

PROCESSO - A. I. N° 115484.0005/07-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.
RECORRIDOS - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0052-02/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05/11/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0325-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REABERTURA DO PRAZO. NOVA DECISÃO. A Decisão recorrida deve ser anulada para que seja reaberto, em favor do autuado, o prazo de defesa de trinta dias, para se manifestar acerca do Parecer ASTEC/CONSEF nº 157/2008. Devolvam-se os autos à 1ª Instância para nova decisão. **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a referida Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

Os Recursos ora apreciados têm por objeto as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$441.200,20, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006, 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, conforme demonstrativos e documentos constantes no Anexo I, Vol.I, fl.134 e III, fls.461 a 460. Em complemento consta “ANEXO III – *Conforme demonstrativos apurados através de confronto das notas fiscais apresentadas com CFOPs divergentes para a operação e/ou capturadas no CFAMT e na WEB – circularização com fornecedores.*”
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$343.676,55, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Em complemento consta: “ANEXO V – *Aliquota diversa – Erro no cálculo do ICMS a ser creditado, tanto no que se refere a alíquota de origem, quanto no que se refere ao próprio cálculo do valor a ser creditado, ainda que a indicação da alíquota esteja correta, tudo conforme demonstrativo em anexo, inclusive com a indicação do número do Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o número da página escriturado, inclusive com cópia grifada, visada e autenticada, por essa fiscalização.*”
6. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 100.892,10, no período de novembro de 2004 a dezembro de 2006, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Em complemento consta: “ANEXO V – *Conforme demonstrativos detalhados e comprovados nos livros fiscais.*”
7. Recolhimento a menos do ICMS nos prazos regulamentares, no valor de R\$ 877.992,87, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Em complemento consta: “ANEXO VI – *Conforme Resumo de Apuração do Débito e demonstrativos dos débitos declarados do ativo e do uso e consumo e créditos provenientes do CIAP.*”

8. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 382.278,95 correspondente a 60% sobre o valor das mercadorias. Em complemento consta: “ANEXO VIII – Conforme demonstrativos, cópias de DAEs e extratos de recolhimento. Mercadoria enquadrada no regime de antecipação tributária – Aparelho de telefonia celular – a partir de 01 de março de 2006 de acordo com o art.353, inciso II, item 35, do RICMS/Ba. aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Em conformidade com o Art.3º do Decreto nº 9.786 de 10 de fevereiro de 2006”. Fls.1.239 a 1.250.
9. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente, sendo aplicada a multa de R\$315.937,72 correspondente a 60% sobre o valor das mercadorias. Em complemento consta: “ANEXO II – Conforme demonstrativos detalhados, cópias de DAEs e extratos de recolhimento”, fls. 167 a 228.
10. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.141.893,34, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006. Em complemento consta: “ANEXO IX – Conforme demonstrativos – NOTAS FISCAIS WEB (conjunto de informações e Recursos da internet) / SEFAZ. Relação anexa ao PAF com cópias de todas as Notas Fiscais solicitadas aos fornecedores através de carta postada pelos Correios e Telégrafos, cujas cópias estão anexas ao PAF, inclusive com alguns envelopes de retorno para servir de amostragem e confirmar a veracidade das informações, entregues contra recibo ao representante legal do autuado, devidamente conferida, ressaltando que as notas fiscais enviadas a essa fiscalização conforme listagem da solicitação foram separadas por situação tributária cujo crédito reclamado resultou em – Imposto”, fls. 1.281 a 1.532.

O sujeito passivo reconhece expressamente e efetua o recolhimento dos valores referentes às infrações 2, 4, 5, 11, 12, 13 e 14.

Em sua peça defensiva, o autuado invoca o artigo 2º combinado com o artigo 18, inciso II, do RPAF/99, arguindo, inicialmente a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa e por ausência de requisitos para a formação do Auto de Infração. Alegou que na infração 1 não sabe como os autuantes encontraram os valores históricos, citando como exemplo a data de ocorrência de 30/11/04, pois somando os valores de R\$4.149,14 + R\$34.130,44 + R\$ 832,20 + R\$52.228,13 + R\$49.225,27, obtém-se R\$130.565,18, porém foi lançado o valor de R\$131.397,18. Além disso, salientou que não foi apresentada a base de cálculo e as alíquotas corretas em diversas infrações. Frisou que, analisando a infração 2, identificou a base de cálculo de R\$237.944,29, que à alíquota de 17% e uma multa de 70%, foi apresentado o total da infração como sendo de R\$40.450,53. Questionou onde se encontra a base de cálculo, e que não há anexo. Como outro exemplo, destacou o primeiro item da página 2, relativamente a ocorrência de 31/03/2005, onde foi consignada uma base de cálculo no valor de R\$ 101,47, enquanto que as notas fiscais teoricamente não lançadas somam o valor de R\$345,00. Prosseguiu acrescentando, ainda em sede de preliminar, que no Auto de Infração não há indicação do local onde o Auto de Infração se encontra para fins de averiguação, e portanto onde estaria à sua disposição.

Suscitou, ainda, uma segunda preliminar, por ausência de identificação de base de cálculo e de concessão do direito ao crédito fiscal.

No que se refere ao mérito da infração 1, aduziu que existem erros nos cálculos apresentados e impossibilidade de identificação da base de cálculo, citando como exemplo, a data de ocorrência

30/11/04, efetuando a mesma demonstração feita na 1^a situação acima. Alegou também a ausência de subsunção da norma ao fato, tomando por base o débito do mês de novembro de 2004, no valor de R\$ 4.149,14, por entender que o demonstrativo de apuração faz referência à falta de lançamentos de notas fiscais no livro de entradas de mercadorias para uso/consumo, e no Auto de Infração foi descrita a irregularidade como falta de recolhimento da diferença de alíquota de aquisições de bens do ativo fixo. Invocou o art. 20 da LC 87/96, LC 102/00 e art.155, § 2º da CF/88, para invocar que tem direito ao crédito fiscal do ativo permanente na proporção de 1/48, bem como o abatimento do crédito sobre o eventual débito apurado, nos termos do art.93 da Lei nº 7.014/96.

De referência à infração 3, ressaltou que as operações se tratam de remessa por conta e ordem a terceiro. Transcreveu os artigos 411 a 414, do RICMS/97, e informou que o estabelecimento adquire produtos de diversos fornecedores situados na região da Zona Franca de Manaus, creditando-se de 12% do imposto, conforme art. 93, §§ 6º e 7º do RICMS/97. Explicou que a sistemática operacional é a seguinte: os fornecedores fazem remessas das mercadorias para os armazéns gerais situados em São Paulo e no Rio de Janeiro; quando as vendas são efetuadas são emitidas ordens ao terceiro, no caso o armazém, para que o mesmo proceda a entrega ao seu estabelecimento, cuja nota fiscal não possui destaque do imposto, conforme determina o art.413, II; a compra é efetivamente efetuada pelo Estado do Amazonas, e não pelo Estado de São Paulo ou Rio de Janeiro; não há qualquer formação de valor agregado, ou seja, as notas emitidas pelo fabricante são idênticas à dos armazéns gerais; todas as notas se vinculam com a venda das mercadorias, cuja nota do armazém geral faz referência expressa a nota do fabricante. Disse que a fiscalização, ao verificar que muitos dos produtos vinham de São Paulo e Rio de Janeiro, glosou parte do crédito reduzindo-o em 5%. Fez um quadro relacionando as notas fiscais do fabricante com as do armazém geral. Além disso, alegou que houve equívocos na autuação no que tange a notas fiscais de devolução, citando como exemplo as notas fiscais de vendas/devolução nº 018811/020144; 017402/018024; 022200/023208; 023756/024011; 024049/031521; 042152/042754; 069141/072635; 072436/072839 e 073202/073986. Argumentou que tais notas fiscais referem-se a vendas a consumidores finais com alíquota de 17%, cujas mercadorias foram devolvidas pelo fato de estarem em desconformidade com os pedidos. Observou que houve equívoco na emissão da Nota Fiscal nº 023756, tendo sido consignada a cidade de Candeias/MG ao invés de BA, o que não lhe tira o direito do crédito à alíquota de 17%. Afirmou que o creditamento se deu no mesmo percentual de 17%, conforme determina o art.93, inciso VII, do RICMS/97, transcrito.

No tocante à infração 6, discordou da acusação de apropriação indevida de crédito fiscal nas aquisições de bens do ativo permanente, transcrevendo o artigo 20, § 5º e 33, inciso III, da LC 87/96 alterada pela LC 102/00, para afirmar que tem direito ao creditamento neste caso. Destacou que o creditamento deve ser feito à razão de 1/48 por mês, a partir do mês em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, porém que o seu procedimento de utilizar antecipadamente o crédito fiscal não causou prejuízo, pois existem notas a partir de outubro de 2004, onde já decorreram 36 meses. Pediu a improcedência deste item, e se assim não for esse o entendimento, que lhe fosse concedido o crédito à razão de 1/48 ao mês, bem como o abatimento do crédito sobre o eventual débito apurado neste item, com fulcro no art. 93 do RICMS/97.

Quanto à infração 7, esclareceu que no início da ação fiscal a empresa estava fazendo alguns ajustes de lançamentos de notas fiscais de ativo e que por erro no sistema não haviam sido escrituradas. Salientou que foi orientado pela fiscalização para que fossem incluídos apenas os créditos e débitos simples, para conferência, e que, posteriormente, poderia continuar o trabalho de aprimoramento do livro, conforme autorização passada por escrito. Disse que foi autuado por um livro entregue e que estava autorizado para ser refeito. Desta forma, alegou que não constam no citado livro diversos créditos, tais como:

- a) ESTORNOS: chama a atenção que analisando o mês de agosto de 2005, não existe nenhum estorno, pois o mesmo não foi lançado em confiança à autorização concedida para o refazimento.
- b) CRÉDITOS DECORRENTES DA CONDIÇÃO DE ATACADISTA: diz que o estabelecimento está enquadrado no Decreto nº 7.799/00, na condição de atacadista, e por isso, tem direito a 16,667% nas operações interestaduais, ou seja, 5% e 2% nas entradas internas.
- c) ANTECIPAÇÃO PARCIAL: diz que na aquisição de diversos produtos tem que efetuar a antecipação parcial, podendo se creditar na data de pagamento do tributo. Alega que não foram considerados os valores recolhidos, para abater do cálculo do tributo.
- d) OUTROS CRÉDITOS: Alega que estes créditos não foram computados porque as autuantes autorizaram o refazimento dos livros em duas oportunidades, qual seja no dia 28/11/07, exatamente na data da lavratura do Auto de Infração. Questiona como pode ser autuado por um livro que foi autorizado pela fiscalização.

Além disso, arguiu que existe um erro no lançamento efetuado pelas autuantes: na planilha de 2004, tem um crédito no valor de R\$ 571.156,10; na planilha de 2005, tem que os créditos que são transferidos do exercício anterior são contabilizados a menor no valor de R\$570.959,62; no período de junho a dezembro de 2005, não existe nenhum lançamento como “*outros créditos*”. Por conta dos pontos levantados acima, disse esperar das autuantes autorização para apresentar os livros refeitos, constando todos os créditos. Não sendo este o entendimento, requereu a realização de perícia para demonstrar os créditos e débitos, a fim de que pudesse comprovar a improcedência da autuação. Afirmou ter anexado cópia da autorização para refazer os livros e cópia de parte do livro que fora cancelado.

No que pertine à infração 8, após transcrever o artigo 352-A, inciso III, parágrafo 1º, do RICMS/97, alegou inexistência de obrigação para efetuar a antecipação parcial, pois as mercadorias se tratam de APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR, e encontram-se acobertadas pela substituição tributária nas operações dentro do Estado da Bahia. Assim, entendeu que a autuação deveria ser considerada nula, por ausência de subsunção da norma ao fato. Aduziu que se esse não for o entendimento, na planilha utilizada pelo fisco contém os seguintes equívocos:

ERRO DE FÓRMULA E CÁLCULO: Alegou que na Coluna “D” deveria conter a base de cálculo do ICMS, caso fosse hipótese de antecipação parcial, sem a redução de 29,41% aplicada aos aparelhos de telefonia móvel no Estado da Bahia, conforme determinado no inciso XXIV do artigo 87 do RICMS/97. Disse que foi adicionado o valor do ICMS recolhido no Estado de origem ao valor da operação interestadual, superfaturando a base de cálculo, o tributo, e consequentemente a multa arbitrada, indo de encontro com a Constituição Federal, transformando o tributo não-cumulativo em cumulativo. A título de amostragem, afirmou ter colacionado anexo à peça defensiva, as planilhas de cálculo dos meses de março e abril de 2006. Observou que no mês de março, o valor total da Coluna “D”, que corresponde a soma da Coluna “A” inerente ao valor dos produtos, com a Coluna “B” equivalente ao valor do IPI, alcançaria o montante de R\$505.405,54, e não o montante de R\$540.920,08, atingido através da soma da Coluna “A” com a Coluna “C” referente ao ICMS recolhido nos Estados de origem. Aduziu que este erro persistia no mês de abril e nos meses subseqüentes, onde a base de cálculo do ICMS devido por uma suposta antecipação parcial (coluna “D”) correspondeu a soma do valor dos produtos com o valor do ICMS recolhido ao Estado de origem, quando entende que deveria corresponder ao valor dos produtos.

AUSÊNCIA DE CRÉDITO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA: Alegou que até o mês de dezembro de 2006, nas operações de saída dos aparelhos de telefonia celular, recolheu o ICMS com alíquota de 17% sem que fosse compensado o valor do imposto pago na operação interestadual pelo contribuinte substituto. Assim, entendeu que possuía um crédito fiscal correspondente ao valor que foi recolhido pelo contribuinte substituto na operação interestadual. Ressaltou que recolheu os

diferenciais de alíquota e a alíquota interna de venda interna gerando um crédito bem superior ao que efetivamente devia.

De referência à infração 9, salientou que a fiscalização deixou claro que mesmo que tenha sido efetuado o recolhimento do tributo por meio de antecipação parcial, foi tributado e recolhido o imposto normalmente. Porém, aduziu que a antecipação parcial somente pode ser aplicada a bens destinados à comercialização nos termos do artigo 352-A, e que no caso, muitas das notas relacionadas dizem respeito à aquisição de bens do ativo, as quais divergem da finalidade prevista no citado dispositivo regulamentar. Para comprovar esta alegação, fez um quadro relacionando as notas fiscais nº 8563, 4161, 145670, 552144 e 552143, referentes a aquisição de impressoras que integram o ativo fixo. Concluiu dizendo que tem direito a se creditar de 100% do imposto que foi pago.

Por fim, no tocante à infração 10, suscitou a nulidade deste item por considerar que a autuação está baseada em presunção, com base no entendimento que é incapaz de identificar, por exemplo, o retorno de mercadorias, isto porque, deu a saída cuja nota fiscal original passou no posto fiscal e foi devolvida, razão por que deixou de registrar a entrada nos livros fiscais. Ressaltou que se autuação fosse feita por presunção, deveria ter sido feito por entrada não registrada, e não na saída, tanto que, segundo o defendant, foi errado o procedimento adotado pelo Fisco, hipótese em que deveria ter sido aplicada a multa de 1% prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96. Asseverou também que a presunção de saídas é tratada no artigo 60 do RICMS/97, que foi transcrita na íntegra. Disse que o Fisco não tem a prova efetiva da entrada das referidas notas, tornando uma presunção sem prova, a qual, lhe impede de exercer o seu direito de defesa, já que tem que provar que não recebeu as mercadorias. Nesse sentido, suscitou a realização de diligência ou a reabertura do prazo de defesa para a apresentação de documentos (vias das notas fiscais) que serão obtidas junto aos fabricantes. Questionou qual o interesse em não escriturar os créditos fiscais nas entradas. Além disso, apontou os seguintes erros no trabalho fiscal.

- a) NOTAS FISCAIS COM DESTINATÁRIO DIVERSO – NF nº 322561 tem como emitente Multibrás e destinatário a empresa Dismobras Distribuidora de Móveis e Eletrodomésticos Ltda.; NF nº 322.562, emitente Multibrás e destinatário Makro S/A.
- b) CÓPIAS JÁ LANÇADAS – Alegou a ocorrência de lançamento no levantamento em diversos meses relativos às mesmas notas fiscais, a exemplo de: 4.116, 87.704, 126.724, 25.918, 181.986, 745.200, 549.533, 550.515, 550.516.
- c) CÓPIAS EM DUPLICIDADE – Disse que as notas fiscais da CCE Amazônia, lançadas em 04/01/2005, já haviam sido lançadas em dezembro de 2004.
- d) DATAS LANÇADAS PARA AS NOTAS FISCAIS NÃO CORRESPONDEM – aduz que as datas de diversas notas fiscais não correspondem ao que foi lançado nos anexos, impedindo a efetiva checagem, tais como: 477.620, 47.733, 134.266, 135.415, 137.160, 17.144, 24.231, 24.232, 24.233, 24.234, 24.235, 24.236, 14.237, 24.238, 24.239, 15.167, 15.168, 15.174, 15.176, 19.129, dentre outras.
- e) AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO – Alega que inexistem cópias de diversas notas fiscais, e que afirmado pelos autuantes que o levantamento foi por “amostragem” e os dados que buscaram foi na internet. Aduz que sem as cópias das notas fiscais não tem como negar a existência de entradas não registradas.

Concluindo, pediu a nulidade deste item, ou caso contrário, que fosse efetuada uma diligência junto a todos os emitentes dos documentos fiscais, a fim de que informassem e apresentassem cópias dos documentos fiscais, demonstrando que os mesmos foram devolvidos e não deram entrada no seu estabelecimento.

Por fim, disse esperar que fosse acatadas as preliminares arguidas, e no mérito, a improcedência da ação fiscal.

Pedi, ainda:

- a) a concessão do crédito nas infrações que eventualmente poderão ter imposto a ser recolhido;
- b) prazo para a juntada dos livros de apuração do ICMS refeitos, com todos os créditos, documentos fiscais dos erros da fiscalização apontados;
- c) idem das notas fiscais a ser obtidas junto aos fabricantes para demonstrar que as mesmas não foram recebidas pela empresa.

Após apresentação de informação fiscal às fls. 5.845 a 5.865, por parte das autuantes, o PAF foi incluído em pauta suplementar, tendo a 2^a Junta de Julgamento Fiscal deliberado no sentido de converter o processo em diligência à INFRAZ de origem, para que o sujeito passivo fosse intimado, fornecendo-lhe, sob recibo, cópia da informação fiscal constantes às fls. 5.845 a 5.865 e cópia do despacho à fl. 5.880. Conforme intimação à fl. 5.881, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal, porém não se manifestou no prazo fixado.

O *a quo*, através de nova deliberação em pauta suplementar, decidiu converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado auditor fiscal estranho ao feito, para que, *in loco*, à vista dos livros fiscais e respectivos documentos, e tomando por base os documentos apresentados pelas autuante e pelo autuado constantes no processo, fosse efetuada uma revisão fiscal do Auto de Infração, conforme quesitação constante às fls. 5.883 a 5.885.

Conforme Parecer ASTEC nº 157/2008 (fls. 5.887 a 5.901), foi realizada a revisão fiscal nos termos solicitados, a saber:

1. Foi esclarecido que a comprovação do débito das infrações 2, 4, 5, 11, 12, 13 e 14, encontra-se no PAF, às fls. 5.867 / 5.877, com detalhamento dos valores reconhecidos pelo autuado, bem como à fl. 5.912, os valores recolhidos pelo autuado, segundo Informações do Contribuinte – INC, da Secretaria da Fazenda.
2. Em relação às infrações 1, 3, 6, 7, 8, 9 e 10, foi informado que:

INFRAÇÃO 1 – pedido: se existe erro nos cálculos no levantamento fiscal constante no Anexo I, Vol. I, fl. 134 e III, Vol. III, fls. 461 a 640, referente a diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo fixo, tomando como exemplo a data de ocorrência de 30/11/04 citada na peça defensiva.

Resp: “*Em relação aos cálculos das diferenças de alíquota, constantes nos demonstrativos de fls. 462/473, foram verificados e entendo estarem corretos; portanto, nada a acrescentar.*

Em relação aos valores referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004 foram transportados os totais constantes às planilhas de fls. 462/473, conforme discriminado abaixo, o que será sanado com a elaboração de um novo resumo, conforme fl. 5.913.

OUTUBRO/2004

R\$2.868,50 (fl. 463) + R\$386,00 (fl. 464), o que totaliza R\$3.254,50;

NOVEMBRO/2004

R\$49.225,27 (fl. 462) + R\$24.130,44 (fl. 463) + R\$52.228,13 (fl. 464), o que totaliza R\$125.583,84;

DEZEMBRO/2004

R\$9.157,54 (fl. 462) + R\$3.732,70 (fl. 463) + R\$18.722,60 (fl. 464), o que totaliza R\$31.612,84.

Já em 2005, será anexada uma planilha que não foi anexada quando da lavratura do Auto de Infração, porém encontra-se na mídia, fls. 5.914 / 5.915”.

INFRAÇÃO 3 – pedidos:

- 1 Conferir o levantamento fiscal constante no Anexo V, fls. 726 a 833, vol. IV, informando se houve utilização de crédito fiscal do ICMS em valor superior ao destacado no documento

fiscal, por erro na utilização da alíquota, observando o disposto no artigo 673, § 2º, do RICMS/97, haja vista a alegação defensiva sobre a sistemática operacional das aquisições das mercadorias na Zona Franca de Manaus remetidas para os armazéns gerais situados em São Paulo e Rio de Janeiro, e posteriormente remetidas por estes para o estabelecimento autuado em Salvador.

Resp.: “O valor do ICMS utilizado pelo autuado foi o constante no documento fiscal, conforme se comprova dos documentos anexos, fls. 3.449 / 3.529.

Quanto à sistemática operacional das aquisições de mercadorias na Zona Franca de Manaus, o autuado adquire mercadorias em Manaus à alíquota de 12,00%, sendo as mesmas remetidas para os Armazéns Gerais situados em São Paulo e Rio de Janeiro, e posteriormente remetidas pelos mesmos para o estabelecimento autuado em Salvador, também à alíquota de 12,00%, sendo este o entendimento do autuado; portanto, entendo ser questão de mérito, que deverá ser apreciado pelo Senhor Relator.”

2 Se houve equívocos na autuação no que tange a notas de devolução, tomando como exemplo as notas fiscais de vendas / devolução nº 018811/020144; 017402/018024; 022200/023208; 023756/024011; 024049/031521; 042152/042754; 069141/072635; 072436/072839 e 073202/073986, tendo em vista a alegação defensiva de que tais notas fiscais referem-se a vendas a consumidores finais com alíquota de 17% cujas mercadorias foram devolvidas pelo fato de estarem em desconformidade com os pedidos.

Resp.: “Analizados os documentos de fls. 3.531 / 3.548, constata-se que as operações neles constantes, refere-se a vendas de mercadorias, que posteriormente foram devolvidas, constatando que se tratam de operações de vendas a consumidor final, com alíquota de 17%;

Foram analisados aspectos constantes dos citados documentos, tais como: destinatário da mercadoria, produtos e valores constantes na nota fiscal de venda e de devolução; portanto, entendo estar correto o procedimento do autuado.”

3 Se procede a alegação defensiva de que houve equívoco na emissão da nota fiscal 023756, tendo sido consignado a cidade de Candeias / MG ao invés de Candeias / BA, e, portanto, se o creditamento à alíquota de 17% está correto.

Resp.: “Verificada a nota fiscal nº 023756, de 14/03/2005, referente a venda (fl. 3.542) e a nota fiscal nº 024011, de 16/03/2005, referente a devolução (fl. 3.541), constata que se referem à venda e devolução, respectivamente, de 01 (um) refrigerador Continental 460 litros, onde consta nas mesmas o mesmo destinatário.

Quanto à consignação nas notas fiscais da cidade de Candeias / MG, pelos dados constantes nas mesmas, entendo referirem-se à cidade de Candeias / BA, até mesmo pelo telefone constante na nota fiscal nº 023756 (tel. 3605-3473), que é um prefixo da cidade de Candeias / BA, tendo inclusive o diligente efetuado consulta por telefone à adquirente, Sra. Sandra Rejane Conceição de Sena e obtido a confirmação, pela mesma, da aquisição e devolução da mercadoria.”

INFRAÇÃO 07 – pedidos;

1 Considerando que na infração 06 (fls.726 a 833, Anexo V, vol. IV), foram glosados os créditos fiscais oriundos de aquisições de bens do ativo imobilizado utilizados antecipadamente em desacordo com a legislação, conferisse as planilhas constantes no Anexo VI, Vol. I V fls. 834 a 904, informando se os créditos glosados provenientes do CIAP estão inseridos na planilha com a acumulação progressiva na proporção de 1/48 até a sua utilização.

Resp.: “Verificados os créditos fiscais relacionados nas planilhas de fls. 727 / 737, 755, 758 / 764, 807/ 808, constata-se que se referem a várias ocorrências, conforme relacionamos: 1) Utilização de crédito indevido proveniente de erro no cálculo e aplicação da alíquota; 2) crédito indevido

referente a lançamentos em duplicidade; 3) utilização de crédito sem destaque na nota fiscal; 4) crédito indevido sobre aquisições de bens para o ativo; 5) crédito indevido sobre produtos adquiridos para uso e/ou consumo.

Já as planilhas de fls. 835 / 849, se referem a recolhimento a menor do ICMS, decorrentes de diferença de alíquotas nas aquisições de bens para o ativo fixo e produtos adquiridos para uso e/ou consumo do estabelecimento.

Analisados os documentos que integram as referidas planilhas, constatamos que os documentos que compõem as planilhas de fls. 834 / 904, bem como os documentos de fls. 738 / 754, 756/757, 765/806, 809/833, não mantém nenhuma relação entre si, não estando, por conseguinte inseridos nas planilhas de fls. 726 / 833.”

2 Se existe ESTORNO fiscal a ser considerado no levantamento fiscal, no mês agosto de 2005;

Resp.: “*O autuado foi intimado a apresentar os livros fiscais para que se pudesse verificar os argumentos defensivos de fls. 3.395, não sendo atendido ao solicitado.*

Pelos livros existentes no processo, fls. 2.326 / 2.328, não existem estornos a serem considerados.”

3. Se existem CRÉDITOS DECORRENTES DA CONDIÇÃO DE ATACADISTA, haja vista a alegação de que o estabelecimento está enquadrado no Decreto nº 7.799/00, na condição de atacadista, e por isso, tem direito a 16,667% nas operações interestaduais, ou seja, 5% e 2% nas entradas internas;

Resp.: “*O autuado foi intimado a apresentar os livros fiscais para que se pudesse verificar os argumentos defensivos de fls. 3.395, não sendo atendido ao solicitado.*

Pelos livros existentes no processo, fls. 2.295 / 2.353, não existem estornos a serem considerados.”

4. Intimasse o autuado a comprovar a existência de valores recolhidos a título de ANTECIPAÇÃO PARCIAL não considerados no levantamento fiscal.

Resp.: “*O autuado foi intimado em 02/09/2008, conforme fls. 5.901 / 5.914, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias, os quais, depois de entendimentos telefônicos com a Sra. Valdirene Pinto de Lima, Contadora da empresa, devido à complexidade e quantidade de documentos solicitados, o prazo ficou prorrogado até o dia 22/09/2008, não sendo atendido ao solicitado.*

Foi então expedida uma segunda intimação, esta datada de 22/09/2008, com prazo de 48 (quarenta e oito), horas, conforme fls. 5.905 / 5.906, também não sendo atendida.

Conforme petição datada de 22/09/2008, às fls. 5.907 / 5.911, o representante do autuado, solicitou dilação do prazo por mais 8 (oito) dias, tendo em vista que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas concedido pelo CONSEF era bastante curto para a obtenção dos documentos solicitados, tendo em vista a sua quantidade e complexidade.

Foi então concedido o prazo solicitado pelo autuado, não tendo até a presente data, 14/10/2008, atendido à solicitação.”

5. Verificar se é cabível a alegação defensiva de que houve erro no lançamento fiscal, pela não inclusão como “outros créditos”, na planilha de 2004, o valor de R\$ 571.156,10 e na planilha de 2005, o valor de R\$ 570.959,62.

Resp.: “*Pelo que se verifica na planilha de fl. 834, o valor de R\$571.156,10 corresponde a crédito a maior, decorrente do resumo da apuração do ICMS da conta de mercadorias; já o valor de R\$570.959,62 na planilha de fl. 834, corresponde ao transporte do saldo credor do período anterior, só que as autuantes deveriam ter transportado R\$571.156,10 e não o que foi lançado, ou seja, R\$570.959,62.*

Sendo assim, foi elaborada planilha com a devida correção, conforme fl. 5.916.”

6. Prestar esclarecimentos sobre a escrituração do livro registro de entradas, em especial se houve autorização do fisco para o seu refazimento.

Resp.: “Conforme consta no processo, as autuantes relaciona livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado, sendo devolvidos pela fiscalização, conforme Termo às fls. 20 e 20-A, onde consta que os livros de Registro de Entradas de Mercadorias, Saídas de Mercadorias e Apuração do ICMS, a expressão “**Válido com autorização para refazer**”, assinada pelas autuantes.

O autuado foi intimado em 02/09/2008, conforme fls. 5.901 / 5.914, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias, os quais, depois de entendimentos telefônicos com a Sra. Valdirene Pinto de Lima, Contadora da empresa, devido à complexidade e quantidade de documentos solicitados, o prazo ficou prorrogado até o dia 22/09/2008, não sendo atendido ao solicitado.

Foi então expedida uma segunda intimação, esta datada de 22/09/2008, com prazo de 48 (quarenta e oito), horas, conforme fls. 5.905 / 5.906, também não sendo atendida.

Conforme petição datada de 22/09/2008, às fls. 5.907 / 5.911, o representante do autuado, solicitou dilação do prazo por mais 8 (oito) dias, tendo em vista que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas concedido pelo CONSEF era bastante curto para a obtenção dos documentos solicitados, tendo em vista a sua quantidade e complexidade.

Foi então concedido o prazo solicitado pelo autuado, não tendo até a presente data, 14 / 10 / 2008, atendido à solicitação.”

INFRAÇÃO 09 – pedido: se foram incluídas nos Demonstrativos ANEXO II, fls.166 a 460, Vol. II, notas fiscais que dizem respeito à aquisição de bens do ativo, conforme notas fiscais nº 8563, 4161, 145670, 552144 e 552143, referentes a aquisição de impressoras. Observar se estas mercadorias foram adquiridas para comercialização conforme alegado na defesa.

Resp.: “*Verificado no demonstrativo ANEXO II, fls. 166 a 460, vol. II, e demonstrativo ANEXO III, vol. III, fls. 470/473, constatando:*

Nota Fiscal nº 8.563 (fl. 585) – consta no demonstrativo às fls. 205 e 470, referindo-se à aquisição de 145 luminárias, o que no meu entendimento, trata-se de **mercadorias adquiridas para comercialização**.

Nota Fiscal nº 4.164 (fl. 584) - consta no demonstrativo às fls. 208 e 470, referindo-se à aquisição de 200 cadeiras plásticas, o que no meu entendimento, trata-se de **mercadorias adquiridas para comercialização**.

Nota Fiscal nº 145.670 – consta apenas no demonstrativo à fl. 213, não sendo localizada a respectiva cópia da n. fiscal.

Nota Fiscal nº 552.144 (fl. 615) - consta no demonstrativo às fls. 214 e 470, referindo-se à aquisição de 18 impressoras fiscal, o que no meu entendimento não se trata de mercadorias adquiridas para fins não comerciais e sim para integrar o ativo fixo.

Nota Fiscal nº 552.143 (fl. 614) - consta no demonstrativo às fls. 216 e 470, referindo-se à aquisição de 17 impressoras fiscal, o que no meu entendimento, trata-se de mercadorias adquiridas para fins não comerciais e sim para integrar o ativo fixo.”

INFRAÇÃO 10 – pedidos:

1 Se constam no processo cópias de todas as notas fiscais WEB obtidas junto aos fornecedores e junto ao CFAMT (Anexo IX), excluindo do levantamento fiscal as que não existirem nos autos.

Resp.: “*Foram verificadas as notas fiscais constantes do processo, obtidas junto aos fornecedores e junto ao CFAMT (Anexo IX), fls. 1.281 / 1.532, constatando-se que nem todas as*

notas fiscais se encontram no processo, sendo efetuadas as devidas exclusões do levantamento fiscal das notas não anexas aos autos, conforme planilha de fls. 5.917 / 5.928, onde estão citadas as páginas em que se encontram as referidas notas fiscais.”

2. Intimar o contribuinte a comprovar quais as notas fiscais não registradas, constantes no Anexo XV, Vol. XII, cujas mercadorias foram devolvidas sem registrar a entrada nos livros fiscais.

Resp.: “*O autuado foi intimado em 02/09/2008, conforme fls. 5.901/5.914, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias, os quais, depois de entendimentos telefônicos com a Sra. Valdirene Pinto de Lima, Contadora da empresa, devido à complexidade e quantidade de documentos solicitados, o prazo ficou prorrogado até o dia 22/09/2008, não sendo atendido ao solicitado.*

Foi então expedida uma segunda intimação, esta datada de 22/09/2008, com prazo de 48 (quarenta e oito), horas, conforme fls. 5.905 / 5.906, também não sendo atendida.

Conforme petição datada de 22/09/2008, às fls. 5.907 / 5.911, o representante do autuado, solicitou dilação do prazo por mais 8 (oito) dias, tendo em vista que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas concedido pelo CONSEF era bastante curto para a obtenção dos documentos solicitados, tendo em vista a sua quantidade e complexidade.

Foi então concedido o prazo solicitado pelo autuado, não tendo até a presente data, 14/10/2008, atendido à solicitação.”

3. Observar se foi entregue ao autuado todas as cópias das notas fiscais constantes no processo, caso contrário, providenciar a entrega sob recibo.

Resp.: “*Consta no processo recebimento dos demonstrativos entregue ao contribuinte, fls. 1.282, 1.283, 1.286, 1.290, 1.291 e 1.293, porém não fazem nenhuma menção de terem sido entregues cópias das respectivas notas fiscais.*

Entendo, porém, que a entrega de cópias ao contribuinte, não é atribuição do diligente, devendo ser remetido ao setor competente ou aos próprios autuantes, para atender à solicitação do Senhor Relator.”

4. Se confirmada alegação defensiva de que as Notas Fiscais nº 322561 tem como destinatário a empresa Multibrás e Nota Fiscal nº 322562 a Makro S/A, excluí-las do levantamento fiscal.

Resp.: “*As notas fiscais 322.561 e 322.562, foram emitidas por Multibrás Eletrodomésticos Ltda, em 29/06/2005, conforme xerox às fls. 1.337 e 1.338.*

Conforme determinação do Senhor Relator, os valores referentes às mesmas foram excluídas do levantamento fiscal, conforme demonstrativo de fls. 5.923 e 5.924.”

5. Obter junto ao autuado informação sobre a duplicidade de lançamento de notas fiscais, em especial as de nºs 4116, 87704, 126724, 25918, 181986, 745200, 549533, 550515, 550516, ou seja, em que meses ocorreram tais duplicidades destas e de outras notas fiscais. Observar que as autuantes reconheceram em parte a alegação defensiva e refizeram o débito de 31/12/2004.

Resp.: “*O autuado foi intimado em 02/09/2008, conforme fls. 5.901/5.914, sendo concedido o prazo de 5 (cinco) dias, os quais, depois de entendimentos telefônico com a Sra. Valdirene Pinto de Lima, Contadora da empresa, devido à complexidade e quantidade de documentos solicitados, o prazo ficou prorrogado até o dia 22/09/2008, não sendo atendido ao solicitado.*

Foi então expedida uma segunda intimação, esta datada de 22/09/2008, com prazo de 48 (quarenta e oito), horas, conforme fls. 5.905 / 5.906, também não sendo atendida.

Conforme petição datada de 22/09/2008, às fls. 5.907/5.911, o representante do autuado, solicitou dilação do prazo por mais 8 (oito) dias, tendo em vista que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas

concedido pelo CONSEF era bastante curto para a obtenção dos documentos solicitados, tendo em vista a sua quantidade e complexidade.

Foi então concedido o prazo solicitado pelo autuado, não tendo até a presente data, 14/10/2008, atendido à solicitação.”

6. Intimar o autuado a indicar quais datas lançadas para a notas fiscais não correspondem com o levantamento fiscal, a exemplo das Notas Fiscais nºs 477.620, 47.733, 134.266, 135.415, 137.160, 17.144, 24.231, 24.232, 24.233, 24.234, 24.235, 24.236, 14.237, 24.238, 24.239, 15.167, 15.168, 15.174, 15.176, 19;129.

Resp.: “O autuado foi intimado em 02/09/2008, conforme fls. 5.901 / 5.914, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias, os quais, depois de entendimentos telefônico com a Sra. Valdirene Pinto de Lima, Contadora da empresa, devido à complexidade e quantidade de documentos solicitados, o prazo ficou prorrogado até o dia 22/09/2008, não sendo atendido ao solicitado.

Foi então expedida uma segunda intimação, esta datada de 22/09/2008, com prazo de 48 (quarenta e oito), horas, conforme fls. 5.905/5.906, também não sendo atendida.

Conforme petição datada de 22/09/2008, às fls. 5.907 / 5.911, o representante do autuado, solicitou dilação do prazo por mais 8 (oito) dias, tendo em vista que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas concedido pelo CONSEF era bastante curto para a obtenção dos documentos solicitados, tendo em vista a sua quantidade e complexidade.

Foi então concedido o prazo solicitado pelo autuado, não tendo até a presente data, 14/10/2008, atendido à solicitação.”

Concluindo, o revisor fiscal disse que quanto aos itens solicitados pelo órgão julgador, em que não houve atendimento das intimações por parte do autuado, apesar dos prazos concedidos, entende que deverão ser apreciadas pelo mesmo.

Informou que foi elaborado demonstrativo de débito, apenas nos itens em que ocorreram alterações, conforme abaixo, ficando mantidos os demais, conforme demonstrativos elaborados pelas autuantes, mais precisamente as infrações 1 e 10.

Conforme intimação à fl. 5.931 o sujeito passivo foi cientificado do Parecer ASTEC, porém não se manifestou no prazo assinalado.

Através do Acórdão JJF nº 0052-02.09, decidiu a 2ª Junta de Julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração, invocando, inicialmente, quanto às preliminares de nulidade suscitadas os seguintes fundamentos:

“Incialmente, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo defendente, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/97, cuja exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e cópias de notas fiscais e demais documentos que fundamentam cada item da autuação.

Apesar disso, visando evitar futura alegação de cerceamento de defesa, na fase de instrução, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, tendo as autuantes, em relação às infrações 01, 02, 03, 06, 08, 09 e 10, esclarecido as questões suscitadas nas preliminares, concernentes a: a) onde foram encontrados os valores históricos das infrações 01 e 02; b) origem dos cálculos das demais infrações (fórmula utilizada; créditos nas operações de saídas; duplidade de lançamentos; notas fiscais sem identificação, dentre outros); c) quais os documentos utilizados na apuração do débito de cada infração; d) indicação onde o Auto de Infração se encontrava para fins de averiguação; e) e demais alegações defensivas.

Desta forma, tendo o sujeito passivo sido cientificado, mediante intimação à fl. 5.881, dos esclarecimentos prestados pelas autuantes por força do pedido de diligência do órgão julgador, conforme documentos às fls. 5.880, 5.845 a 5.865, e não se manifestado no prazo estipulado, restou obedecido o devido processo legal.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa”.

No que pertine ao mérito das infrações 1, 3, 6, 7, 8, 9 e 10, o órgão prolator da Decisão recorrida informou expressamente tomar por base o resultado da revisão fiscal realizada por fiscal estranho ao feito, conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 157/2008 (fls. 5.887 a 5.901), “*pois foram esclarecidos todos os questionamentos suscitados na defesa, e o sujeito passivo foi intimado a tomar conhecimento do referido Parecer e não se manifestou, conforme intimação à fl. 5.881, configurando o seu silêncio como uma aceitação tácita da conclusão fiscal revisora*”. Passa a enfrentar, de per si, os aludidos itens, trazendo à lume, como já dito, a argumentação expendida no resultado da revisão fiscal, acima relatada.

Ao final, julgou parcialmente procedente o Auto de Infração no valor de R\$3.371.166,07, apresentando o seguinte quadro demonstrativo:

ITENS	DÉBITOS INICIAIS	VALORES RECONHECIDOS	IMPROCEDENTE	PROCEDENTE E PROC.EM PARTE
1	441.200,20			434.282,99
2	40.450,53	40.450,53		
3	343.676,55			342.491,04
4	34.159,79	34.159,79		
5	33.931,66	33.931,66		
6	100.892,10			100.892,10
7	877.992,87			877.992,87
8	382.278,95		382.278,95	
9	315.937,72			315.937,72
10	1.141.893,34			981.420,66
11	25.753,12	25.753,12		
12	460,00	460,00		
13	179.624,53	179.624,53		
14	3.769,06	3.769,06		
TOTAIS	3.922.020,42	318.148,69	382.278,95	3.053.017,38

A 2ª Junta de Julgamento recorreu de ofício da referida Decisão pela mesma proferida, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa todos os argumentos, inclusive os pedidos, expendidos em sua peça defensiva, no que pertine às infrações 1, 3, 6, 7, 8, 9 e 10.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico a respeito do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual ressalta que:

“O Parecer ASTEC nº 157/2008 esclarece alguns pontos suscitados na defesa, tanto do ponto de vista das nulidades suscitadas, como de mérito.

Observo, contudo, que alguns esclarecimentos contidos no Parecer ASTEC 157/2008 dizem respeito diretamente aos motivos e cálculos do lançamento, pelo que, ao meu sentir, deveria ter ensejado a reabertura do prazo de defesa.

Como, no entanto, a intimação de fl. 5930 dá ao autuado o prazo de 10 dias para manifestação sobre o resultado da diligência, vejo que de fato o contribuinte foi lesado no seu direito à defesa.”

Ao final, entende que “*a Decisão recorrida deve ser anulada, para que seja reaberto o prazo de defesa, constituindo-se, ao final, crédito tributário a salvo de impugnações.*”

Em sustentação oral, o patrono do recorrente, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, requereu a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa.

Na assentada de julgamento, a ilustre representada da PGE/PROFIS ratificou o Parecer jurídico já exarado nos fólios processuais.

VOTO

Ab initio, saliento que deixo de apreciar as preliminares de nulidade e os argumentos de mérito invocados pelo sujeito passivo em sua peça recursal, tendo em vista a existência de obstáculo intransponível que impede a análise dos mesmos.

Isso porque, filiando-me ao quanto asseverado pela Douta PGE/PROFIS no seu opinativo de fl. 6129, entendo que a Decisão recorrida deve ser anulada para que seja reaberto, em favor do autuado, o prazo de defesa para se manifestar acerca do Parecer exarado pela ASTEC, do CONSEF.

A aludida revisão fiscal realizada pela ASTEC esclarece, de forma direta, alguns dos motivos e cálculos indicados no lançamento de ofício, pelo que, no meu sentir, deveriam ter ensejado a reabertura do prazo de defesa - 30 dias – para manifestação por parte do autuado, o que não ocorreu.

Ora, acabou o contribuinte, de fato, sendo vilipendiado no seu direito de defesa, em virtude de ter-lhe sido disponibilizado tão-somente o prazo de 10 dias.

Dest'arte, com amparo no Parecer exarado pela PGE/PROFIS, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para acolher a preliminar de nulidade da Decisão recorrida reabrindo-se, em favor do autuado, o prazo de defesa a fim de que o mesmo, querendo, manifeste-se acerca do Parecer ASTEC nº 157/2008, constituindo-se, in fine, crédito tributário a salvo de impugnações.

Em decorrência, fica PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício interposto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 115484.0005/07-6, lavrado contra RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA., devendo o processo retornar à Primeira Instância para reabertura do prazo de trinta dias e novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS