;

d.2 - de operações de saída de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), assim como sobre devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

d.3 - referentes a operações nas quais é vedado o destaque do imposto estadual, nos termos da própria legislação, como é o caso das operações de venda para entrega futura, onde é emitida nota fiscal de simples faturamento com o CFOP nº 5.922, sem destaque do imposto, conforme art. 40 do Convênio ICMS s/nº de 1970. (fls.269 a 286)

d.4 - com destaque do ICMS relativo a entregas totais ou parciais, e notas fiscais de simples faturamento, exigindo o ICMS em duplicidade com relação a tais operações, conforme extensa listagem de notas fiscais apresentadas no anexo da autuação (docs.fls.269 a 286).

d.5 - de operações diversas tais como: 1. Saída de bem do ativo imobilizado sujeita a não-incidência (NF n. 5.065, de 07.03.2007, art. 6º, VIII, do RICMS/BA); 2. Saídas de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910); 3. Devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

d.6 - de contribuintes do ICMS.

Considerando, ainda, que o autuado alegou que a sua análise das alegadas inconsistências no levantamento fiscal foi feita por amostragem de seis meses para cada exercício.

Conforme despacho de fls.617 a 618, na Pauta Suplementar do dia 25/08/2011, foi proposta pelo Relator e acolhida pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, a conversão do processo em diligência à INFAZ DE ORIGEM para que o autuante prestasse nova informação, nos seguintes termos:

1. Intimasse o autuado a apresentar levantamento detalhado contendo todas as notas fiscais, que se enquadram em suas alegações acima, inclusive as já citadas em sua peça defensiva.

2. Após o atendimento do item anterior por parte do sujeito passivo, procedesse, se fosse o caso, as devidas alterações no levantamento fiscal constante às fls. 572 a 588, indicando, mês a mês, os valores remanescentes por conta das alterações efetuadas.

O autuante atende o pedido do órgão julgador, conforme informação fiscal, fls. 623 a 624, inicialmente comenta que como houve várias idas e voltas do mesmo processo, descreveu abaixo todas as informações e manifestações feitas em outros momentos.

Em seguida, informou que:

- 1) *À folha 141 e 142, item V, o contribuinte reconhece parte da infração e informa o pagamento parcial da mesma. Informa ainda que “conforme informado no capítulo 3 desta impugnação, subsiste exclusivamente com relação a suposta não escrituração ds notas fiscais n. 554.828, de 31.01.2007, e n. 407.150, de 29.01.2008.” Tem este auditor a informar que houve um erro de digitação involuntário e inexplicável: Onde se lê 554.828, deve ser lido 4.828 e onde se lê 407.150, deve ser lido 7.150. Este auditor solicita que este egrégio conselho considere a infração **procedente**, abrindo novo prazo de defesa para a autuada;*
- 2) *À folha 142, item VI, o contribuinte solicita improcedência da infração. Este auditor não encontrou respaldo para sustentação da improcedência solicitada pelo contribuinte no RICMS-BA, pois as transferências são interestaduais, conforme próprio CFOP informado na NF, e, portanto, tributadas, como se constata na própria declaração do contribuinte no 4º parágrafo da folha 143 que diz “diante da consignação da natureza das operações como sendo transferências de mercadorias, materiais de uso e consumo e de ativo imobilizado entre matriz e filial, como consignado no próprio auto de infração, a questão que se apresenta é a da incidência do imposto estadual sobre estas movimentações”. Este auditor solicita a **procedência** desta infração;*
- 3) *À folha 146, item VII, é impugnada a infração 3. Este auditor concorda parcialmente com o contribuinte. O convênio que abrange as mercadorias envolvidas só dá direito à isenção de imposto quando também foram isentas do IPI. Desta forma, foi refeita a planilha tendo sido mantidas as operações onde há cobrança de IPI. Assim, solicita este auditor que seja considerada **parcialmente procedente** esta infração tendo seu novo valor computado conforme planilha anexa;*
- 4) *À folha 157, item VIII, o contribuinte pede improcedência da infração 5. Este auditor **concorda** com o pedido do contribuinte;*
- 5) *À folha 158, item IX, o contribuinte pede improcedência da infração 6. Este auditor **concorda** com o pedido do contribuinte;*
- 6) *À folha 159, item X, o contribuinte pede improcedência da infração 7. Como registrado na própria defesa, o contribuinte concorda que efetuou a emissão das “notas fiscais complementares, com o objetivo de consolidar os custos de importação do exterior, não efetuando o destaque do ICMS nas mesmas”. Considerou este auditor o que foi declarado pelo contribuinte em suas notas fiscais: “notas fiscais complementares” referentes às importações, não vendo razão para não considerar a própria afirmação feita pelo contribuinte. Se é nota fiscal complementar de importação, pelo RICMS-BA é devido o ICMS referente aos valores constantes nas notas fiscais complementares emitidas e a infração deve ser considerada **procedente**;*
- 7) *Face ao exposto, solicita este auditor que seja considerado **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração em questão.*

Consta às fls.626 a 627 uma intimação e AR dos Correios, visando a cientificação da informação fiscal ao sujeito passivo, porém a intimação não foi entregue em virtude de constar que o autuado “mudou-se”.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.630 a 631, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 623 a 624.

À fl. 637 o autuante informa que tendo em vista a impugnação parcial do sujeito passivo, e a não anexação da planilha com as alterações da manifestação anterior, acostou ao processo planilhas atualizadas, conforme documentos às fls.638 a 656, e CD à fl.657.

Conforme intimação à fl.658, foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, mediante a entrega dos documentos constantes às fls.623, 624, 637 a 657, tendo o sujeito passivo se manifestado às fls. 660 a 670, argüindo o seguinte.

Repisa todas as infrações, salientando que na sua defesa anterior reconheceu a procedência parcial da autuação fiscal em apreço, especificamente no que tange a parte da Infração 01 e a totalidade das Infrações 04 e 08, inclusive que realizou a respectiva quitação através de pagamento (docs.fls.184 a 185).

Registra que cumprindo a determinação da 2ª JF, em 05.12.2011 apresentou arquivo com a relação das notas fiscais enquadradas em cada uma de suas alegações aduzidas no curso do processo.

Diz, ainda, que o autuante atendendo a diligência do órgão julgador, apresentou nova Informação Fiscal às folhas 623 e 624, oportunidade em que reconheceu a IMPROCEDÊNCIA total das Infrações 05 e 06, bem como, requereu a PROCEDÊNCIA PARCIAL da Infração 03.

Quanto às infrações 05 e 06, frisa que decorrem de suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, respectivamente.

Já com relação a Infração 05, aduz que demonstrou de forma cristalina, em sede de impugnação e posteriores manifestações, que a operação em questão se trata de operação interna de devolução de venda, correspondendo o crédito escriturado ao débito anteriormente destacado por ocasião da saída das mercadoria, conforme os documentos fiscais acostados aos autos (docs.fls.293 a 296).

Continuando, mostra que da análise dos argumentos e provas apresentados pela Impugnante, o Autuante, acatou em sua integralidade o pedido de improcedência da Infração, conforme se infere da leitura do “Item 4”, da folha 624:

*“4) À folha 157, item VIII, o contribuinte pede improcedência da infração 5. Este auditor **concorda** com o pedido de contribuinte.”*

No que tange a Infração 06, esclarece que do arcabouço probatório apresentado pela Impugnante (docs.fls.303 a 334), do qual fazem parte: (i)cópias das notas fiscais autuadas e (ii) cópias das folhas do Livro de Registro de Entradas onde as notas em questão foram escrituradas, demonstram que o crédito apropriado não se refere à aquisição de material de uso e consumo. Em verdade, trata-se de crédito escriturado em razão da prestação de serviços de transporte por terceiros em favor da Impugnante, situação esta que gera direito ao aproveitamento do crédito de ICMS, à luz das disposições do RICMS/BA.

Assim, mostra que o seu argumento fora acatado na íntegra pelo autuante, conforme se depreende da leitura do “item 5” da Informação Fiscal (fl. 624):

*“5) À folha 158, item IX, o contribuinte pede improcedência da infração 6. Este auditor **concorda** com o pedido de contribuinte.”*

Com base nisso, registra que o autuante reconhece a improcedência das Infrações 05 e 06 do Auto de Infração em comento.

No tocante a infração 01, cujo objeto é “*omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*”, transcreve o argumento apresentado pelo autuante de incorreção na digitação dos documentos fiscais, informando: *e defesa para a autuada.*”

Sustenta que, neste sentido, não merece prosperar a infração, visto que conforme se verifica nos Livros Registros de Saída (docs.fls.187 a 209), as notas indicadas pelo Fiscal, quais sejam, NF n. 4.828 e 7.150, estão devidamente escrituradas nos meses de janeiro/2007 e janeiro/2008, pelo que, pede a improcedência desta infração.

Quanto a infração 02, aduz que ao examinar a argumentação apresentada, a informação fiscal limita-se a destacar que não foi encontrado “respaldo para sustentação da improcedência solicitada pelos Contribuintes no RICMS/BA”, com relação a esta imputação, a saber:

“À folha 142, item VI, o contribuinte solicita improcedência da infração. Este auditor não encontrou o respaldo para sustentação da improcedência solicitada pelo contribuinte no RICMS-BA, pois as transferências são interestaduais, conforme próprio CFOP informado na NF, e, portanto, tributadas, como se constata na própria declaração do contribuinte no 4º parágrafo da folha 143 que diz “diante da consignação da natureza das operações como sendo transferências de mercadorias, materiais de uso e consumo e de ativo imobilizado entre matriz e filial, como consignado no próprio auto de infração, a questão se apresenta é a da incidência do imposto estadual sobre estas movimentações”.”

Repete que sua argumentação fundamenta-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ICMS não incide nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, o que, diz foi plenamente demonstrado na Impugnação.

Assim, ressalta que tendo em vista que as operações autuadas são transferências do estabelecimento da Impugnante situado em Atibaia/SP (CNPJ n. 02.014.622/0001-02), sob os códigos de operação fiscal 6.151, 6.152, 6.552 e 6.557, nas quais não incide o imposto estadual, entende que não lhe é aplicável a multa prescrita pelo art. 42, IX, da Lei n. 7.014/1996, por se referir exclusivamente a operações sujeitas a tributação:

Pelo exposto, reitera seu pedido no sentido de que seja afastada a multa aplicada às operações enquadradas nos CFOPs 6.151, 6.152, 6.552 e 6.557, reconhecendo-se a inaplicabilidade do art. 42, IX, da Lei n. 7.014/96.

No tocante a infração 03, assevera que conforme demonstrado pelo autuante à fl. 623, em razão do exposto na Impugnação, foi reconhecida a parcial improcedência da infração, com a elaboração de novo quadro demonstrativo relativamente à infração 03, consoante indicações às fls. 623:

“À folha 146, item VII, é impugnada a infração 03. Este auditor concorda parcialmente com o contribuinte. O convênio que abrange as mercadorias envolvidas só dá direito à isenção de imposto quando também foram isentas do IPI. Desta forma, foi refeita a planilha tendo sido mantidas as operações onde há cobrança de IPI. Assim, solicita este auditor que seja considerada parcialmente procedente esta infração tendo seu novo valor computado conforme planilha anexa;”

Examinando o novo quadro demonstrativo (fls. 650/654), observa que foi feita a exclusão de um número relevante de notas fiscais, que resultou na redução da exigência fiscal principal para cerca de R\$ 14.200,00. Contudo, apesar desta redução, frisa a permanência residual de algumas notas fiscais que, apesar de terem não-contribuintes como destinatário, não poderiam constar do demonstrativo, tais como:

✓ *Permanência da exigência do imposto sobre mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, listadas exemplificativamente no item VII.1 da Impugnação, tais como NF n. 5.720, n. 5.847 e n. 6.418;*

- ✓ *Permanência da exigência fiscal sobre operações de devoluções de compras para industrialização (CFOP 6.201) à alíquota interestadual de 12%: NF 3.970 (25.09.2006); NF 5.024 (01.03.2007); NF 5.031 (02.03.2007); e, NF 8.749 (31.10.2008).*

Diante da manutenção das referidas operações no quadro demonstrativo, reitera seu pedido no sentido de que as mesmas sejam excluídas em razão da correção de seu procedimento.

No que se refere às demais operações, reafirma a argumentação aduzida no item VII.4 da Impugnação, ressaltando a existência de habitualidade e volume que caracterize intuito comercial de muitos de seus destinatários, de modo a preencher o requisito para a qualificação destes como contribuinte do imposto, nos termos das disposições do art. 36 do RICMS/BA.

Acrescenta ainda, que deve ser considerado que a maioria dos destinatários possuía inscrição estadual na Unidade Federada de destino.

Diante do exposto, entende que procedeu corretamente ao tributar as suas operações interestaduais pela alíquota interestadual nas saídas para empresas de construção civil, sobretudo com relação aos fornecimentos habituais e em grandes quantidades, sendo este o posicionamento adotado pela PROFIS e pela SEFAZ/BA no passado, como demonstrado em sua Impugnação.

Sobre a infração 07, destaca que conforme descrição da autuação teria deixado de “*recolher ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento*”, pelo fato de ter emitido 17 notas fiscais complementares de notas de importação, as quais não foram tributadas pelo ICMS.

Registra que em sua Impugnação, demonstrou que as notas fiscais complementares (docs.fls.335 a 568 anexos a primeira impugnação) emitidas buscavam consolidar gastos incorridos após o desembarço aduaneiro, os quais, nos termos da legislação, não se incluem na base de cálculo do ICMS importação, como, por exemplo: 1. *Pagamentos efetuados ao Sindicato dos Despachantes Aduaneiros (S.D.A); 2. Honorários dos Despachante Aduaneiros; 3. Transporte Interno posterior ao desembarço aduaneiro; e, 4. Serviços de Courier. Para tal, realizou a abertura dos referidos gastos e os comprovou documentalmente.*

Entretanto, salienta que o Autuante, em postura extremamente formalista, mantém a autuação sobre os seguintes fundamentos:

“À folha 159, item X, o contribuinte pede improcedência da infração 7. Como registrado na própria defesa, o contribuinte concorda que efetuou a emissão das “notas fiscais complementares, com o objetivo de consolidar os custos de importação do exterior, não efetuando o destaque do ICMS nas mesmas”. Considerou este auditor o que foi declarado pelo contribuinte em suas notas fiscais: “notas fiscais complementares” referentes às importações, não vendo razão para não considerar a própria afirmação feita pelo contribuinte. Se é nota fiscal complementar de importação, pelo RICMS-BA é devido o ICMS referente aos valores constantes nas notas fiscais complementares emitidas e a infração deve ser considerada procedente.”

Não concordou com tal afirmação, dizendo que ao contrário do afirmado pelo Autuante, o que determina ou não a incidência do ICMS na operação de importação e sua base de cálculo, não é em hipótese alguma a indicação constante da nota fiscal (nota fiscal complementar), mas a natureza das despesas incorridas.

Neste sentido, destaca que o RICMS/BA é categórico, em seu art. 58, I, “e”, ao estabelecer que integram a base de cálculo do ICMS-Importação as “*despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração*”.

Com base nisso, assevera que se torna fundamental no exame da suposta infração, é a análise acerca do enquadramento das referidas despesas incorridas e devidamente comprovadas, dentre

as despesas aduaneiras que a legislação determina sejam incluídas na base de cálculo do ICMS-Importação. E que, ao realizar este exame, conclui pelo total descabimento da exigência do ICMS-Importação sobre despesas incorridas após o desembaraço aduaneiro, como as citadas acima, ante a ausência de previsão legal.

Aduz que diante da comprovação da natureza das despesas consideradas nas notas fiscais complementares, com base nas razões acima e os documentos acostados aos autos, entende que tais valores devem ser excluídos da exigência fiscal, tendo em vista que se referem a despesas que não integram a base de cálculo do ICMS-Importação por não se enquadrarem em quaisquer das previsões do art. 58 do RICMS/BA.

Em face de todo o exposto e reiterando o pedido efetuado na Impugnação, requer que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente pelas razões de fato e direito acima expendidas, para que:

- i. Preliminarmente, sejam reconhecidos e processados os pagamentos: parcial da infração 01 e integral das infrações 04 e 08;*
- ii. No mérito, sejam julgadas improcedentes as infrações diante dos argumentos e provas apresentadas pela Impugnante.*

Requer, ainda, juntada do instrumento de substabelecimento para que produza seus regulares efeitos, bem como, a posterior juntada de documentos e realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99.

Por fim, requer que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa, no endereço Av. Tancredo Neves, 620, Torre Empresarial, Sala 214, Edifício Mundo Plaza, Bairro Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020, sob pena de nulidade.

O autuante presta informação fiscal à fl.696, declarando ciente da manifestação do autuado, e diz que não há mais nada a acrescentar além do que já fora informado nas folhas 623/624 e 637/656.

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls.21 a 108.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas, foram entregues ao sujeito passivo conforme comprova a intimação e AR dos Correios às fls.131 e 132, e permitiram-lhe exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Portanto, não acolho a preliminar de nulidade argüida na defesa, em relação à infração 03, pois o enquadramento legal está em consonância com o fato descrito no auto de infração, e nas planilhas às fls.24 a 81 encontram-se discriminados todos os dados sobre cada documento fiscal e os respectivos cálculos. Além disso, nas informações fiscais o autuante diante das provas apresentadas na defesa refez tais planilhas com a inserção de coluna indicando a atividade dos destinatários (docs.fl.572 a 588), documentos esses que foram entregues ao autuado, conforme intimação e AR dos Correios às fls.590/591, e permitiram o perfeito entendimento da acusação fiscal e o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Além do levantamento fiscal permitir a identificação de cada operação, ressalto que o mesmo foi elaborado com base nas notas fiscais emitidas pelo autuado, e, portanto, ele tem conhecimento da natureza das operações (operações internas, interestaduais, simples faturamento, venda, transferências, dentre outras).

Quanto a alegação de que não foram disponibilizadas as planilhas em meio magnético, o autuado recebeu o levantamento fiscal em papel impresso, com a indicação do número de cada folha e o número total do levantamento fiscal. Verifico ainda que as diferenças apuradas no levantamento inicial não estavam totalizadas mês a mês, porém, isto foi saneado nas informações fiscais em razão do refazimento da planilha.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa da infração 03. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, e entregues ao autuado, desde a formação inicial e durante a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência das infrações 03 e 07, com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, indefiro tal pedido, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide das mesmas, inclusive recalculando o débito, se necessário.

Ressalto que, quanto às citadas infrações, na fase de instrução verificando-se os esclarecimentos apresentados na informação fiscal, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem para reabertura do prazo de defesa, conforme intimações e AR dos Correios, fls.590 a 591, e 658, o que permitiu ao sujeito passivo exercer plenamente o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, de acordo com as manifestações de fls. 593 a 600, 660 a 670.

No que concerne ao pedido do autuado para que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa, no endereço Av. Tancredo Neves, 620, Torre Empresarial, Sala 214, Edifício Mundo Plaza, Bairro Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41820-020, inexistindo óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de 08 (oito) infrações, que passo a analisar cada uma de per si.

01 – 05.05.03

Trata da imputação da falta de lançamento no Registro de Saídas das notas fiscais nº 2090; 554828; 5053; 5054; 2430; 7228; e 407150, conforme demonstrativo à fl.22, ensejando na falta de recolhimento do ICMS no total de R\$5.382,12.

Na defesa o autuado reconheceu que realmente não foram escrituradas os referidos documentos fiscais, exceção das notas fiscais nº 554.828, de 31/01/2007, e nº 407.150, de 29/01/2008, para as quais foi alegado que não foram emitidas por seu estabelecimento, tendo juntado cópias do Registro de Saídas (fls.187 a 209) do período de janeiro de 2007 e janeiro de 2008, para mostrar que a numeração indicada pela fiscalização não corresponde com os documentos fiscais que foram utilizados no período.

Na informação fiscal, o autuante justificou que houve equívoco na citação dos números dessas notas fiscais, esclarecendo que os números corretos são 4.828 e 7.150, respectivamente.

Considerando que o sujeito passivo, após a ciência da informação fiscal, trouxe ao processo cópia dos Livros Registros de Saída (fls. 677 a 679 e 681 a 683), comprovando que as notas fiscais nº 4.828 e 7.150, estão devidamente escrituradas nos meses de janeiro/2007 e janeiro/2008, considero encerrada a lide em relação a este item da autuação, subsistindo parcialmente a infração, no valor de R\$4.269,16, devendo ser homologado o valor já recolhido conforme DAE à fl.184 e 185.

Item subsistente em parte.

02 - 16.01.01

O fulcro da autuação é de não foram registradas no Registro de Entradas as notas fiscais relacionadas à fl.23, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de no valor de R\$22.591,17, prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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

(...)

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Não foi negado o fato pelo autuado, porém, foi argüido que por se tratar de transferências de mercadorias e bens entre estabelecimento da empresa situado em Atibaia/SP (CNPJ n. 02.014.622/0001-02), sob os códigos de operação fiscal: 1. CFOP nº 6.151: Transferência de produção do estabelecimento; 2. CFOP nº 6.152: Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; 3. CFOP. nº. 6.552: Transferência de bem do ativo imobilizado; e, 4. CFOP nº 6.557: Transferência de material de uso ou consumo, não é devida a multa em razão de não incidir o imposto em tais operações.

No que pertine a alegação de que não incide o imposto estadual, em relação a operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, por ausência de circulação jurídica (transferência de propriedade) ou de operação (negócio jurídico que dê causa à circulação), não assiste razão ao defendente, ressaltando-se que o fato de que esta questão já se encontrar pacificada no âmbito dos Tribunais pela não-incidência do ICMS, por força da Súmula nº 166 de 23/08/1996, do Superior Tribunal de Justiça, não vincula este órgão julgador, visto que, em decorrência da atividade vinculada, de acordo com a legislação tributária as operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte são tributáveis.

Tomando por base o demonstrativo às fls.655 a 656, no caso das operações que não se destinam a comercialização, com CFOP 6.557: Transferência de material de uso ou consumo, de fato a multa deveria ter sido de 1%, conforme previsto no artigo 42, XX, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, no caso das notas fiscais objeto da autuação, o cálculo da multa aplicação pelo descumprimento da obrigação acessória, está em perfeita conformidade com o artigo 42, IX, da Lei nº 7.014/96, acima transcrita.

Assim, por não encontrar respaldo para sustentação da improcedência solicitada pelo contribuinte no RICMS-BA, e restar caracterizada a infração, subsiste a infração em comento.

03 - 03.02.02

Neste item está sendo exigido o ICMS no valor de R\$140.593,33, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo analítico às fls.24 a 81 e refeito às fls.572 a 588.

Consoante discriminado no levantamento fiscal às fls.24/52 e 53/81, as notas fiscais foram emitidas para não contribuintes do ICMS (construção de edifícios; serviços de engenharia; obras de urbanização; restaurantes; construção de obras de artes; e outros não contribuintes) situados neste Estado e em outras Unidades da Federação, sendo calculado o imposto com base na

alíquota interna e exigido a diferença do imposto.

Na impugnação o autuado alegou que várias notas fiscais gozam de redução da base de cálculo; foram destinadas a contribuintes do ICMS conforme demonstrativo elaborado no corpo da peça defensiva; se referem a operações sem incidência do imposto; a devoluções de compras, e as demais foram destinadas a empresas de construção civil com inscrição estadual;

O autuante, por seu turno, na informação fiscal concordou parcialmente com a defesa, tendo feito o levantamento fiscal, conforme planilhas às fls.572 a 588, reduzindo o débito para o valor de R\$100.785,46, e informou que manteve apenas as operações destinadas a “não contribuintes”, empresas de “Construção de edifícios”, “Serviços de engenharia”, “Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas”, “Incorporação de empreendimentos imobiliários”, “venda para não contribuinte (cesta básica)”, “Construção de obras de arte especiais”, “Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador não-customizáveis”, “Aluguel de imóveis próprios”, “Outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente”, “Serviços de engenharia”, “Condomínios prediais”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Impermeabilização em obras de engenharia civil”, “Aluguel de máquinas e equipamentos para escritórios”, “Construção de instalações esportivas e recreativas”, “Compra e venda de imóveis próprios” e “isentos (não contribuintes)”.

Instado a se manifestar sobre o novo resultado apurado na informação fiscal o autuado alegou a permanência de notas fiscais:

1 - de mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento da energia solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Obs.: Das notas fiscais relacionadas à fl.147, somente as de nº 5.847, 5720 e 10.279 foram mantidas no levantamento fiscal fls.572 a 588, conforme documentos acostados às fls.210 a 224;

2 - de operações de saída de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), assim como sobre devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

3 - referentes a operações nas quais é vedado o destaque do imposto estadual, nos termos da própria legislação, como é o caso das operações de venda para entrega futura, onde é emitida nota fiscal de simples faturamento com o CFOP nº 5.922, sem destaque do imposto, conforme art. 40 do Convênio ICMS s/nº de 1970. (fls.269 a 286)

4 - com destaque do ICMS relativo a entregas totais ou parciais, e notas fiscais de simples faturamento, exigindo o ICMS em duplicidade com relação a tais operações, conforme extensa listagem de notas fiscais apresentadas no anexo da autuação (docs.fls.269 a 286).

5 - de operações diversas tais como: 1. Saída de bem do ativo imobilizado sujeita a não-incidência (NF n. 5.065, de 07.03.2007, art. 6º, VIII, do RICMS/BA); 2. Saídas de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910); 3. Devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).

6 - de contribuintes do ICMS.

Por conta disso, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, despacho de fls.617 a 618, para que o autuante prestasse nova informação, nos seguintes termos:

3. Intimasse o autuado a apresentar levantamento detalhado contendo todas as notas fiscais, que se enquadram em suas alegações acima, inclusive as já citadas em sua peça defensiva.

4. Após o atendimento do item anterior por parte do sujeito passivo, procedesse, se for o caso, as devidas alterações no levantamento fiscal constante às fls. 572 a 588, indicando, mês a mês, os valores remanescentes por conta das alterações efetuadas.

O autuante obtém as informações junto ao autuado, atende o pedido do órgão julgador, conforme informações fiscais, fls. 623 a 624, e 637, e refaz o levantamento fiscal, resultando no documento às fls. 650 a 654, com a diminuição do débito para o valor de R\$14.298,32.

Analizando o referido demonstrativo, verifico que foram mantidas as notas fiscais referentes a pessoas jurídicas com as seguintes atividades: construção de edifícios; obras de urbanização; incorporação de empreendimentos; aluguel de imóveis; serviços de engenharia; condomínios prediais; impermeabilizações; aluguel de máquinas; construção de instalações; compra e venda de imóveis; e a não contribuintes (isentos de inscrição estadual).

Cientificado o sujeito passivo do novo demonstrativo acostado ao processo, este argüiu o seguinte:

1. *Permanência da exigência do imposto sobre mercadorias beneficiadas pela previsão do Convênio ICMS n. 101/1997, que dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica, e do Convênio ICMS n. 52/1991, que dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, listadas exemplificativamente no item VII.1 da Impugnação, tais como Nota Fiscal n. 5.847 e n. 5.720;*
2. *Permanência da exigência fiscal sobre operações de saída de bens da cesta básica com redução de base de cálculo (NF 4.635, de 27.12.2006, CFOP 5.910), assim como sobre devoluções de compras para industrialização à alíquota interestadual de 12% (NF 3.970, de 25.09.2006, CFOP 6.201; NF 5.024, de 01.03.2007, CFOP 6.201; NF 5.031, de 02.03.2007, CFOP 6.201; e, NF 8.749, de 31.10.2008, CFOP 6.201).*

De fato tem razão o autuado, em relação às notas fiscais acima citadas. Porém, constato que as notas fiscais nº 4635; 6481; 6507; e 10279, não figuram do referido levantamento. Quanto às demais notas fiscais (3970; 5024; 5031; 8749; 5847; e 5720; 6418), devem ser retiradas do levantamento fiscal de fls.650 a 654, que faço de ofício por medida de celeridade processual e dado os pequenos valores do débito, conforme demonstrado abaixo:

- ✓ NF 3970, 09/2006, débito R\$ 81,48 : Valor apurado R\$264,67 – R\$81,48 = R\$183,19;
- ✓ NFs 5024 e 5031, 03/2007, débitos R\$337,21 e R\$ 59,23: Valor apurado R\$396,44 – R\$337,21 – R\$59,23 = 0,00;
- ✓ NFs 5847 e 5720, 06/2007, débitos R\$38,25 e R\$ 39,52: Valor apurado R\$104,76 – R\$38,25 – R\$39,52 = R\$26,99;
- ✓ NF 6418, 10/2007, débito R\$ 39,52: Valor apurado R\$51,99 – R\$39,52 = R\$12,47;
- ✓ NF 8749, 10/2008, débito R\$ 233,28: Valor apurado R\$438,49 – R\$233,28 = R\$205,21.

Quanto às demais notas fiscais, o entendimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária, uma vez que se tratam de operações realizadas com empresas que apesar de possuírem inscrições especiais, não se incluem com contribuinte do ICMS, e portanto, a alíquota correta é 17%, conforme considerou o autuante em seu levantamento fiscal refeito às fls. 650 a 654, que com as alterações acima resulta no débito de R\$ 13.469,83, subsistindo em parte este item da autuação.

No tocante à jurisprudência citada na defesa, constato que, por se tratar de casos diversos do ora em análise, entendo que não ter pertinência para sua consideração.

Quanto ao pedido para relevação da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal neste item da autuação, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Infração 04 – 07.15.03

O débito lançado neste item se refere a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativo às fls.639.

Não existe lide em relação a este item, porquanto o autuado reconheceu o cometimento da infração, inclusive já comprovou ter efetuado o recolhimento do débito no valor de R\$ 1.440,78 através do DAE às fls.184 e 185.

05 - 01.02.03

O débito lançado neste item diz respeito a imputação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.441,61, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, relativamente aos documentos fiscais relacionados às fls. 99 e 642.

Constato que o autuante na informação fiscal concordou com a defesa pela improcedência deste item, em virtude de:

- a) a operação em questão ser uma devolução interna de venda efetuada a pessoa jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes da Bahia, por motivo de troca;
- b) as vendas foram acobertadas pelos documentos fiscais a seguir indicados, conforme evidência de sua escrituração no Livro Registro de Saídas (docs.fls.293 a 296): NFs 3.591 e 3.592, emitidas em 24/07/2006, no valor de R\$5.840,02; e, NF 3.595, emitida em 24/07/2006, no valor de R\$2.640,01;
- c) que por ocasião das devoluções, foram emitidas as competentes notas fiscais de entrada, por se tratar de devolução efetuada por não-contribuinte, como determinado pela legislação (art. 229, I, do RICMS/BA), com a devida indicação das notas fiscais originárias no campo “observações” do Livro Registro de Entradas e o registro do crédito fiscal, conforme art. 93, VII, do RICMS/BA: NF 3.619, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$3.200,01, devolução da NF 3.591; NF 3.620, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 2.640,01, devolução da NF 3.592; e, NF 3.621, emitida em 26/07/2007, no valor de R\$ 2.640,01, devolução da NF 3.595 (docs.fls.298 a 301).

Desta forma, não subsiste a infração.

06 - 01.02.02

Refere-se a utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, cujos valores dos créditos fiscais tidos como indevidos estão relacionados às fls.86 e 99, onde se verifica na descrição dos produtos a expressão “PROVISÃO P/FRETES”, com CFOP 1.556 (material de uso/consumo), conforme demonstrativo à fl.99.

Analisando os documentos acostados à peça defensiva, fls.303 a 334, verifico que, conforme alegado, o CFOP foi consignado incorretamente, cujos valores apropriados se referem a frete de vendas efetuadas, arcados pela empresa, como se verifica das cópias das notas fiscais apresentadas. Ou seja, realmente dizem respeito a crédito relativo aos serviços de transporte prestados por terceiros com emprego em operações de comercialização, expressamente admitido pelo art. 93, III, b, do RICMS/BA.

Portanto, restando comprovado através dos documentos às fls.303 a 334 (folhas do Livro Registro de Entradas e cópias das próprias notas fiscais), que não houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, pois todas as notas fiscais autuadas referem-se a frete de vendas efetuadas, arcados pela empresa, como se verifica das cópias das notas fiscais apresentadas e que foram registradas corretamente no Livro Registro de Entradas sob o CFOP 1.352, com a apropriação do respectivo crédito.

Na primeira informação fiscal o autuante justificou que na apuração do débito utilizou os dados constantes nos arquivos magnéticos SINTEGRA que constam o CFOP nº 1.556, e posteriormente, em nova informação fiscal concordou com a defesa acolhendo as provas apresentadas.

Diante das provas apresentadas, considero elidida a infração.

Infração 07 - 12.02.01

Versa este item sobre a exigência de ICMS, no valor de R\$13.825,43, recolhido a menor pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço aduaneiro.

Saliento que no levantamento fiscal à fl.108 e repetido à fl.638/642, elaborado pela fiscalização contém a identificação de 17 notas fiscais complementares emitidas pelo autuado referente a despesas ocorridas em processos de importação.

O autuado impugnou o lançamento dizendo que os principais valores que integram as referidas notas fiscais complementares, são gastos posteriores ao desembaraço aduaneiro, que não se incluem na base de cálculo do ICMS importação, por se tratar de: 1. Pagamentos efetuados ao Sindicato dos Despachantes Aduaneiros (S.D.A); 2. Honorários do Despachante Aduaneiro; 3. Transporte Interno posterior ao desembaraço aduaneiro; e, 4. Serviços de Courier, tudo conforme documentos juntados às fls..

De acordo com o disposto no artigo 58, I, do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação;

b) o Imposto sobre a Importação;

c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;

d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;

e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;

Examinando a documentação apresentada na defesa, constato que ela não comprova a natureza dos valores acima citados pelo autuado, nas notas fiscais complementares constantes às fls.109 a 125, e colacionadas também cópias pelo autuado às fls.362, 390, 416, 443, 490, 542 e 596, por amostragem, e que serviram de lastro para a conclusão fiscal. Ao contrário do alegado na defesa, o complemento dos valores se referem a “cimento”, e portanto, correto o entendimento da fiscalização no sentido de que realmente devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS nas importações, pois se enquadram no inciso “a” do dispositivo legal transcrito.

Desta forma, não merece acolhimento a tese defensiva, visto que a documentação apresentada pelo autuado em sua defesa não comprova que as parcelas dos valores incluídos nas notas fiscais complementares dizem respeito a parcela nas contemplada na estimativa dos valores de armazenagem anterior ao desembaraço aduaneiro.

Nesta circunstância, foi correto o procedimento da fiscalização em exigir o ICMS sobre as notas fiscais complementares objeto da autuação, uma vez que por restar caracterizado se tratar de complemento de preço, se enquadram na alínea “a” do inciso I do artigo 58 do RICMS/97, inclusive o próprio contribuinte na peça defensiva concorda que efetuou a emissão das referidas notas fiscais complementares, com o objetivo de consolidar os custos de importação do exterior.

Mantido o lançamento, conforme demonstrativo à fl.638.

Infração 08 – 02.10.01

Esta infração diz respeito a falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, conforme demonstrativo às fls.87/98.

Diante do reconhecimento do autuado, inclusive da comprovação do recolhimento do valor total de R\$ 35.391,63, através do DAE às fls.184 e 185, subsiste a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$91.816,49.

INFRAÇÕES	VL.INICIAIS	VL.JULGADOS	VL.IMPROCEDENTES
01 - 05.05.03	5.382,12	4.269,16	
02 - 16.01.01	22.591,17	22.591,17	
03 - 03.02.02	140.593,33	13.469,83	
04 - 07.15.03	1.440,78	1.440,78	
05 - 01.02.03	1.441,61		1.441,61
06 - 01.02.02	10.959,29		10.959,29
07 - 12.02.01	13.825,43	13.825,43	-
08 - 02.10.01	35.391,63	35.391,63	
TOTAIS	231.625,36	90.988,00	12.400,90

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 – 05.05.03

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/03/2006	25/02/2012	4.224,71	17	60	718,20
31/01/2007	25/03/2012	-	17	60	0,00
31/03/2007	25/04/2012	11.470,00	17	60	1.949,90
30/06/2007	25/05/2012	4.000,00	17	60	680,00
31/01/2008	25/10/2012	5.418,00	17	60	921,06
TOTAL					4.269,16

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2006	09/02/2006	1.526,94	17	60	259,58
28/02/2006	09/03/2006	5.537,24	17	60	941,33
31/03/2006	09/04/2006	574,06	17	60	97,59
30/04/2006	09/05/2006	1.539,00	17	60	261,63
31/05/2006	09/06/2006	363,24	17	60	61,75
30/06/2006	09/07/2006	502,82	17	60	85,48
31/07/2006	09/08/2006	123,47	17	60	20,99
31/08/2006	09/09/2006	-	17	60	-
30/09/2006	09/10/2006	1.077,59	17	60	183,19
31/10/2006	09/11/2006	1.536,12	17	60	261,14
30/11/2006	09/12/2006	823,71	17	60	140,03
31/12/2006	09/01/2007	-	17	60	-
31/01/2007	09/02/2007	453,29	17	60	77,06

28/02/2007	09/03/2007	2.159,82	17	60	367,17
31/03/2007	09/04/2007	-	17	60	0
30/04/2007	09/05/2007	1.721,82	17	60	292,71
31/05/2007	09/06/2007	1.381,65	17	60	234,88
30/06/2007	09/07/2007	158,76	17	60	26,99
31/07/2007	09/08/2007	1.240,12	17	60	210,82
31/08/2007	09/09/2007	-	17	60	-
30/09/2007	09/10/2007	232,47	17	60	39,52
31/10/2007	09/11/2007	73,35	17	60	12,47
30/11/2007	09/12/2007	463,29	17	60	78,76
31/12/2007	09/01/2008	392,88	17	60	66,79
31/01/2008	09/02/2008	-	17	60	-
29/02/2008	09/03/2008	127,59	17	60	21,69
31/03/2008	09/04/2008	2.379,12	17	60	404,45
30/04/2008	09/05/2008	107,00	17	60	18,19
31/05/2008	09/06/2008	10.944,41	17	60	1.860,55
30/06/2008	09/07/2008	-	17	60	-
31/07/2008	09/08/2008	2.830,71	17	60	481,22
31/08/2008	09/09/2008	527,65	17	60	89,7
30/09/2008	09/10/2008	3.850,35	17	60	654,56
31/10/2008	09/11/2008	1.207,12	17	60	205,21
30/11/2008	09/12/2008	525,88	17	60	89,4
31/12/2008	09/01/2009	-	17	60	-
31/01/2009	09/02/2009	498,88	17	60	84,81
28/02/2009	09/03/2009	30,47	17	60	5,18
31/03/2009	09/04/2009	307,94	17	60	52,35
30/04/2009	09/05/2009	1.600,18	17	60	272,03
31/05/2009	09/06/2009	2.782,53	17	60	473,03
30/06/2009	09/07/2009	10.879,29	17	60	1.849,48
31/07/2009	09/08/2009	4.944,35	17	60	840,54
31/08/2009	09/09/2009	326,06	17	60	55,43
30/09/2009	09/10/2009	2.722,29	17	60	462,79
31/10/2009	09/11/2009	7.588,65	17	60	1.290,07
30/11/2009	09/12/2009	2.813,59	17	60	478,31
31/12/2009	09/01/2010	358,59	17	60	60,96
			TOTAL		13.469,83

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299326.0103/10-0**, lavrado contra **MONIER TEGULA SOLUÇÕES PARA TELHADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.988,00**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$62.686,89 e de 70%, sobre R\$4.269,16, previstas no artigo 42, incisos II, “a” e “f”, VII, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$24.031,95**, previstas nos incisos II, “d” e IX, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 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, 24 de fevereiro de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR