

A. I. Nº - 210432.0014/04-5
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTES - LUCIANO SILVA MORAES e ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 31. 01. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-04/05

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DESISTÊNCIA DA DEFESA. A desistência da defesa pelo sujeito passivo importa em extinção do processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 23/09/04, para exigir o ICMS no valor de R\$ 1.003.446,30, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento – R\$ 66.881,37;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$ 62.607,46;
3. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$ 24.645,66;
4. Recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Referente às operações de transferências de mercadorias destinadas ao Estado de São Paulo, com alíquota de 7% – R\$ 28.540,73;
5. Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. Referente utilização indevida de incentivo fiscal, por ter deixado de atender às condições previstas nos certificados do FAZCULTURA – R\$ 7.126,85;
6. Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização – R\$ 246.820,17;
7. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização – R\$ 447.783,25;
8. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Referente às operações de venda de sucata e doações – R\$ 47.336,44;
9. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária – R\$ 40.210,75;

10. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias existentes no estoque no momento do ajuste de estoque a fim de adequá-la às regras de substituição ou antecipação tributária – R\$ 4.679,16;
11. Utilização indevida como crédito fiscal de valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária – R\$ 26.814,46.

O autuado apresenta impugnação às fls. 394 a 430, preliminarmente solicitando a nulidade do processo com base nas seguintes alegações:

- a) Cerceamento ao direito de defesa ante a insuficiência de documentos indispensáveis à instrução do Auto de Infração, em virtude da não apresentação das Notas Fiscais que retratassem as operações praticadas em dissonância com as normas aplicáveis à espécie;
- b) Ter sido maculado o primado da segurança jurídica, em razão da cobrança de tributo nos meses de janeiro a setembro de 1999, período o qual a Autuada entende que a Fazenda Pública Estadual não mais poderia ter exercido tal direito, com base na decadência prevista no parágrafo 4º, do artigo 150, da Lei nº 5.172/66;
- c) Inobservância ao princípio da verdade material, por considerar que os lançamentos tributários basearam-se em presunções, alegando que o Auto de Infração foi instruído tão-somente com cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS e não foram utilizadas as competentes Notas Fiscais para retratar individualmente as operações realizadas e comprovar a autuação, tampouco foram juntadas cópias dos Livros de Registro de Entradas ou de Inventário;
- d) Capitulação de algumas infrações insuficientes para que o contribuinte possa exercer seu direito do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, apresenta as seguintes considerações:

Infração 01 – Considera que houve violação ao princípio da irretroatividade tributária, uma vez que o inciso XII, do art. 97 do RICMS-BA foi introduzido em 29/01/2001, com vigência a partir de janeiro de 2001, solicitando assim, o cancelamento deste item, sob alegação de que dentre os períodos lançados, constam registro de 1999 a 2000, ocasião que sequer existia essa exigência no ordenamento jurídico estadual.

Infração 02 - Também não reconhece a procedência da exigência fiscal, informando ser impossível demonstrar e provar que as mercadorias adquiridas dedicaram-se à manutenção de seus equipamentos, embora reconheça que de acordo com a Nota Fiscal nº 002608, o autuado adquiriu estopa para polimento, lixa d'água, anjo diluente dentre outras mercadorias, para promover a pintura têxtil de suas araras, e que através da Nota Fiscal nº 70152, adquiriu eletrodo para promover a manutenção da mesa de peixaria. Declara ainda que esse material não teve destinação para uso ou consumo, mas como produtos intermediários utilizados na consecução da atividade fim, que é a venda de mercadorias;

Infração 03 – Com base no mesmo argumento utilizado no item anterior, alega ser impossível identificar se tais bens sujeitam-se a algum benefício fiscal e, por isso, não foi efetuado o recolhimento do ICMS;

Infração 04 - A defesa suscita a improcedência desta infração, argüindo que existe o Convênio de ICMS nº 54/01. Informa que os Estados de São Paulo e Bahia são signatários, e que prevêem a mesma tributação quando da transferência, de mercadoria adquirida para integrar o ativo fixo do estabelecimento, para o Estado remetente. Alega ainda que a redação do parágrafo único, do art.

651, do RICMS-BA, é inconteste ao asseverar que, na devolução de mercadorias, deve ser aplicada a mesma alíquota de entrada;

Infração 05 – Também contesta sua procedência, alegando que creditou-se no exato valor consignado nos documentos, entendendo não haver, nesta prática, qualquer infração. Questiona ainda, que mesmo nos meses em que o contribuinte não gozou do benefício fiscal, o autuante lançou como crédito utilizado a maior;

Infração 06 e 07 - Não reconhece a procedência destes itens, alegando que em razão de grande parte das mercadorias vendidas gozarem de benefício fiscal da saída, esta quantia consignada na coluna de isentas e não-tributadas do Livro de Registro de Apuração do ICMS não poderia ser incluída na base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação parcial, em função de disposição legal, contida no art. 352-A do RICMS-BA;

Infração 08 – Alega não ser possível identificar se as operações consideradas pelos autuantes gozam de algum tipo de benefício fiscal. Com base no art. 509 do RICMS-BA, informa que deu saída das sucatas com diferimento e utilizando esse mesmo raciocínio, alega que as doações estavam amparadas pela isenção do imposto com base no art. 18 do RICMS-BA;

Infração 09 – Não reconhece a procedência, alegando que efetivamente procedeu ao estorno em virtude de erro de software do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, que estaria efetuando o débito do ICMS sobre as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária;

Infração 10 – Solicita a improcedência deste item alegando que a utilização do crédito fiscal de ICMS sobre as mercadorias existentes no estoque de Calçados, quando do seu ajuste às regras de substituição tributária, deu-se por conta do Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade, que confere o creditamento do imposto pago na operação anterior;

Infração 11 – Alega que somente em julho deste ano percebeu que deixou de atender à exigência fiscal, concernente na imposição do ICMS ser recolhido antecipadamente (antecipação parcial). Entretanto, informa ter aplicado a sistemática anterior de apuração do ICMS (crédito e débito), reconhecendo ter cometido a infração de não recolher o ICMS sobre calçados de acordo com a antecipação parcial. Por fim, defende o seu direito ao aproveitamento do crédito de ICMS efetuado, considerando, contudo, que cometeu uma violação de norma acessória e não principal.

Os autuantes em informação fiscal às fls. 474 a 481, se manifestaram da seguinte forma:

“Preliminarmente, informamos que o contribuinte foi regularmente intimado e autuado pelo cometimento das infrações contidas neste PAF, em consequência dos trabalhos de auditoria fiscal/contábil desenvolvidos com base nos livros fiscais e contábeis, notas fiscais, documentos internos e arquivos magnéticos apresentados pelo próprio Autuado, onde foram levadas em consideração todas as operações de entradas e saídas registradas, que resultaram na apuração de diferenças de ICMS a recolher, conforme demonstrativos de débitos anexos ao processo, identificando cada uma das irregularidades que se caracterizam infrações sujeitas à imputação das penalidades previstas na legislação tributária. Não se tratando de criatividade nem invenção dos Autuantes”.

“Quanto à arguição de nulidade deste PAF, sob alegação de cerceamento ao direito de defesa, pela insuficiência de documentos indispensáveis à instrução do processo, informamos que tal alegação não procede em relação às infrações arroladas neste PAF, pois todas as fontes de informação (livros fiscais e contábeis, notas fiscais, documentos internos e arquivos magnéticos) utilizadas por estes prepostos fiscais durante o processo de fiscalização para apuração e comprovação das infrações constantes neste processo sempre estiveram e ainda estão em poder da Autuada. Considerando ainda que a fiscalização do contribuinte ocorreu dentro do estabelecimento do próprio contribuinte, informamos que foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos de débitos para

determinação do *quantum* devido de cada infração, com identificação do CFOP e do código contábil das operações que deram origem às infrações, possibilitando a identificação dos respectivos documentos de origem, uma vez que constam também, cópias xerográficas dos Livros de Registro de Apuração e dos resumos de somatórios de todas as notas fiscais registrados nos Livros de Registro de Entradas e de Saídas de Mercadorias correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento, além do fato de que se encontra também, em anexo às fls. 37 deste PAF, mídia óptica em CD de dados contendo todos os arquivos magnéticos fornecidos pela Autuada, em que constam todas as notas fiscais em meio magnético das operações realizadas pela impugnante referentes a todo período fiscalizado”.

“Já em relação ao primado da segurança jurídica, em que a Autuada questiona o direito da Fazenda Pública Estadual efetuar o lançamento de ofício para cobrança de ICMS devido pela ocorrência de fatos geradores de janeiro a setembro de 1999, informamos que o direito de a Fazenda Pública fazer o lançamento extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já podia ter sido efetuado, conforme disposto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), no § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (LEI nº 3.956/81) e pelo inciso I do art. 965 do RICMS-BA. Está assim, claramente fixado em lei o prazo para homologação e decadência, atendendo ao disposto no § 4º do art. 150, do CTN”.

“O Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento segundo o qual, nos impostos submetidos ao regime do lançamento por homologação, "a decadência relativa ao direito de constituir o crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte em que se extinguiu o direito protestativo de o Estado rever e homologar o lançamento". Por outras palavras: "o prazo decadencial de 5(cinco) anos tem início a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que a homologação poderia efetivar-se”.

“Ultrapassada a questão formal dos procedimentos, passamos a demonstrar que a argumentação apresentada na defesa da Autuada é desprovida de fundamentação legal, não merecendo fê e demonstrando o caráter protelatório da defesa, pois inexistente de fato um verdadeiro contraditório a ser solucionado nas razões da Autuada no que se refere às infrações contidas neste PAF, conforme passamos a explicitar”:

Infração 01 – “Refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de bens destinados ao ativo permanente, contemplando os exercícios de 1999 a 2004, interstício de tempo que envolve duas situações quanto ao direito de se creditar do ICMS. A primeira, de 1999 a 2000, permitiu o uso integral do crédito de ICMS constante das notas fiscais de entrada dos bens do ativo imobilizado, devendo ser estornado mensalmente o fator de 1/60 (um sessenta avos) da relação entre a soma das saídas e prestações isentas e/ou não tributadas e o total das saídas e prestações escrituradas no mês. A segunda fase, compreendida entre 2001 e 2004, atendendo novas disposições da LC 87/96, com restrição ao uso do crédito, permite apenas o uso do montante do crédito que será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior; tanto para uma situação quanto para a outra o RICMS-BA exige que o contribuinte escriturasse o Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), que destina-se à apuração do valor base do estorno de crédito e do total do estorno mensal do crédito de bens do ativo permanente do estabelecimento. Esta etapa não foi realizada pelo Contribuinte, cujo Livro de Registro de Apuração de ICMS, de 1999 a 2004, em operações específicas das aquisições de bens do ativo imobilizado, reflete a utilização de modo livre e aleatório do crédito do ICMS, sem atender as exigências legais de restrição ao seu uso. Diante desta situação, elaboramos uma planilha, conforme consta às fls 38 a 42 deste PAF, reproduzindo o CIAP do contribuinte, cujo resultado demonstra erros quanto à utilização dos créditos desses bens. São esses valores, que confrontados com os lançados pelo próprio Contribuinte em seus livros fiscais, infringem as normas

tributárias estabelecidas para os bens destinadas ao ativo imobilizado. A argumentação da defesa, infelizmente, se volta para o instituto da decadência, cuja contestação já consta acima, e para o princípio de irretroatividade, que não tem nenhuma relação direta com os lançamentos efetuados, visto que o CIAP diferencia em duas sistemáticas diferentes de apuração do valor base do estorno do crédito fiscal de ICMS, conforme explicitado anteriormente, atendendo ao Inciso XII, do art.97, RICMS-BA, que estabelece parâmetros para os exercícios posteriores a 2001. Neste sentido, não apresenta nenhum dado que modifique a natureza dos valores considerados com infração e registrados na planilha CIAP, o que corrobora a procedência da infração”.

Infração 02 – “Apesar da vedação para uso de crédito fiscal de ICMS para bens destinado ao uso e consumo, conforme Lei Complementar n 87/96, o Contribuinte, nos exercícios de 1999 a 2004, desconsidera esta determinação, e com os lançamentos de notas fiscais de entradas nos CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) de Outras entradas não especificados (1.99; 2.99; 1.949; 2.949) se credita dos valores dos ICMS, conforme comprovação nos livros de entradas de mercadorias (pg.290 a 356). Com base nesses livros fiscais de entrada, utilizando-se o resumo mensal produzido pelo próprio contribuinte, identificamos essas infrações, que também foi subsidiada pela codificação contábil ali impressa. Além disso, de posse do Plano de Contas, confirmamos a natureza das aquisições, o que comprova a veracidade dos estornos ora lançados, não permitido constitucionalmente. Com a afirmativa de que no corpo do auto de infração só consta cópias dos livros de Registro de Apuração de ICMS, o que dificultou a sua argumentação, o Contribuinte demonstra total desconhecimento dos livros fiscais por ele mesmo gerados, fonte utilizada para se verificar aos seus lançamentos. A partir de abril de 2002, deixou de produzir um resumo mensal, o que nos levou a fazer o levantamento dos meses subsequentes nota a nota fiscal, cujas cópias contam em mídia óptica no CD de dados que contém os arquivos magnéticos de todas as suas operações nota-a-nota, componente do auto de infração, conforme pg. 37. Como fica impossível copiar todas as páginas de todos os livros fiscais e de todas as notas fiscais de todo o período fiscalizado, por bom senso, optamos por anexar apenas algumas cópias dos livros fiscais, além dos arquivos magnéticos de todas as operações do contribuinte, validados e transmitidos pelo SINTEGRA, o que não retira a veracidade das infrações ali descritas e é suficiente para comprovar e caracterizar as infrações. Dessa forma, não há remédio processual a socorrer a autuada, sendo, portanto, desprovida de previsão legal a defesa interposta”.

Infração 03 – “Com base nas informações do Livro de Registro de Apuração de ICMS, buscando-se a natureza de cada operação, percebemos que o Contribuinte deixou de complementar com o diferencial de alíquota interna referente às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas para o ativo imobilizado e para o uso e consumo. O confronto, com uso de planilhas, levou em consideração os valores registrados na escrita fiscal e os valores de ICMS efetivamente recolhidos aos cofres públicos. A sistemática adotada pelo contribuinte, para recolher o diferencial de alíquota está descrita na parte de outros débitos do livro mensal de apuração de ICMS e não pelo recolhimento mensal e separado do ICMS normal de cada mês. Não se pode falar, no caso específico deste Contribuinte, de qualquer tipo de benefício fiscal, uma vez que a natureza de suas operações é a de comércio varejista de produtos alimentícios, fora de qualquer segmento que contenha redução ou dispensa deste tipo de exigência fiscal. Mais uma vez, mesmo de posse de todos os dados, o Contribuinte sequer avaliou as planilhas que comprovam a sua falta de recolhimento da diferença de alíquotas, restringindo sua argumentação a dificuldades operacionais deles próprios de identificaram o que eles mesmos escrituraram como aquisições de bens do ativo imobilizado e bens de uso ou consumo”.

Infração 04 – “Quando menciona o Convênio 54/01 o Contribuinte comete o equívoco de se referir à concessão de benefícios fiscais à Construção da Usina Hidrelétrica de Manso, relacionada ao Estado de Mato de Grosso. Em outro momento, retrata o Convênio 54/00 – que estabelece regras para a

devolução de mercadoria ou bem em operação interestadual. Acrescenta ainda que o Convênio determina a mesma tributação quando de transferência de mercadoria adquirida para integrar o ativo fixo do estabelecimento, reafirmado pelo disposto no art. 651 do RICMS-BA, que assevera a aplicação da mesma alíquota quando da devolução interestadual. Cabe esclarecer, primeiramente, que o Estado da Bahia, de fato, é signatária do Convênio ICMS 54/00, cuja cláusula primeira diz o seguinte: “Na operação interestadual de devolução, total ou parcial, de mercadoria ou bem, inclusive o recebido em transferência, aplicar-se-á a mesma base de cálculo e a mesma alíquota constante do documento que acobertar a operação anterior de recebimento da mercadoria ou bem”. O que faltou ao Contribuinte, no caso em análise, foi verificar que a infração refere-se a transferência de mercadorias, durante o exercício de 2004, para outros estados, com tributação de 7% ou invés de 12%, previsto para saída de mercadorias deste Estado e não à devolução de bens do ativo fixo. Como dito antes, estamos discutindo sobre a transferência de mercadorias diversas adquiridas de terceiros para comercialização destinadas ao Estado de São Paulo e não sobre a devolução de bens do ativo fixo, estes de fácil identificação da sua origem. Verificou-se em todos os meses do período fiscalizado a ocorrência desse tipo de transferência de diversas mercadorias adquiridas para comercialização com destino ao Estado de São Paulo, sem que houvesse qualquer menção no corpo dessas notas às notas fiscais de origem daquelas mercadorias, o que desvincula qualquer possibilidade de ser considerada como operações de devolução de mercadorias, isto porque quando há devolução de mercadorias – mesmo de filial para filial ou de filial para matriz – há a identificação da nota fiscal de origem, para que os controle fiscal e contábil sejam realizados, além da exigência de outros procedimentos previstos em diversos dispositivos do RICMS-BA. Utilizamos, para a comprovação dessa infração, os livros de Registro de Apuração de ICMS, com os dados dos CFOP 6.152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros). Se recebida ou adquirida de terceiros, não se pode falar em devolução, cuja natureza de operação é codificada como 6.202 (devolução de compras para comercialização). Para que não pensemos em descumprimento de obrigação acessória ou simples erro na identificação dos códigos, esclarecemos que as notas fiscais de saída de mercadorias analisadas não contêm os requisitos estabelecidos no art. 651 do nosso RICMS-BA, inclusive sequer menciona um dos seus principais termos: “motivo da devolução”. Como pode ser comprovada, a nota só contêm a discriminação da mercadoria e seu destinatário. Por fim, observamos que esta mesma infração já foi objeto de outro auto de infração, contra o mesmo Contribuinte, o de nº 210.432.0013/04-9, identificada como infração de nº 8, retratando exatamente o mesmo tipo de ocorrência para os exercícios de 2000 a 2003, com total reconhecimento da procedência deste item quando houve a solicitação de parcelas para a quitação integral do débito. Cabe, aqui, a última pergunta: por que o entendimento modificou-se para o exercício de 2004 e por que razões não foram anexadas notas fiscais deste período com transferência de bens do ativo fixo? A resposta, por mais óbvia que possa parecer, denota que o Contribuinte desconhece o que ele próprio transfere para outros Estados, porque se fosse bens do ativo fixo, facilmente identificados, as notas estariam apensadas ao presente processo. Isto posto, desconsideramos a argumentação apresentada, uma vez comprovado o caráter protelatório da defesa”.

Infração 05 – “Os incentivos fiscais provenientes do Programa Estadual de Incentivo à Cultura - FAZCULTURA - são estabelecidos, condicionalmente, ao cumprimento de um determinado percentual do valor do ICMS a ser recolhido, bem como a partir de um determinado período o qual poderiam ter sido utilizados, conforme firmado em cada Título de Incentivo concedido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. O levantamento efetuado certifica-se exclusivamente da utilização de percentuais acima do determinado em cada documento e em datas anteriores às autorizadas pelos correspondentes Títulos de Incentivo. Com esta situação, atípica para o Programa, comprova-se que houve recolhimento a menor do ICMS devido naqueles períodos constantes dos demonstrativos anexos às fls 52 a 61 deste PAF, pela utilização de incentivo fiscal em percentuais maiores do que foram autorizados e ou fora dos previstos, o que acarreta o acréscimo moratório de todos aqueles valores que deixaram de ser recolhidos por conta desta utilização irregular dos

incentivos concedidos. Em nenhum momento há referência de uso a maior de qualquer valor dos diversos títulos de incentivos. A situação que emerge, e que comprovamos, é o que consta desta infração: acréscimos moratórios para os meses em que o contribuinte não atendeu às condições de utilização determinada pelos títulos de incentivo. Para isso foram elaborados os demonstrativos acima referidos em que se demonstra os valores de acréscimo moratório devido mediante a reconstituição do conta-corrente mensal de apuração do ICMS, observando as condições de utilização dos incentivos fiscais previstos em cada título concedido. Mais uma vez, o Contribuinte comete equívocos ao não se adentrar na pertinência da questão, caminhando para searas não mencionadas no presente auto de infração”.

Infração 06 – “Quanto à antecipação parcial, cuja infração reporta-se aos meses de abril a junho, com exigência de complemento dos cálculos anteriormente efetuados pelo Contribuinte, acrescentamos o seguinte: utilizamos os valores constantes dos livros de Registro de Apuração de ICMS, cuja escrituração realizada pelo próprio Contribuinte, já exclui, previamente, os valores não tributados como os da substituição tributária e os isentos. Mesmo apresentando as planilhas com cálculos, o contribuinte perde a oportunidade de mostrar a suposta veracidade dos seus valores porque não permitiu o confronto de dados”.

Infração 07 – “A antecipação parcial do ICMS, instituída pela Lei de nº 8.967/2003, regulamentada pelo Decreto Estadual de nº 8.969/2004, é exigida a partir de março de 2004. Esta infração se refere ao período de março de 2004, que o Contribuinte deixou de recolher aos cofres públicos do Estado, apesar da determinação legal. Com base nos elementos constantes dos livros fiscais, elaboramos uma planilha, que faz parte do processo, e apresentamos os valores, que também não foram contestados”.

Infração 08 – “Os lançamentos desta infração foram baseados na escrituração fiscal do Contribuinte, inclusive utilizando como subsídios, para as vendas de resíduos, o seu Plano de Contas, códigos 315 Vendas Extras, do grupo Operacional 3.1, registrado também nos livros fiscais. Para as doações, com o intuito de não se cobrar as vendas de mercadorias isentas e tributadas anteriormente, buscamos respaldo na discriminação das naturezas das operações realizadas pelo Contribuinte, que detalha cada CFOP, de modo a identificar, com pormenor, cada tipo de lançamento efetuado, conforme pode ser visto em cópia da sua Listagem da Tabela de Códigos Fiscais, que ora anexamos. As doações, por exemplo, são apenas aquelas listadas como 5.99.1.24 Doação Tributada. Não consta do levantamento, e não poderia constar, doação de mercadorias isentas e equivalentes. Ressalta-se também, no que tange às operações realizadas com sucatas, em que a Autuada alega ter dado saída com diferimento do imposto, que a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeresse e obtivesse, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, além das exigências especiais quando as indicações que deveriam constar nas notas fiscais e procedimentos especiais de escrituração disciplinados pelo RICMS-BA. O que de fato não houve e não foi demonstrado na defesa. Por isso, não acatamos a argumentação desta infração, porque não contêm elementos probantes que elimine a citada infração. Os valores apropriados de cada mês estão nos respectivos resumos mensais, realizados pelo contribuinte e anexado aos seus livros de saída, cujas cópias fazem parte do processo, conforme pode ser verificado nas pgs. 236 a 289, em quantidade suficiente para comprovar a licitude dessa ocorrência”.

Infração 09 – “Consta do livro de Registro de Apuração de ICMS, do mês de dezembro de 2003, pg. 209 deste processo, o valor de R\$ 40.210,75 como Outros Créditos de ICMS, cujo histórico diz que se trata de “produtos de substituição tributária debitados indevidamente”. Na sua defesa, apesar de não ter apresentado nenhum levantamento de dados pertinentes, o contribuinte alega erro de software em ECF, cujo programa debitava, incorretamente, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, também sem nenhuma comprovação. Considerando que o ECF é um equipamento

programável, tal afirmativa é suscetível de veracidade. Entretanto, o Contribuinte não apresenta planilhas das mercadorias atingidas por esse erro, as datas das ocorrências, os números de série dos equipamentos fiscais, sequer apresenta termo de intervenção e muito menos enumera os terminais que procederam tais informações. O ideal, para que pudéssemos considerar como correta a utilização dessa espécie de crédito seria a real comprovação dos seus elementos. Nesta caso, o Contribuinte se resume a meros argumentos vazios e desprovidos de qualquer lógica fiscal, repetindo o mesmo comportamento de apropriação indevida de créditos da mesma natureza, no mesmo período, em outra filial, de inscrição estadual nº 56.308.648, loja da Vasco da Gama em Salvador (BA), trazendo à tona que o alegado erro de software ocorreu em várias das filiais simultaneamente e foi corrigido milagrosamente sem que houvesse nenhuma comunicação ao fisco para que fosse realizada a devida comprovação dos fatos alegados”.

Infração 10 – “A autuada solicita a improcedência deste item alegando que a utilização do crédito fiscal de ICMS sobre as mercadorias existentes no estoque de Calçados, quando do seu ajuste às regras de substituição tributária em 28/02/2003, deu-se por conta do Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade, que confere o creditamento do imposto pago na operação anterior. À primeira vista, pode se pensar que o princípio mencionado não está sendo respeitado, o que não é verdade. Analisando o Anexo X, constante às fls 74 deste processo poderemos verificar que o Contribuinte levantou o montante de calçados inventariado em 28/02/2003, que totaliza R\$ 66.845,12 (sessenta seis mil, oitocentos e quarenta cinco reais, doze centavos) e aplica a alíquota de 7%, para apurar o valor de R\$ 4.679,16 (quatro mil, seiscentos e setenta e nove reais, dezesseis centavos) que utilizou indevidamente. Ocorre, neste momento, o grande equívoco do Contribuinte ao pensar que era seu direito apropriar de um crédito de mercadorias inventariadas, uma vez que o Registro de Inventário não comporta lançamentos de créditos de ICMS e sim assentamentos das quantidades e seus valores de custos. A explicação para isto é simples: quando da aquisição dos calçados, tanto antes de 2002 quanto após esta data e anterior a março de 2003, os lançamentos das notas fiscais de entrada de calçados contêm os respectivos créditos de ICMS que foram utilizados no conta-corrente de ICMS do respectivo mês em que ocorreu a entrada da mercadoria para fins de apuração do valor do imposto a recolher, o que impossibilita um recálculo de créditos sobre o valor inventariado, principalmente quando não há disposição legal autorizando tal operação. Tenta-se, pelo visto, se creditar de uma base de cálculo que não tem previsão legal, duplicando o direito ao uso dos créditos de calçados. A fim de regularizar a situação, estornamos o valor, exigindo-se o recolhimento do complemento do ICMS devido sobre antecipação de calçados”.

Infração 11 – “O valor apurado, mesmo que a menor sobre a antecipação tributária de calçados, foi recolhido pelo Contribuinte, por isso exige-se apenas o seu complemento, objeto da infração de nº 10. Ocorre, entretanto, que no mês de agosto de 2003, no livro de Registro de Apuração de ICMS, surgem nos campos de débito e crédito do imposto valores alusivos à antecipação de calçados, que o Contribuinte não conseguiu elucidar, pois tais valores não têm nenhuma relação direta com a planilha por ele efetuada e que serviu de base para o cálculo da antecipação de calçados em março de 2003. Como se trata de lançamento aleatório, sem base ou fundamento legal, estornamos a diferença entre os valores ali alocados, concluindo-se que era um crédito indevido no valor de R\$ 26.814,46 (vinte seis, oitocentos e quatorze reais, quarenta seis centavos), conforme pode ser visto nas pg. 193, o que ajuda a clarear o comportamento dissonante do Contribuinte”.

Ao final, entendendo que não procedem às alegações da defesa por carecerem de fundamentação jurídica e pelo fato de terem sido comprovadas às infrações contidas neste PAF, solicitam que o lançamento efetuado seja totalmente mantido.

O autuado novamente se manifesta nos autos, requerendo às fls. 497/498, o parcelamento total do débito exigido no presente processo, sendo que o mesmo foi deferido pelo Inspetor Fazendário da IFEP/METRO.

VOTO

O presente processo imputa ao autuado diversas infrações, no entanto, considerando que o mesmo desistiu formalmente da defesa apresentada, ao solicitar o parcelamento total do débito, efetuando, inclusive o pagamento da parcela inicial, conforme documentos às fls. 486 a 504, tal procedimento importa em extinção do processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99.

Dessa forma, voto pela EXTINÇÃO da lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Impugnação apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 210432.0014/04-5, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA