

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0302/10-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHECON DISTR. E TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDOS - CHECON DISTR. E TRANSPORTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0087-02/14
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE OUTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. Intimado, o sujeito passivo entregou a escrita fiscal, tendo sido constatado que os créditos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS estavam de acordo com aqueles do livro CIAP. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. Não foram colacionados aos presentes autos quaisquer documentos oficiais, que o recorrente afirmou possuir, no sentido da concessão, por parte da Administração Tributária, do direito de efetuar os créditos glosados no Auto de Infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Na revisão, os auditores estranhos ao feito, de forma acertada, acolheram em parte as alegações atinentes às operações com redução de base de cálculo, às quantias já recolhidas, aos retornos de garantia e aos lançamentos constantes dos levantamentos da Fiscalização sem documentos correspondentes. **b)** BENS DO ATIVO FIXO. Os diligentes intimaram o contribuinte para apresentar cópia do TFD 0802505783, de novembro de 2008, que, segundo disse, autorizou o não recolhimento do imposto ora exigido, mas não foram atendidos. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Os revisores, com acerto, deduziram da apuração as operações relativas ao período de 30/09/2005 a 31/03/2009. Neste período, as operações não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Não foram localizados nos autos os comprovantes que o sujeito passivo afirmou ter juntado, com vistas a demonstrar que os recolhimentos por si efetuados foram maiores do que os considerados pelos auditores responsáveis pela revisão. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JJF nº

0087-02/14 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 30/09/2010 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 287.723,66, sob a acusação do cometimento das 06 (seis) irregularidades a seguir discriminadas:

Infração 01. Utilização indevida de crédito, transferido de forma irregular de estabelecimento de outra empresa. R\$69.521,79 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02. Utilização indevida de crédito, referente a lançamentos na escrita sem a apresentação dos documentos comprobatórios. R\$12.195,12 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "d" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03. Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo. R\$99.057,72 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, constantes do Anexo 88 do RICMS-BA/1997. R\$82.187,71 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05. Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias para revenda. R\$18.649,90 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 06. Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado. R\$6.111,42 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

A remessa necessária resulta do fato de a infração 1 ter sido julgada Improcedente e Parcialmente Procedente as infrações 2, 3 e 4. A irresignação é relativa às imputações 2 a 6 (as de números 05/06 foram julgadas Procedentes).

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 15/05/2014 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 512 a 525), nos termos a seguir transcritos:

“VOTO

Trata de novo julgamento do Auto de Infração objeto do presente processo, tendo em vista que através do Acórdão CJF no 0163-11/13 (fls.481 a 486), foi decidido por unanimidade considerar PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício, e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, com base no entendimento de que foi verificada a existência de vícios insanáveis nesta instância.

Quanto a este processo, inicialmente, registro que o sujeito passivo comprovou equívocos no procedimento fiscal, concernentes a: diferença de alíquota lançada no RAICMS não recolhida devido a saldo credor; exigência de antecipação parcial sobre aquisição de cervejas diretamente do fabricante em que estão retidos os valores referentes ao ICMS substituição tributária; mercadoria do regime de substituição tributária com destaque na nota fiscal e com o devido recolhimento através de GNRE; mercadoria calculada com MVA sobre produto que no período era tributado no regime normal e contava com redução da base de cálculo; retorno de equipamento enviado para manutenção, conserto; reposição de garantia; materiais promocionais; mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária – Convênio ICMS 85/93 e Ajuste SINIEF 04/93; antecipação parcial paga conforme DAE; diferença de alíquota paga conforme DAE; ativo fixo com redutor da base de cálculo; mercadorias com alíquotas diferenciadas; simples remessa de caixas e garrafas; e produtos da substituição tributária não passível de diferença de alíquota.

O autuante, por seu turno, acolheu em parte as alegações defensivas, e procedeu modificações nos levantamentos fiscais, porém, tornou necessário esclarecimentos sobre as infrações 01 e 02, e em razão de o autuante deixar de apresentar demonstrativo de débito para as infrações 03, 04, 05 e 06.

Diante disso, o processo foi baixado em diligência à ASTEC/CONSEF, a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal, cujo preposto fiscal indicado, em Parecer ASTEC no 24/2012, fls. 294 a 299, prestou os esclarecimentos necessários para o deslinde sobre a lide referente às infrações 01 e 02. No que tange às infrações 03, 04, 05 e 06, o fiscal estranho ao feito não elaborou o demonstrativo de débito sob justificativa de que o próprio autuante havia deixado de fazê-lo.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 452 a 453, o sujeito passivo, mediante intimação expedida pela Infaz Eunápolis, foi cientificado do Parecer ASTEC no 24/2012, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado não se manifestou, sendo considerado no julgamento anterior, que este silêncio se configurava como

uma aceitação tácita do resultado da referida revisão fiscal.

Contudo, como dito acima, na apreciação do Recurso de Ofício, a 1ª Câmara de Julgamento de Julgamento, tornou Nula a decisão recorrida com base nos seguintes vícios: a) falta de apresentação, pelo autuante, dos demonstrativos das infrações 3, 4, 5 e 6; b) a não conclusão da revisão fiscal pela ASTEC, conforme determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, sem que resida nos autos qualquer justificativa para a mudança abrupta no curso da instrução do feito (a Junta determinou a realização de revisão fiscal, por entendê-la necessária ao julgamento. Mesmo sem a conclusão da diligência, a Junta promove o julgamento do processo, sem ao menos dizer porque aquela diligência, antes imprescindível, tornou-se irrelevante; c) falta de apreciação, pela Decisão recorrida, dos argumentos deduzidos em sede de defesa e na manifestação de fls. 283/288.

Diante disso, para instruir o processo, e dotar o Estado da certeza quando aos créditos tributários em questão, em relação aos itens “a” e “b” acima, tornou-se necessária a realização de diligência, tendo o processo, fls. 497, a pedido desta 2ª JJF, sido encaminhado à INFAZ DE ORIGEM, para que o autuante prestasse nova informação fiscal, e tomando por base as razões argüidas na impugnação às fls. 80 a 88, e 283 a 288, em confronto com a informação fiscal às fls. 253 a 255, e planilha retificada às fls. 256 a 279, elaborasse, a partir dos valores constantes nas planilhas retificadas às fls. 256 a 279, os respectivos demonstrativos de débito das infrações em questão no formato constante do auto de infração resultante das alterações procedidas no levantamento fiscal, visando o saneamento do processo.

O autuante atende ao pedido do órgão julgador inserido no despacho de diligência à fl. 497, e acosta às fls. 501 a 503 o demonstrativo de débito das infrações 3, 4, 5 e 6, tendo, mediante intimação (fls. 504), sido reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta dias), sem manifestação do sujeito passivo. Consta que através do Processo SIPRO no 188408/2013-0, fls. 507 a 510, o autuado apresenta Termo de Confissão de Dívida reconhecendo o débito no total de R\$129.902,74, com os benefícios instituídos pela Lei no 12.903/13.

No que concerne ao “c”, que também fundamentou a nulidade da decisão desta JJF, os argumentos deduzidos em sede de defesa e na manifestação de fls. 283/288, com base nas diligências realizadas, bem como, em tudo o mais que consta dos autos, passo a proferir o meu voto, pois, em relação a todas as infrações foram esclarecidas satisfatoriamente todas as questões suscitadas pelo órgão julgador, e o sujeito passivo teve a oportunidade de exercer a ampla defesa e contraditório.

INFRAÇÃO 01 – CRÉDITO INDEVIDO (TRANSFERIDO DE FORMA IRREGULAR)

Consta na descrição do fato que o crédito fiscal foi considerado indevido, pela fiscalização, por ter sido transferido de forma irregular de estabelecimento de outra empresa.

Apesar de está assim descrito, foi esclarecido na revisão fiscal que os valores objeto da autuação que foram lançados no livro fiscal tratam-se de créditos decorrentes de aquisições para o ativo imobilizado, em razão de não ter sido apresentado à época da ação fiscal o livro CIAP.

Na revisão fiscal, após intimado, o autuado apresentou os referidos livros, constatando que os créditos fiscais escriturados no livro de Apuração do RAICMS, estão de acordo com os lançados no livro CIAP, conforme cópia dos citados livros às fls. 314 / 447.

Desta forma, considero insubsistente a exigência fiscal o montante R\$69.521,79, lançado no demonstrativo de débito à fl. 01 do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 02 – CRÉDITO INDEVIDO (FALTA APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL)

A acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a lançamentos no RAICMS, sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito, conforme demonstrativo à fl. 329.

Portanto, o fulcro da autuação diz respeito a apropriação de crédito fiscal referente à antecipação parcial não recolhida, isto porque não foram apresentados os respectivos documentos de arrecadação (DAEs).

O revisor fiscal informou que “O autuado foi intimado conforme fl. 299/300 a fazer a comprovação do direito à utilização do crédito do ICMS, tendo apresentado os documentos de fls. 301/ 311.”

Foi informado que dos documentos apresentados constatou:

31/01/2009

Crédito apurado pelo autuante, no valor de R\$4.636,83, lançado no livro de Registro de Apuração do ICMS à fl. 46.

O autuado alega que o valor cobrado, refere-se a um crédito referente a “restituição de imposto pago em duplicidade”, conforme consta no Parecer Final exarado pelo Auditor Fiscal Renato Reis Diniz da Silva à fl. 304, no valor de R\$389,73 e cópia do DAE no valor de R\$4.247,10 (fl. 305), o que totaliza R\$4.636,83.

Acontece que, conforme consta à fl. 46, no livro de Registro de Apuração do ICMS, o autuado creditou-se do valor de R\$4.247,10 referente ao recolhimento do ICMS Antecipação de Descredenciado, constante do Sistema da SEFAZ à fl. 312; logo no meu entendimento, o imposto pago em duplicidade no valor de R\$389,73 procede; quanto ao valor de R\$4.247,10 o mesmo foi lançado indevidamente.

30/10/2009

O autuado alega que o valor cobrado refere-se à antecipação parcial das notas fiscais 31.435 (fl. 240) e 33.447 (fl. 241), conforme DAE' s pagos nos valores de R\$1.752,91 (fl. 306) e R\$2.095,58 (fl. 307)

Não explica porque o estorno do débito, já que a antecipação parcial é devida.

31/12/2009

O autuado alega que o valor cobrado refere-se à antecipação parcial das notas fiscais 89.942 (fl. 232) e 24.172 (fl. 234), conforme DAE' s pagos nos valores de R\$1.441,71 (fl. 308) e R\$2.268,09 (fl. 309).

Não explica porque o estorno do débito, já que a antecipação parcial é devida.

Do acima alinhado, constata-se que apenas dos valores lançados no livro de Apuração do ICMS pelo autuado a título de outros créditos, objeto da autuação, apenas ficou comprovado o valor de R\$389,73, o qual se refere a pagamento em duplicidade, tendo o autuado formalizado processo junto à Infaz de Eunapólis, sendo-lhe concedido o direito ao creditamento, conforme fls. 301 / 309.

Quanto aos demais valores, verifico que o autuado não apresentou justificativa para o estorno do débito, já que os valores pagos a título de antecipação parcial foram devidos.

Ressalto que o autuado foi cientificado das conclusões do revisor fiscal e não se manifestou.

Desta forma, tendo em vista o disposto no artigo 93, I-A, do RICMS/97, que não admite o lançamento do crédito fiscal sem o competente documento fiscal, e não tendo o autuado apresentado integralmente documentos para descaracterizar a acusação fiscal, fica mantido parcialmente o débito lançado neste item da autuação, reduzindo-se o débito para o total de R\$11.805,39, após a dedução no valor inicial da importância de R\$389,73, conforme informado acima, alterando-se o demonstrativo de débito deste item para o quadro abaixo: [planilha de fl. 521].

INFRAÇÕES 03, 05 e 06

Estes itens serão analisados conjuntamente, pois o levantamento fiscal foi feito conjuntamente considerando os documentos fiscais, conforme documentos às fls. 10 a 37, e refeitos na informação através das planilhas às fls. 256 a 279.

Na infração 03, exige-se neste item o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, referente ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls.319 a 323.

Na infração 05, a acusação é de falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Já a infração 06, a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Este três itens foram impugnados com base na alegação de que, conforme livro de Registro de Apuração de ICMS, os valores estão devidamente lançados, e o recolhimento não foi realizado, pelo motivo de que na apuração realizada mensalmente, o conta corrente acusou saldo credor, tendo anexado cópia do livro de apuração e das DMAs dos períodos informados.

O autuante na informação fiscal após analisar a documentação apresentada na defesa, acolheu em parte as alegações defensivas, justificando o porquê do não acolhimento, em relação a devolução/retorno de mercadorias, mercadorias não sujeitas à antecipação tributária, valores já recolhidos pelo contribuinte, peças de reposição, conserto e devolução de mercadorias, reposição de garantia, material promocional sem tributação.

Por conta disso, considerando o novo demonstrativo acostado, pelo autuante, fls. 501 a 503, e planilhas às fls.256 a 279, feito a pedido do órgão julgador, resultou na diminuição do débito para a infração 03 e manutenção do débito das infrações 05 e 06, para os valores: R\$92.802,99; R\$18.649,90 e R\$ 6.111,42, respectivamente, conforme demonstrativos de débitos abaixo.

Ressalto que:

a) restou evidenciado pelo próprio autuante erro na apuração do débito da infração 03, por erro na sua demonstração, resultando na diminuição do débito;

b) no demonstrativo da infração 05 constante às fls. 501 a 503, o autuante consignou os valores de R\$12.643,55 e R\$1.568,89, para os fatos geradores de 30/12/2008 e 28/02/2009, não sendo mantidos estes valores, pois majoraria o débito deste item. Mantido para os referidos períodos os débitos originalmente lançados de R\$12.560,96 e R\$1.028,54, respectivamente.

c) no demonstrativo da infração 06 constante às fls. 501 a 503, o autuante consignou o valor de R\$2.454,50 para o fato gerador de 30/11/2009, não sendo mantido este valor, pois majoraria o débito deste item. Mantido para o citado período o débito inicial de R\$2.452,50.

Cabe, ainda consignar, que na revisão fiscal por preposto da ASTEC, não foi feito o demonstrativo de débito destes itens, e este Relator, visando a celeridade do processo, elaborou o demonstrativo de débito para as infrações, inclusive para o item 04, pois o processo contém todos os dados necessários para esse fim. Entretanto, considerando que, como dito acima, em diligência o autuante já elaborou os aludidos demonstrativos de débito, entendo que, a esta altura processual, já foi saneado o processo neste sentido.

Registro, ainda, que o autuado tomou conhecimento das citadas alterações, e do novo demonstrativo de débito, e não apresentou contestação aos referidos valores, tendo reconhecido o débito no total de R\$129.902,74, conforme Confissão de Dívida à fl. 508, sendo, neste voto, apreciadas suas razões defensivas apresentadas em sua impugnação inicial, consoante alinhado na apreciação do débito de cada item.

[Planilha de fl. 523].

INFRAÇÃO 04 – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA (MERCADORIAS DO ANEXO 88)

Neste item está sendo exigido, o ICMS que deixou de ser recolhido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

Neste caso, o sujeito passivo alegou que de acordo com o art. 353, até Março/2009, as mercadorias constantes dos Anexos 88 e 89, eram tributadas no regime normal, desta forma não eram passíveis de MVA.

Apesar de o autuado não ter apontado quais mercadorias não estariam sujeitas à substituição tributária, o autuante acatou as demais alegações defensivas e fez o levantamento fiscal, que após a elaboração do demonstrativo de débito, fls.501 a 503, a pedido desta 2ª JJF, resultou na diminuição do débito para o valor de R\$77.355,89, conforme demonstrativo de débito abaixo, o qual, o autuado teve ciência e não o contestou, caracterizando este silêncio como uma aceitação do mesmo.

[Planilha de fl. 524].

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$206.725,59, cuja configuração do auto de infração é a seguinte: [planilha de fl. 524]”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), a 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0087-02/14.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 535 a 546, no qual inicia, em relação à infração 2, transcrevendo o art. 356, § 3º, I do RICMS-BA/1997, à fl. 538, para em seguida aduzir que o valor de R\$4.247,10 (janeiro de 2009) refere-se ao pagamento da antecipação parcial [substituição tributária por antecipação] da Nota Fiscal nº 86.252, que diz respeito a uma aquisição de bens do ativo fixo.

O mencionado artigo regulamentar (356, § 3º, I do RICMS-BA/1997) dispõe sobre o direito de crédito sempre que o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime da substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sido feita a cobrança antecipada do imposto.

Quanto às ocorrências de outubro a dezembro do referido ano (2009), afirma ter colacionado cópias de pareceres que concederam o direito de efetuar os lançamentos a crédito.

Relativamente à infração 3, alega o seguinte:

a) ocorrência de maio de 2008 - a Nota Fiscal (NF) nº 56.499 diz respeito a material promocional (copos);

- b) agosto de 2008 - a operação da NF nº 806.749 ocorreu com base de cálculo reduzida, em conformidade com o art. 51, III, "a" (não esclarece de que lei ou regulamento);
- c) outubro de 2008: (i) NF nº 277.954 - remessa de material promocional (cartazes, faixas etc.), (ii) NF 84.518 - comprovado o recolhimento do imposto, de acordo com o que reconheceu o próprio autuante, (iii) notas 120.725, 120.726 e 48.300 - foi lançada a quantia de R\$ 7.360,26 no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS). Trata-se de aquisições de veículos para o ativo fixo, de acordo com o art. 51, III, "a" (não especifica a lei ou o regulamento), com redução de alíquota para 12%;
- d) janeiro de 2009: (i) Nota Fiscal nº 4.784 - designa operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto foi recolhido por meio de GNRE, (ii) NF 86.252 - assevera ter sido lançado no RAICMS o valor de R\$ 1.474,15 a título de diferença de alíquotas e que [a obrigação da nota fiscal] foi "*quitada através de DAE de Antecipação Parcial*";
- e) fevereiro de 2009 - a Nota Fiscal nº 82 foi faturada para consumidor final, com a alíquota de 17%, não sendo passível de diferencial, devendo ser excluída. No tópico relativo a este mês (fevereiro de 2009), indica erro na apuração do Fisco, pois o valor de R\$16.376,55 não tem correspondência com qualquer documento fiscal;
- f) março de 2009 - há escrituração de R\$1.858,37 (DIFAL) e a NF Nº 136.625 é atinente a uma aquisição de equipamento de informática, cuja alíquota é reduzida;
- g) abril de 2009 - no RAICMS existe a escrituração de R\$715,10 (DIFAL), "*gerando nesse caso um saldo credor para a empresa*";
- h) maio de 2009 - "*crédito referente ao LAICMS, R\$ 1.877,47*" (fl. 540);
- i) junho, julho e setembro de 2009 - as Notas Fiscais nºs 149.942, 150.564, 152.927, 154.250, 156.689, 159.589, 172.172 e 172.199 são relativas a materiais promocionais (cartazes, faixas, bolachas, chopp, forração, porta garrafas e banners). No tocante ao mês de setembro, diz que a NF nº 55.037 trata de retorno de reposição em garantia, não passível de tributação;
- j) agosto de 2009 - "*crédito referente a lançamento no LAICMS*". Nas suas palavras, considerando-se a planilha do auditor, teria saldo credor (fl. 541);
- k) outubro de 2009 - a NF nº 306.891 é de simples remessa, não passível de tributação;
- l) novembro de 2009: (i) NF nº 10.257 - mercadoria sujeita ao regime de substituição, (ii) NF nº 6.605 - simples remessa, não passível de tributação, (iii) NF nº 57.094 - reposição em garantia.

Dessa forma, reconhece como procedentes, na terceira imputação, os valores constantes da planilha de fls. 541/542.

Com respeito à infração 4, transcreve a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 14/2006 (fl. 542) para asseverar, conforme já havia feito na impugnação, que somente a partir de 01/03/2009 as mercadorias auditadas passaram a se sujeitar ao regime de substituição tributária (ST).

Admite, à fl. 543, que a operação relativa à NF nº 73.883 encontrava-se sob o regime da ST quando da ocorrência, mas ressalta que o imposto foi recolhido por meio de GNRE. Já o gravame atinente às Notas Fiscais nºs 73.751, 73.752, 495.414, 75.089, 75.090, 505.960, 618, 6.968, 6.969, 2.855, 13.135, 17.010, 24.172 e 33.447, conforme alega, foi recolhido por intermédio de documentos de arrecadação estadual (DAEs).

Apesar dos referidos recolhimentos, mantém a tese de que o imposto não é devido, seja porque a sujeição à ST somente passou a ocorrer a partir de março de 2009, seja porque algumas operações são de simples remessa ou de remessa de material promocional, a exemplo daquelas referentes às Notas Fiscais nºs 12.971, 24.172, 13.135 e 17.010.

Afirma que a NF nº 33.447 possui mercadorias com diferentes percentuais de MVA e que a de nº 21.846 trata de equipamento de refrigeração, e não de "*produto para revenda do Anexo 88*".

Reconhece o débito de R\$1.440,03 (fl. 544).

Apresenta idêntico argumento para a infração 05, de que somente a partir de 01/03/2009 as mercadorias auditadas passaram a sujeitar-se ao regime de substituição (ST), embora a acusação não seja relativa à ST, mas sim à antecipação parcial.

Transcreve dispositivos regulamentares concernentes à redução de base de cálculo nas operações internas (fl. 544; art. 87, XXXIII do RICMS-BA/1997) e passa a expor os seguintes argumentos:

- a) dezembro de 2008: (i) notas 58 e 1.083 - "*cópias dos DAes das antecipações realizadas*", (ii) NF 71.109 - "*mercadorias destinadas a brindes e clientes diversos, com isso é devido*" (fl. 544);
- b) fevereiro de 2009 - quanto à NF nº 6.966, ressalta a existência de três CFOPs, sendo dois de simples remessa (6.920 e 6.921), não passíveis de cobrança de ICMS. Afirma que juntou DAE comprovando o pagamento da antecipação parcial.
- c) maio e agosto de 2009 - as notas 17.010 e 24.172 possuem três CFOPs, sendo dois de simples remessa (6.920 e 6.921), não passíveis de cobrança de ICMS.

Aceita o débito no valor de R\$14.917,43 (planilha de fl. 545).

Por fim, no que se refere à sexta acusação, alega não ter encontrado na planilha fiscal qualquer referência à diferença de alíquotas de ativo imobilizado em março de 2008. Relativamente a novembro do mesmo ano, diz ter Parecer que lhe confere o direito de não pagar o ICMS exigido (TFD 0802505783, de novembro de 2008).

Reconhece como procedente o montante de R\$1.254,96 (planilha de fl. 545).

Encerra pleiteando seja declarada a improcedência da autuação.

Em atendimento ao Parecer de fls. 557/558, da PGE/PROFIS, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspeção de origem para que fiscal estranho ao feito analisasse cada uma das razões fáticas apresentadas na irresignação, acima transcritas, fundamentando o acolhimento ou não, com a elaboração de novos demonstrativos, caso necessário (fls. 557/558).

Às fls. 562 a 567, os auditores José Raimundo Ribeiro dos Santos e Trajano Rocha Ribeiro apresentam informação com o seguinte teor.

"São objeto da presente diligência os itens 02, 03, 04, 04, 05 e 06 do auto de infração em epígrafe, apresentamos abaixo esclarecimentos fiscais e novos demonstrativos de débito.

Infração 02 – 01.02.42 - Crédito Fiscal Indevido – Sem Documento

No mês de janeiro/2009, acatamos o valor pago em duplicidade de R\$389,73. No entanto, o valor R\$ 2.247,10 refere-se a ICMS diferença de alíquotas, aquisições para ativo (mesas e cadeiras extraforte), não sendo admitido crédito.

No mês de outubro/2009, acatamos o valor R\$2.095,58. No entanto, o valor R\$ 1.752,91 refere-se a ICMS diferença de alíquotas, aquisições para ativo (mesas e cadeiras extraforte), não sendo admitido crédito.

No mês de dezembro/2009, acatamos o valor R\$ 2.268,09. Entretanto, o valor R\$ 1.441,71 refere-se a ICMS diferença de alíquotas, aquisições para ativo (mesas e cadeiras extraforte), não sendo admitido crédito.

[Planilha de fl. 562].

Infração 03 – 06.02.01 - ICMS devido por Diferença de Alíquotas – Uso

Estamos anexando Demonstrativos do ICMS Devido por Diferença de Alíquotas – 2008 e 2009, nos quais, apresentamos as alegações da autuada e prestamos esclarecimentos fiscais. Destacamos que:

- a) Maio/2008 – NF 56.499, informamos que na aquisição de material promocional, proveniente de outra Unidade da Federação, é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Mantemos autuação;*
- b) Agosto/2008 – NF 806.749, nota fiscal com base de cálculo reduzida, acatamos alegação da autuada;*
- c) Outubro/2008 – Prestamos os seguintes esclarecimentos:*
 - 1) NF 277.954, informamos que na aquisição de material promocional, proveniente de outra Unidade da Federação, é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Mantemos autuação;*

2) NF 84.518, valor já pago, acatamos alegação, vamos manter no demonstrativo e lançar também o valor já pago de R\$ 7.593,30;

3) A aplicação de redução de base de cálculo, conforme previsão do Art. 51, III, A do RICMS/BA, está diretamente ligado ao NBM/SH.

As notas fiscais 120.725 e 120.726 (09/2008), aquisições de caminhões, cujo NBM/SH 8716.39.00 não está listado no art. 51 do RICMS/BA. Não aplicamos a redução da base de cálculo.

A nota fiscal 48.300 (09/2008), aquisição de caminhão, cujo NBM/SH 8701.20.00 contemplado com redução da base de cálculo. Aplicamos a redução da base de cálculo.

Assim diz o Art. 51, III, A do RICMS/BA

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

III -12% (doze por cento):

a) nas operações com caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para microônibus compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH: 8701.20.00, 8702.10.00, 8704.21 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.22, 8704.23, 8704.31 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton), 8704.32, 8706.00.10 e 8706.00.90;

b) nas operações com veículos novos (automóveis de passageiros, jipes, ambulâncias, camionetas, furgões, "pick-ups" e outros veículos) relacionados no item 18, do inciso II, do art. 353.

c) nas operações com veículos novos motorizados classificados na posição 8711 da NBM/SH.

d) Janeiro/2009 - Nota fiscal 4.784, acatamos alegação. Acatamos também o valor de R\$ 1.474,15 lançado no LAICMS, deduzindo-o do ICMS devido.

A NF 86.252, acatamos alegação de ICMS já quitado através de DAE, o valor recolhido de R\$ 4.247,10, como se antecipação parcial, na realidade trata-se de ICMS devido por diferença de alíquota da referida NF;

e) Nota fiscal 82, fevereiro/2009, alega que já está faturada com alíquota para consumidor, não acatamos a alegação, pois o ICMS devido por diferença de alíquota é calculado com base no Art.69, Parágrafo Único, I, b, que diz, “... se houver destaque do ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, caso em que será levado em conta o valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;”.

Acatamos também com a retirada do valor de R\$ 16.376,55, posto que não detectamos nenhum documento fiscal correspondente;

f) Março/2009 – NF 136.625 – Material de informática, acatamos aplicação de redução da base de cálculo;

g) Abril/2009 – Não existe débito;

h) Maio/2009 – Não existe débito;

i) Junho/2009 e Julho/2009 – NFs 149.942, 150.564 e 152.927 (jun/2009) e NFs. 154.250, 156.689 e 159.589 (Jul/2009), referentes a recebimento por conta de terceiro, solicitamos da autuada as notas fiscais emitida pela empresa proprietária da mercadoria, a PRIMO SCHINCARIOL IND DE CERVEJAS E REFRIGERANTES. Como não fomos atendidos, mantemos a cobrança da diferença de alíquota.

Em operações de recebimento por conta de terceiro, a empresa destinatária final do produto (CHECON) tem que registrar as duas notas fiscais recebidas, para comprovar que realmente ocorreu a operação por conta de terceiro. A nota fiscal emitida pelo fornecedor do produto e a nota fiscal do adquirente do produto, que no caso seria a PRIMO SCHINCARIOL IND DE CERVEJAS E REFRIGERANTES. Tendo em vista que a autuada não apresentou, nem escriturou a segunda nota fiscal, apesar de nova intimação, consideramos que não houve comprovação da operação de recebimento por conta de terceiro, e mantemos como procedente o debito de ICMS devido por diferença de alíquotas nas aquisições de material promocional, destinados ao uso do estabelecimento;

j) Agosto/2009 – Não existe débito;

k) Setembro/2009 - NFs 172.172 e 172.199, referentes a recebimento por conta de terceiro, solicitamos da autuada as notas fiscais emitida pela empresa proprietária da mercadoria, a PRIMO SCHINCARIOL IND DE CERVEJAS E REFRIGERANTES. Como não fomos atendidos, mantemos a cobrança da diferença de alíquota.

Nota fiscal 55.037, referente a retorno de garantia, acatamos alegação;

l) Outubro/2009 – Nota fiscal 306.891 – alegação de simples remessa. Na realidade foi aquisição de TV Led,

destinada ao ativo do estabelecimento. Intimamos a autuada para apresentar a nota fiscal de aquisição do produto, não apresentou com alegação de não possuir. Como a autuada não escriturou e nem apresentou a nota fiscal de aquisição ou de retorno de garantia, consideramos que se trata de operação de remessa proveniente de aquisição, sendo no caso devido a diferença de alíquota.

Nota fiscal 55, alega ser produto com substituição tributária, autuada não comprova pagamento do ICMS substituição tributária e nem o fornecedor possui Inscrição Substituto na Bahia. Fica devido o pagamento de diferença de alíquota por ser produto destinado ao uso. Não está sendo aplicado nenhum MVA, apenas a cobrança do diferencial de alíquotas;

m) Novembro/2009 – Nota fiscal 10.257 – alega ser produto com substituição tributária, autuada não comprova pagamento do ICMS substituição tributária e nem o fornecedor possui Inscrição Substituto na Bahia. Fica devido o pagamento de diferença de alíquota por ser produto destinado ao uso. Não está sendo aplicado nenhum MVA, apenas a cobrança do diferencial de alíquotas.

Nota fiscal 6.605, alegação de simples remessa. Na realidade foi aquisição de TV Led, destinada ao ativo do estabelecimento. Intimamos a autuada para apresentar a nota fiscal de aquisição do produto, não apresentou com alegação de não possuir. Como a autuada não escriturou e nem apresentou a nota fiscal de aquisição ou de retorno de garantia, consideramos que se trata de operação de remessa proveniente de aquisição, sendo no caso devido a diferença de alíquota.

Nota fiscal 57.094, referente a retorno de garantia, acatamos alegação.

[Planilha de fl. 564].

Infração 04 – 07.01.01- ICMS devido por Antecipação Tributária – Anexo 88

Esclarecemos que esta infração se refere a cobrança de ICMS devido por antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 e 89.

As mercadorias relacionadas são bebidas alcoólicas, que no período de 30/09/2005 a 31/03/2009, ficaram fora da Substituição Tributária.

Entretanto, tais bebidas alcoólicas, ficaram sujeitas ao pagamento do ICMS devido por Antecipação Parcial.

Diante do exposto, elaboramos novo demonstrativo de cálculo do ICMS devido por Antecipação Tributária – Infração 04, e novo demonstrativo de cálculo do ICMS devido por Antecipação Parcial – infração 05.

Informamos ainda, ser improcedente a alegação da autuada que tais produtos possuem redução da base de cálculo. A redução prevista no Art. 87, XXXIII, é permitida apenas para operações internas, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado. As operações auditadas se referem às aquisições interestaduais, não beneficiadas pela redução da base de cálculo.

Segue abaixo, análise e esclarecimentos das alegações da autuada:

a) Janeiro a Março/2008, não existem débito de ICMS Substituição Tributária. ICMS devido será calculado e cobrado por Antecipação Parcial;

b) Abril/2009, NF 13.135, devido ICMS por Substituição Tributária, conforme novo demonstrativo. Não possui redução da base de cálculo;

c) Maio/2009, não existe débito ICMS Substituição Tributária. ICMS devido será calculado e cobrado por Antecipação Parcial;

d) Agosto/2009, não existe débito ICMS Substituição Tributária. ICMS devido será calculado e cobrado por Antecipação Parcial;

e) Outubro/2009, NF 33.447, devido ICMS por Substituição Tributária, conforme novo demonstrativo. Não possui redução da base de cálculo;

f) Dezembro/2009, NF 21.846, o produto é equipamento de refrigeração, conforme NCM e não produto para revenda do Anexo 88, sendo passível de diferencial de alíquota, no valor de R\$ 838,01. Nota fiscal será lançada na apuração do ICMS devido por diferença de alíquota.

[Planilha de fl. 565].

Infração 05 – 07.15.01 - ICMS Devido por Antecipação Parcial

Inicialmente informamos que esta infração se refere a cobrança de ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e que foram destinadas a comercialização.

Além das mercadorias já constantes nos demonstrativos originais, estamos integrando ao cálculo do ICMS devido por antecipação parcial, as mercadorias (bebidas alcoólicas) que estavam listadas na infração 04 –

ICMS devido por antecipação tributária, tendo em vista que no período de 30/09/2005 a 31/03/2009, as bebidas alcoólicas não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, e sim, ao regime de antecipação parcial do imposto.

Ou seja, as bebidas alcoólicas deixam de fazer parte da base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária e passam a integrar a base de cálculo do ICMS devido por antecipação parcial.

Informamos ainda, ser improcedente a alegação da autuada que tais produtos possuem redução da base de cálculo. A redução prevista no Art. 87, XXXIII, é permitida apenas para operações internas, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado. As operações auditadas se referem às aquisições interestaduais, não beneficiadas pela redução da base de cálculo.

Segue abaixo, análise e esclarecimentos das alegações da autuada:

a) Dezembro/2008, NF 58 e 1083, acatamos os DAEs das antecipações realizadas. NF 71.109, mercadoria destinada a brindes a clientes diversos, autuada reconhece ser devido. Refizemos os cálculos;

b) Fevereiro/2009, NF 6.966, acatamos a existência de 03 CFOPs na mesma, sendo os 02 de Simples Remessa (6.920 e 6.921) não passíveis de cobrança de ICMS, e DAE comprovando parte do pagamento da Antecipação Parcial. Refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

c) Abril/2009, refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

d) Maio/2009, NF 17.010, acatamos a existência de 03 CFOPs na nota fiscal CFOPs, 6.101, 6.921 e 6.920, sendo os 02 últimos não passíveis de tributação por serem de Simples Remessa. Refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

e) Agosto/2009, NF 24.172, acatamos a existência de 03 CFOPs na nota fiscal CFOPs, 6.101, 6.921 e 6.920, sendo os 02 últimos não passíveis de tributação por serem de Simples Remessa. Refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

[Planilha de fl. 566].

Infração 06 - 06.01.01 - ICMS Devido por Diferença de Alíquotas – Ativo

Informamos que intimamos autuada para apresentar cópia do TFD 0802505783, de novembro/2008, que autorizou à empresa a não realizar o recolhimento informado pelo autuante, e não fomos atendidos. Também não o localizamos no Processo como alega a autuada. Em sua relação de anexos, não consta entrega de TFD, não consta entrega de cópias das NFs às e 27.500, objetos de autuação em 11/2008, e nem da NF 12.176, autuação de 03/2008. Existe cópia de um Parecer Fiscal de pedido de restituição, o qual não possui nenhuma relação com TFD.

A nota fiscal 12.176, foi equivocadamente lançada como débito do mês de 03/2008. Estamos corrigindo a data do lançamento para 03/2009. Esta NF 12.176, está relacionada na folha 270 do PAF. Estando registrada no arquivo Sintegra da autuada no mês de março/2009.

Segue abaixo, análise e esclarecimentos das alegações da autuada:

a) Março/2008, alega a autuada que não encontrou nenhuma referência para diferencial de alíquotas na planilha de apuração do Auditor. Conforme esclarecemos acima, este débito é referente a NF 12.176, registrada no mês 03/2009. Estamos corrigindo a data do débito, por se tratar de bem adquirido para ativo, sujeito ao diferencial de alíquotas;

b) Novembro/2008, alega que TFD 0802505783, autorizou o não pagamento do valor informado pelo autuante. Intimamos para apresentar cópia e não fomos atendidos. Mantemos a autuação por se tratar de bem adquirido para ativo, sujeito ao diferencial de alíquotas.

[Planilha de fl. 567].

Após realização da diligência solicitada, somos pela procedência em parte do Auto de Infração nos termos dos novos demonstrativos de débito em anexo".

[Planilha de fl. 567].

Intimado, o sujeito passivo se manifesta às fls. 593 a 601, sustentando, no que diz respeito à infração 2, ter o direito de efetuar o lançamento a crédito, uma vez que os DAEs foram pagos sob as rubricas 2.183 e 2.175 (ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DE DESCREDENCIADOS e ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL).

Em relação à infração 3 e às ocorrências de maio e outubro de 2008, não concorda com o entendimento dos revisores de que na aquisição de material promocional é devido o ICMS - diferença de alíquotas (DIFAL). Segundo alega, a alíquota constante dos documentos fiscais é de

18% e a DIFAL só se configura quando o percentual da operação interna é maior do que o da interestadual (art. 69, parágrafo único, II do RICMS-BA/1997).

Traz, na manifestação, discussão nova, não discutida nas fases anteriores da lide, inclusive no Recurso, referente ao período de junho de 2008, alegando que, nos termos do Convênio ICMS 85/1993, na operação de que trata a NF nº 76.616 (fl. 595), caberia ao remetente a retenção e o recolhimento do ICMS-ST.

Igualmente novas, ou repetitivas, uma vez que já acolhidas, as alegações atinentes às Notas Fiscais nºs 401.688, 68.465 e 2.452, de julho de 2008, no sentido de que se referem a retornos de conserto e a entradas de materiais de informática, estas últimas com bases de cálculo reduzidas.

Os valores correspondentes às Notas Fiscais nºs 401.688 e 2.452 já haviam sido deduzidos pelo autuante, ao prestar a informação fiscal imediatamente posterior à defesa.

Junho/2008: A NF 75090 deve ser feito o cálculo para estornar R\$277,43 já recolhido aos cofres públicos da Bahia. A NF 42009 não está sujeita à tributação e será excluída da planilha de cálculo. A NF 76616 será excluída. Julho/2008: A NF 23340 deve permanecer para tributação integral. Não procede a argumentação da autuada. A NF 3485 não comprova a substituição tributária devendo recolher ICMS ao estado da Bahia. As NFs 401.688 e 2452 são retornos de mercadorias não havendo tributação do ICMS. Estas NFs serão excluídas da planilha de cálculo."

Em referência a setembro de 2008 e às Notas Fiscais nºs 25.316, 25.194, 25.140 e 11.873, não indicadas nas suas intervenções processuais anteriores, alega que os valores "do crédito do relatório divergem do valor do crédito informado na NF".

Quanto a novembro de 2008, junho e outubro de 2009, mais uma vez, suscitando questão até então não discutida, diz que as Notas Fiscais nºs 12.789, 27.500, 89.070, 89.071, 429, 430 e 431 contém ICMS divergente daquele constante do relatório elaborado pelo Fisco.

No que se refere à NF nº 82, de fevereiro de 2009, afirma ser referente a operação com eixo montado, destinado à alteração de característica de veículo de sua propriedade, o que configura faturamento para consumidor final.

Não concorda com a revisão relativa a junho, julho, setembro e dezembro de 2009, pois as operações são concernentes a "OUTRAS ENTRADAS NÃO ESPECIFICADAS", "o que não gera crédito nem débito".

Repete as alegações referentes a novembro de 2009 e, apresentando questão até então não suscitada, alega que não foi contabilizado o crédito da NF nº 1.523, na cifra de R\$726,52.

Reitera as razões recursais atinentes às infrações 04 e 06 e, no tocante à quinta imputação, afirma ter juntado comprovantes de que os recolhimentos foram maiores do que os considerados pelos auditores responsáveis pela revisão.

Às fls. 623 a 627, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), no dia 07/03/2017, solicitou Parecer jurídico à Procuradoria do estado (PGE/PROFIS).

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, de 08/05/2017, concorda em todos os termos com o opinativo técnico de fls. 562 a 564, manifestando-se pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, nos termos do demonstrativo sintético de fl. 564 [568], com as exclusões apontadas pelo fiscal diligente.

No Despacho de fl. 633, a procuradora assistente Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos acolhe parcialmente o sobredito Parecer, pois entende que não merece prosperar a pretensão do Fisco de majorar o valor lançado na infração 5, o que ensejaria afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como violação à proibição de reformar para pior.

VOTO

Início com o julgamento do Recurso Voluntário e com a infração 2 (utilização indevida de

crédito, referente a lançamentos na escrita sem a apresentação dos documentos comprobatórios), em relação à qual, nas competências de janeiro, outubro e dezembro de 2009, os valores respectivamente recolhidos pelo sujeito passivo, de R\$2.247,10, R\$1.752,91 e R\$1.441,71, dizem respeito ao ICMS - diferença de alíquotas, pelo que não há que se falar em legitimação de crédito em razão desses fatos.

Não foram colacionados aos presentes autos quaisquer documentos oficiais, que o recorrente afirmou possuir, no sentido da concessão, por parte da Administração Fiscal, do direito de efetuar os créditos glosados no Auto de Infração. As cópias apensadas à manifestação de fls. 593 a 601 não se prestam para fundamentar as argumentações do apelo, porquanto não relacionadas com as operações fiscalizadas.

No tocante ao item 03 do lançamento de ofício (falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo), vale ressaltar que a aquisição de itens de promoção, a exemplo de cartazes, faixas, bolachas, bebidas e banners, entre outros, sujeita-se à incidência da DIFAL, uma vez que constituem autênticos materiais de uso e consumo.

Na revisão, os auditores estranhos ao feito, de forma correta, acolheram em parte as alegações concernentes às operações com redução de base de cálculo, às quantias já recolhidas, aos retornos de garantia e aos lançamentos constantes dos levantamentos da Fiscalização sem documentos correspondentes.

As Notas Fiscais nºs 120.725 e 120.726, relativas às aquisições de caminhões em setembro de 2008 sob a NCM/SH 8716.39.00, não foram objeto de alterações quanto aos valores apurados, uma vez que tal código não consta do art. 51 do RICMS-BA/1997 para fins de redução de base de cálculo. Já a Nota Fiscal nº 48.300, relativa a uma aquisição de caminhão no mesmo mês, contém a NCM/SH 8701.20.00, motivo pelo qual, na diligência, foi observada a redução da base de cálculo.

O recorrente sustenta que a NF nº 82, de fevereiro de 2009, diz respeito a uma entrada de eixo montado, destinado à alteração mecânica de veículo que lhe pertence, o que configuraria faturamento para consumidor final.

Entendendo que não lhe assiste razão, alinho-me com o posicionamento dos revisores. Trata-se de uma típica aquisição de material de uso e consumo. O art. 69, parágrafo único, I, "b" do RICMS-BA/1997 estatui que se houver destaque do imposto a maior ou a menor no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, será levado em conta o valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

No tocante às Notas Fiscais nºs 149.942, 150.564, 152.927, 154.250, 156.689, 159.589, 172.172 e 172.179, alegadamente referentes a recebimentos por conta de terceiros, os diligentes requereram ao autuado as notas fiscais emitidas pela suposta proprietária das mercadorias e não foram atendidos, motivo pelo qual mantiveram a cobrança da DIFAL.

"Em operações de recebimento por conta de terceiro, a empresa destinatária final do produto (CHECON) tem que registrar as duas notas fiscais recebidas, para comprovar que realmente ocorreu a operação por conta de terceiro. A nota fiscal emitida pelo fornecedor do produto e a nota fiscal do adquirente do produto, que no caso seria a PRIMO SCHINCARIOL IND DE CERVEJAS E REFRIGERANTES. Tendo em vista que a autuada não apresentou, nem escriturou a segunda nota fiscal, apesar de nova intimação, consideramos que não houve comprovação da operação de recebimento por conta de terceiro, e mantemos como procedente o debito de ICMS devido por diferença de alíquotas nas aquisições de material promocional, destinados ao uso do estabelecimento".

Quanto às Notas Fiscais nºs 6.605 e 306.891, em relação às quais foi dito serem de simples remessas, na verdade, consignam entradas de aparelhos de TV Led. Os diligentes intimaram o recorrente para apresentar as notas, sem sucesso. *"Como a autuada não escriturou e nem apresentou a nota fiscal de aquisição ou de retorno de garantia, consideramos que se trata de operação de remessa proveniente de aquisição, sendo no caso devida a diferença de alíquota".*

Em referência às NFs 76.616, 55 e 10.257, cujas mercadorias o contribuinte assegurou estarem sujeitas ao regime da substituição tributária, não foi comprovado o pagamento do ICMS-ST. Também não foi demonstrado que os fornecedores possuem inscrições como substitutos no Estado da Bahia.

Cabe, neste momento, assinalar que, em sede de manifestação fiscal, às fls. 593 a 601, sem apresentar a documentação comprobatória, o contribuinte trouxe uma série de novos questionamentos, até então não suscitados, além de reiterar argumentações já acolhidas pelo próprio autuante na informação prestada após a defesa.

Tal situação, por motivos óbvios, não contribui e cria óbices para o bom andamento da solução da controvérsia. Requer a esta Câmara o exercício de uma atividade que não é de sua competência, a de julgar originariamente o lançamento de ofício. Também possibilita a ocorrência de supressão de instância, malfeire o princípio da boa fé processual e agride frontalmente as regras insculpidas nos artigos 123, § 5º e 143 do RPAF-BA/1999.

Art. 123. § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Não acolho as argumentações contidas na referida manifestação (de fls. 593 a 601), como, por exemplo, de que: (i) a Nota Fiscal nº 68.465, de julho de 2008, se refere a retorno de conserto ou a entrada de materiais de informática, esta última com base de cálculo reduzida; (ii) em referência às Notas Fiscais nºs 25.316, 25.194, 25.140 e 11.873, os valores "do crédito do relatório divergem do valor do crédito informado na NF"; (iii) as Notas Fiscais nºs 12.789, 27.500, 89.070, 89.071, 429, 430 e 431 contém ICMS divergente daquele constante do relatório fiscal; (iv) não foi contabilizado o crédito da NF nº 1.523, na cifra de R\$726,52; (v) "OUTRAS ENTRADAS NÃO ESPECIFICADAS não geram crédito nem débito"; (vi) no que se refere à sexta infração, os recolhimentos foram maiores do que os considerados pelos auditores responsáveis pela revisão; quer pela falta de provas, quer pelo desalinho com os indigitados princípios e com os artigos 123, § 5º e 143 do RPAF-BA/1999.

Os questionamentos referentes às Notas Fiscais nºs 82 e 76.616 (fl. 595) já foram analisados acima.

Nos termos já expostos no Relatório, os valores atinentes às Notas Fiscais nºs 401.688 e 2.452 haviam sido deduzidos pelo autuante ao prestar informação fiscal.

"Junho/2008: A NF 75090 deve ser refeito o cálculo para estornar R\$277,43 já recolhido aos cofres públicos da Bahia. A NF 42009 não está sujeita à tributação e será excluída da planilha de cálculo. A NF 76616 será excluída. Julho/2008: A NF 23340 deve permanecer para tributação integral. Não procede a argumentação da autuada. A NF 3485 não comprova a substituição tributária devendo recolher ICMS ao estado da Bahia. As NFs 401.688 e 2452 são retornos de mercadorias não havendo tributação do ICMS. Estas NFs serão excluídas da planilha de cálculo".

A quarta acusação é de falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, constantes do Anexo 88 do RICMS-BA/1997.

Trata-se de bebidas alcoólicas, que entre 30/09/2005 e 31/03/2009 estiveram fora da substituição tributária, mas que, neste mesmo período, relativamente às aquisições interestaduais, sujeitaram-se à antecipação parcial de que trata a quinta imputação, fato observado pelos diligentes, que ensejou a alteração dos respectivos valores quando da revisão fiscal (fl. 568).

A infração 4 refere-se ao período compreendido entre janeiro de 2008 e dezembro de 2009, enquanto a de nº 5 dezembro de 2008 e agosto de 2009.

Os revisores, com acerto, deduziram da infração 4 as operações relativas ao período de 30/09/2005

a 31/03/2009, mas, equivocadamente, as inseriram na revisão da quinta infração. A alteração concernente à infração 5, constante da planilha de fl. 568, não pode ser implementada, uma vez que configura reforma para pior.

Não procede a alegação do recorrente de que as operações auditadas na infração 4 têm redução de base de cálculo. A redução prevista no art. 87, XXXIII do RICMS-BA/1997 diz respeito às operações internas efetuadas por estabelecimento industrial. A Fiscalização analisou aquisições interestaduais. Portanto, não beneficiadas pela redução da base de cálculo.

No tocante à infração 5 (falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias para revenda), não foram localizados nos autos os comprovantes que o sujeito passivo afirmou ter juntado, com vistas a demonstrar que os recolhimentos foram maiores do que os considerados pelos auditores responsáveis pela revisão.

Transcrevo, a seguir, trecho da diligência, de forma a registrar o que foi acolhido pelos revisores.

"a) Dezembro/2008, NF 58 e 1083, acatamos os DAEs das antecipações realizadas. NF 71.109, mercadoria destinada a brindes a clientes diversos, autuada reconhece ser devido. Refizemos os cálculos;

b) Fevereiro/2009, NF 6.966, acatamos a existência de 03 CFOPs na mesma, sendo os 02 de Simples Remessa (6.920 e 6.921) não passíveis de cobrança de ICMS, e DAE comprovando parte do pagamento da Antecipação Parcial. Refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

c) Abril/2009, refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

d) Maio/2009, NF 17.010, acatamos a existência de 03 CFOPs na nota fiscal CFOPs, 6.101, 6.921 e 6.920, sendo os 02 últimos não passíveis de tributação por serem de Simples Remessa. Refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo;

e) Agosto/2009, NF 24.172, acatamos a existência de 03 CFOPs na nota fiscal CFOPs, 6.101, 6.921 e 6.920, sendo os 02 últimos não passíveis de tributação por serem de Simples Remessa. Refizemos os cálculos, mercadoria não beneficiada com redução base de cálculo; (...)"

Em relação à infração 6 (falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado), os diligentes intimaram o autuado para apresentar cópia do TFD 0802505783, de novembro de 2008, que, segundo disse, autorizou o não recolhimento do imposto ora exigido, mas não foram atendidos.

A Nota Fiscal nº 12.176, corretamente consignada na planilha de fl. 270 em 03/2009, foi lançada de maneira equivocada pelo autuante, como débito do mês de março de 2008, no corpo do Auto de Infração, à fl. 04.

O correto seria março de 2009, conforme retificação efetuada na diligência de segunda instância (fl. 567). A alegação do recorrente de não ter encontrado na planilha fiscal de fl. 258 qualquer referência à diferença de alíquotas de ativo imobilizado em março de 2008 decorre desta situação.

O lançamento da infração 06 (código 06.01.01), por conseguinte, deve ser alterado, de maneira que corresponda àquele de fl. 567, elaborado em sede de diligência.

Passo ao julgamento do Recurso de Ofício, que resulta do fato de a infração 1 ter sido julgada Improcedente e Parcialmente Procedentes as infrações 2, 3 e 4.

Em relação à infração 01, consta que o crédito foi considerado indevido em razão de ter sido transferido de forma irregular por estabelecimento de outra empresa. Todavia, restou esclarecido - em sede de diligência de primeira instância -, tratar-se de aquisições para o ativo imobilizado sem a apresentação, quando da ação fiscal, do livro CIAP.

Intimado, o sujeito passivo entregou a escrita fiscal, tendo sido constatado que os créditos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS estavam de acordo com aqueles do livro CIAP (cópias de fls. 314 a 447).

Correta, portanto, a Decisão de julgar Improcedente a primeira imputação.

O contribuinte, na diligência solicitada pela JJF, foi intimado a provar o direito à utilização do crédito de que trata a segunda infração, tendo apresentado os documentos de fls. 304 a 313, além das cópias da escrita de fls. 314 a 447.

Restou comprovado o direito de utilizar o crédito de R\$389,73, referente a valor pago em duplicidade, conforme Parecer exarado pelo auditor Renato Reis Diniz da Silva, juntado à fl. 304.

Na infração 3, exige-se o imposto decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, relativo às aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo.

A Junta de Julgamento Fiscal, com base na informação de fls. 253 a 255 e no resultado da diligência de fls. 497/498, alterou o valor da infração para R\$92.902,99 (fl. 523; este montante foi novamente modificado na revisão de segunda instância, para R\$39.639,94, conforme planilha de fls. 566/567), em função da constatação de equívocos relativos à inserção nos demonstrativos de valores sem documentos correspondentes.

A quarta infração resulta de falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, constantes do Anexo 88 do RICMS-BA/1997 (janeiro de 2008 e dezembro de 2009).

Trata-se de bebidas alcoólicas, que entre 30/09/2005 e 31/03/2009 estiveram fora da substituição tributária. Assim, a JJF deduziu do levantamento o ICMS-ST atinente aos fatos ocorridos entre 30/09/2005 e 31/03/2009.

Com exceção da infração 05, que deve ser mantida no valor original de R\$18.649,90, de modo que não haja reforma para pior, acato a revisão de fl. 568, elaborada por auditores estranhos ao feito, para que o Auto de Infração seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, na cifra de R\$96.139,24.

Modificada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0302/10-4**, lavrado contra **CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$96.139,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS