

A. I. N° - 115484.0007/08-7
AUTUADO - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA
AUTUANTES - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21/08/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0255 -03/09

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. USO INDEVIDO DO BENEFÍCIO. Infrações reconhecidas, cujos débitos lançados foram parcelados pelo sujeito passivo. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL A SAÍDAS SUBSEQÜENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração caracterizada. Indeferidos os pedidos de realização de diligência e de perícia. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

O Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2008 e reclama ICMS no valor total de R\$7.303.443,66, acrescido da multa no percentual de 60%, em razão de três infrações.

Infração 01. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição os fatos, que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias já contempladas com redução de base de cálculo, produtos de telefonia móvel, que possui redução de 29,410, prevista em Regulamento e, por isto, não amparada pelo Decreto nº 7.799/2000, que exclui, expressamente, “mercadorias já contempladas com Redução de Base de Cálculo.” Exercício de 2004 – meses de novembro e dezembro. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro. Exercício de 2006 – meses de janeiro e fevereiro. ICMS no valor de R\$273.945,36.

Infração 02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição os fatos, que o contribuinte efetuou vendas a contribuintes não inscritos, e/ou inscritos como contribuintes especiais, ou a não contribuintes, e consumidores finais, aplicando indevidamente redução de base de cálculo do imposto devido, não sendo mercadorias com legislação própria que autorize tal redução, implicando em recolhimento menor do que o devido. Exercício de 2004 – meses de novembro e dezembro. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro. Exercício de 2006 – meses de janeiro a dezembro. Exercício de 2007 – mês de março. ICMS no valor de R\$293.961,93.

Infração 03. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Exercício de 2004 – mês de novembro. Exercício de 2005 – meses de janeiro a maio, e agosto a dezembro. Exercício de 2006 – meses de janeiro a dezembro. Exercício de 2007 – meses de janeiro a junho, e de setembro a dezembro. Demonstrativo às fls. 20, 21, 26, 89, 286, 302 e 408. ICMS no valor de R\$6.735.536,37.

Consta ainda, na descrição dos fatos do Auto de Infração, à fl. 04 do PAF, que foi realizado única e exclusivamente o roteiro de auditoria em estabelecimentos possuidores de Regime Especial para comércio atacadista equiparados a indústria, amparados pelo Decreto nº 7.799/2000, face ao fato de que esse roteiro não foi realizado quando da lavratura do Auto de Infração nº 115484.0005/07-6. Que apenas o exercício de 2004 foi homologado, porque neste foram realizados

todos os roteiros de auditoria fiscal. Que nos exercícios de 2005 e de 2006 não foi realizado o roteiro de auditoria de estoque em razão das inconsistências encontradas nos arquivos magnéticos do contribuinte. Que os livros fiscais foram apresentados ao Fisco em três versões diferentes, em face de a autuante ter encontrado inconsistências entre os documentos fiscais e os lançamentos efetuados pela empresa. Que a auditoria foi realizada com base nas DMAs apresentadas pelo contribuinte.

O sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 536, impugna o lançamento de ofício às fls. 485 a 516, inicialmente descrevendo as imputações e dispositivos que as embasam, tecendo considerações acerca da tempestividade da impugnação e, em seguida, aduzindo que o débito relativo à Infração 02 está reconhecido e foi objeto de parcelamento com redução da multa aplicada, nos termos do artigo 45, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

Em seguida o contribuinte argüi a nulidade do Auto de Infração “por cerceamento do direito de defesa e ausência de requisitos para a sua formação em conformidade com o decreto estadual nº 7.629/99”. Cita e transcreve o inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, e os artigos 2º e 18, inciso II, ambos do RPAF/99. Fala do princípio do contraditório, ampla defesa e isonomia e cita ensinamentos de Liebman, José Alfredo de Oliveira Baracho, Ítalo Andolina, Rosemíro Pereira Leal e Aroldo Plínio. Fala que o Auto de Infração seria nulo

Afirma que, em relação à Infração 03, apresenta-se uma incoerência entre o valor em real, apresentado no Auto de Infração, e o valor discriminado pela auditora nos diversos anexos apresentados. Reproduz tabela em que aduz que no mês de janeiro de 2006, na infração 03, o Fisco apôs a base de cálculo de R\$1.847.867,29, com ICMS à alíquota de 17% no montante de R\$314.137,44, mas que no anexo referente a esta infração do ano de 2006 “se depara com um demonstrativo de R\$286.719,13.” Que, assim, a diferença apontada entre R\$314.137,44 e R\$286.719,13 não permitiria encontrar a base de cálculo, o que cercearia o seu direito de defesa. Assevera que esta situação também teria ocorrido em outros meses, a exemplo de julho/2006, com base de cálculo de R\$1.395.329,64 e ICMS lançado de R\$237.206,04 no Auto de Infração, mas que no anexo encontrar-se-ia um valor de R\$229.004,49, conforme planilha intitulada “AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - TERMO DE ACORDO - DEC. 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR”, página 722/1438.”

Assevera que sucessivamente apareceriam “desencontros” entre os valores informados no Auto de Infração e os valores informados nos anexos, e que esses elementos impediriam que ele, exercitasse o direito de ampla defesa, o que implicaria em nulidade do Auto de Infração. Que, na “pior das hipóteses, deve-se anular o auto de infração determinando que a Autuante lavre novo, com os números corretos.”

O contribuinte passa a pronunciar-se sobre o mérito da ação fiscal, descrevendo a imputação 01 e expondo que o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 7.799/2000, que transcreve, prevê que o contribuinte poderia utilizar o tratamento mais favorável ao contribuinte. Que, assim, com relação à venda de aparelhos celulares e Sim Cards, a norma do Decreto nº 7.799/2000 é mais benéfica para ele, autuado, por isso sua utilização em detrimento ao disposto no artigo 87, XXIV e XXV do RICMS/BA, que copia. Faz tabela exemplificativa da utilização do benefício do Decreto nº 7.799/2000. Afirma que, com relação a esta infração 01, a autuante teria demonstrado que ele, autuado, teria um crédito de ICMS referente a venda de alguns produtos que saíram com erro na redução de base de cálculo, e teria recolhido ICMS a mais no valor de R\$36.313,64 no ano de 2005, pois a base do imposto teria sido reduzida em 41,176%, ao invés de ser em 58,825%, conforme demonstra a planilha, página 32/32. Prossegue expondo que em 2004 a situação seria parecida, mas a auditora fiscal teria feito uma compensação indevida da suposta diferença existente de imposto a recolher, “em virtude da utilização da redução da base de cálculo na venda de aparelhos celulares com os benefícios do Decreto no. 7.799/00 (redução de 41,176%) e não 29,410% (do RICMS).” Prossegue alegando créditos referentes a 2007, citando e copiando as planilhas do

levantamento fiscal, afirmando existirem outras situações de compensação indevida. Pede a anulação desta infração, “por não padecer de embasamento legal”. Pede também a compensação do crédito nas infrações que eventualmente poderão ter imposto a ser recolhido.

Quanto à infração 03 afirma que, de acordo com o relatado no Auto de Infração, teria deixado de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Que, antes de entrar no mérito da autuação, tecerá comentários sobre os livros fiscais e também sobre os DMAs – Declaração e Apuração Mensal de ICMS, entregues. Que, no decorrer da fiscalização que culminou anteriormente no Auto de Infração nº. 115484.0005/07-6, ele, autuado, estava efetuando alguns ajustes de lançamentos de notas fiscais que por um erro no sistema não haviam sido escrituradas. Que esta situação foi demonstrada e a autuante teria solicitado “que fossem incluídas apenas os créditos e débitos simples, apenas para conferência, e que posteriormente, a Autuada poderia continuar o trabalho de aprimoramento do livro.” Frisa que a autorização mencionada foi dada por escrito, constando na mesma que foi arrecadado o livro registro de Apuração do ICMS de outubro a dezembro/2004, 2005 e 2006, com a observação de que seriam válidos com autorização para refazer. Que no entanto, mesmo tendo ordem expressa que autorizava o refazimento dos livros, houve a autuação anterior. Que os livros foram autenticados, existindo assinatura e visto da fiscalização nos mesmos. Que como não estava completo, já que o outro livro já estava sendo cancelado, “e com a promessa de que poderiam ser refeitos, não consta no livro autuado diversos créditos.” Que no decorrer desta última fiscalização, que teve início em 01/11/2008, a auditora considerou como corretos os livros que estavam carimbados e assinados, mas sem as correções devidas. Que, assim como os livros, as DMAs entregues também não estão corretas, pois as mesmas não foram retificadas, aguardando o refazimento dos livros para apuração correta dos valores e posterior retificação. Que desta forma, mesmo os valores de estornos informado na DMAs não devem prevalecer.

O contribuinte afirma que tal informação seria relevante porque a autuante, no levantamento do estorno de crédito apurado na infração 03, faz referência a créditos lançados nas DMAs para apurar as diferenças devidas.

Assevera que a infração 03 não deveria persistir porque o valor apurado estaria equivocado, uma vez que a auditora teria considerado, em seu levantamento, o total das entradas de mercadorias tributadas a 17% (dezessete por cento) e 12% (doze por cento); que através da Base de Cálculo do ICMS destas entradas, apurou-se um crédito correspondente a 10% (dez por cento), sendo tal percentual permitido pelo art. 6º do Decreto nº 7.799/00, que transcreve. Que o estorno de ICMS devido corresponderia ao total do ICMS destacado na Nota Fiscal de entrada menos o valor máximo de crédito permitido (10% s/ base de cálculo). Que, assim, o estorno devido, menos o valor estornado por ele, autuado, no mês, seria igual à diferença a ser estornada de crédito e consequentemente, ao valor da diferença de ICMS a pagar apurado e demonstrado no Auto de Infração.

O contribuinte diz que, a título exemplificativo demonstra, em tabela que elabora, o valor encontrado pela auditora no mês de janeiro de 2006, cuja base de cálculo ele, contribuinte, identifica como R\$17.357.604,42, com ICMS destacado de R\$2.109.541,40, crédito de R\$1.735.760,44, estorno de R\$373.780,95, tendo sido o valor lançado de R\$87.061,82, com Diferença de R\$286.719,13. Que deve ser observado que a auditora faz referência a estornos lançados por ele, autuado, mas que analisando o mês de janeiro de 2006 em seu livro RAICMS, ter-se-ia que não há estorno, pois o estorno não teria sido lançado em confiança quanto à autorização concedida ao refazimento, na fiscalização anterior. O contribuinte também assevera que, “mesmo que tal valor esteja lançado no DMA este não está correto, pois os mesmos foram entregues antes de se apurar os valores corretos de ICMS.”

Prossegue expondo que, para que se encontre o valor correto do estorno de crédito a ser lançado é necessário que se identifique o valor da base de cálculo das saídas para não contribuintes e das saídas para contribuintes do imposto no mês; calcule-se o percentual correspondente destas saídas em relação ao total das saídas no mês; identifiquem-se as entradas de mercadorias a 12% e 17%. Que o valor passível de estorno de ICMS será correspondente ao total do ICMS destacado na Nota Fiscal de entrada menos o valor máximo de crédito permitido (10% s/ base de cálculo). Que, após encontrar o valor passível de estorno de ICMS aplica-se o percentual encontrado correspondente às saídas para não contribuintes, em relação ao total das saídas do mês, e o resultado seria o valor do estorno de crédito de ICMS a ser lançado.

O contribuinte elabora planilha com o cálculo de ICMS de filial atacadista no mencionado mês de janeiro/2006, expondo que o valor do crédito a ser estornado neste mês corresponderia a R\$142.967,03, e não a R\$373.780,95, conforme diz ter sido encontrado pela auditora.

Diz que a apuração que apresenta está em consonância com o que preceitua o artigo 100, inciso II, do RICMS/BA, que copia.

Frisa que ele, autuado, “refez toda a apuração de ICMS desde 11/2004 até 12/2007. O cálculo correto do estorno de crédito do ICMS mês a mês encontra-se demonstrado nos relatórios (anexo) onde as entradas e as saídas estão informadas de acordo com LRAICMS. Desta forma, como não foi dado a autuada o direito de refazer os livros fiscais, ela pede que seja considerada a NOVA E CORRETA apuração de ICMS, ora apresentada, por meio de planilhas avulsas. (anexo) Isto posto, espera a anulação do auto de infração neste tópico tendo em vista que o trabalho de apuração efetuado pela i. Auditora Fiscal se encontra repleto de erros impedindo a Autuada de efetuar conferências seguras, e por consequência, negando-lhe seu direito de ampla defesa e contraditório.”

O contribuinte prossegue afirmando que outra causa de improcedência seria a desconsideração das operações de crédito; do Decreto nº 7.799/00; da condição de atacadista; dos créditos de estorno e de antecipações nas operações interestaduais.

Repete que os livros fiscais apresentados para a fiscalização e que a autuante “considerou como corretos possuem alguns erros de informação, tais como estornos de créditos, estornos de débitos, crédito de antecipação de ICMS, ICMS diferencial de alíquota.” Que tais créditos não teriam sido computados porque a autuante teria autorizado o autuado a refazer os livros em duas oportunidades.

Que, além destes estornos, haveria outros valores que compõem a apuração do ICMS e que o Fisco não teria levado em consideração ao lavrar o Auto de Infração, valores estes apurados nas planilhas que afirma anexar, e que seriam créditos decorrente da condição de atacadista, aos quais faria jus nos termos do artigo 2º do Decreto nº 7.799/2000, que copia, segundo o qual tem direito a estornar débitos correspondente a 16,667% em todas as operações interestaduais que realizar, ou seja, 2% (dois por cento).

Frisa que não vem utilizando do estorno de tais débitos mas que, nesta oportunidade, ele, contribuinte, “fez um levantamento de todas as suas operações interestaduais e apurou os valores relativos ao estorno devido. Estes valores encontram-se demonstrados nas Planilhas de Cálculo de ICMS Filial 85 – Atacadista, em anexo. Em tempo, a autuada pede que se considere os valores de estorno de débitos apurados e não compensados nos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007 numa eventual exigibilidade de infração deste auto.”

Assevera que adquire mercadorias e que tem que efetuar a antecipação parcial, podendo se creditar na data do pagamento do tributo, conforme determina o artigo 352-A do RICMS/BA, que transcreve, mas que a autuante não considerou tais créditos. Afirma apresentar extrato da Secretaria da Fazenda Estadual com os pagamentos efetuados a título de antecipação de ICMS e algumas guias, com o propósito de provar que o pagamento existiu. “Desta forma, pedimos que

sejam compensadas com o imposto porventura existente neste auto de infração. Ou, caso não seja possível, que a autuada tenha direito de se creditar de tais valores posteriormente.”

Fala sobre a não-cumulatividade do imposto, citando o artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República. Afirma que, da forma como procedeu o Fisco, de fato existira débito a ser exigido, mas que é necessário que se proceda a diligências a fim de que seja apurado o efetivo crédito dele, autuado.

Conclui pedindo alternativamente pela declaração de nulidade do Auto de Infração e de improcedência da ação fiscal, e a insubsistência do Auto de Infração.

Pede também que a “Apuração de ICMS, ora refeita e demonstrada através de planilhas, seja aceita e que a autuante passe a considerar tais valores mencionados nas planilhas, como verdadeiros.”. Pede a concessão do crédito, nas infrações que eventualmente poderão ter imposto a ser recolhido, conforme exposto no respectivo item. Ou, caso não seja este o entendimento, que subsidiariamente, a autuada tenha direito de utilizar tais créditos tributários pago indevidamente em operações posteriores.”

Requer a juntada dos documentos que acompanham a defesa; a juntada do instrumento de procuraçāo no seu original; a produção de prova pericial, documental e diligências a fim de se demonstrar os fatos alegados.

Na informação fiscal às fls. 759 a 773, a autuante ratifica a ação fiscal aduzindo que o Auto de Infração foi lavrado a partir dos documentos e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, que as infrações cometidas estão descritas com os elementos e fundamentação legal pertinente. Cita as intimações, e-mails, ofícios e documentos anexados às fls. 12 a 17-A, entregues com antecedência ao contribuinte, contra recibo e autenticados, copiados em mídias CD-R, os quais afirma refletirem o trabalho fiscal realizado.

Afirma não proceder a alegação de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, porque todos os demonstrativos foram entregues contra recibos datados do dia 10/12/2008 e assinados pela Perita Contábil responsável – fls. 17 e 17-A, nos quais consta o recebimento de todos os demonstrativos da apuração, e dos livros de Apuração do ICMS, os quais deveriam ser devolvidos à Fiscalização tão logo fossem efetuadas as verificações necessárias para um pronunciamento do autuado, o que afirma que não aconteceu. Aduz que foi agendada e realizada reunião no dia 16/12/2008, com as presenças dos Srs. Diretor da DAT/METRO, Inspetor e Supervisor, para que fosse realizada a ação fiscal, conforme e-mail de fl. 13, tendo sido solicitados, na oportunidade, outros documentos que viessem a comprovar lançamentos, conforme resposta à fl. 14. Que, portanto, decorridos trinta dias entre a data de recebimento dos demonstrativos e a data de lavratura do Auto de Infração, e ainda mais trinta dias após a assinatura do PAF, o autuado teve sessenta dias para sua ampla defesa. Que, assim, a garantia do contraditório, ampla defesa e isonomia foram asseguradas através do procedimento administrativo, mantidos desta forma, os elementos de garantia fundamental previsto no artigo 5º da Constituição da República.

Afirma que o autuado, à fl. 493 do PAF, assevera existir incoerência entre o valor em real apresentado no Auto de Infração, e o valor discriminado pelo Fisco nos diversos anexos apresentados citando, exemplificativamente, a infração de nº 03, referente ao mês de janeiro de 2006. Que o contribuinte cita o valor de R\$286.719,13 mas que, nos demonstrativos anexos a que se refere a infração apontada, não consta número sequer semelhante a esse. Indaga como o autuado pode encontrar os dados, e não fazer nenhuma referência a número de página, ou qualquer outro indicativo de localização. Aduz que o valor do crédito tributário cobrado é de R\$314.137,44. Que se o contribuinte houvesse lido o PAF constataria que este traz um resumo do débito, às fls 286, 302 e 333. Que se houvesse aberto e lido a mídia CD-R autenticada, contendo todos os demonstrativos detalhando e indicando onde, como e quando o autuado deve o ICMS por erro no

cálculo do Estorno do Crédito Fiscal, conforme demonstrativos, constataria que o valor do débito a estornar é de R\$314.137,44, e que este é o valor que serviu para encontrar a base de cálculo. Que os demonstrativos de fls. 331 a 333 foram anexados por amostragem, haja vista todo o conteúdo ter sido entregue em mídia, que acompanha o PAF.

Que o total do demonstrativo analítico mensal descritivo contendo todas as informações necessárias – mês, data, nº Nota Fiscal, CFOP, Alíquota, Base de cálculo, Crédito, Estorno, Descrição dos Produtos etc. que originam os demonstrativos sintéticos de fls. 286 e 302 – Demonstrativos dos Estornos de Crédito – Benefício Dec. 7799/00 – Quadro ENTRADAS – CRÉDITOS, foram entregues ao contribuinte contra recibo.

Que idêntica situação acontece em relação à alegação defensiva de fl. 494, em relação ao mês de julho/2006, e que todos os demonstrativos já citados encontram-se nos quadros detalhados às fls. 286 e 302, e o Demonstrativo analítico mensal – amostragem, encontra-se fls. 349 a 352 – Demonstrativos na íntegra em CD-R entregue contra recibo e anexo ao PAF. Prossegue afirmado que, apesar de o autuado citar dois números como sendo o indicativo das provas, ela, autuante, esclarece que a fl. 722 traz cópia de “resumo de ICMS por CFOP / Alíquotas – Entradas ref. 01/02/06” juntada pelo autuado, e a fl. 1438 não existe até à data da Informação Fiscal, cujo Processo, ao ser tramitado para a sua prestação, tinha como última folha a de número 758.

A representante do Fisco afirma que está comprovado não existirem erros no Auto de Infração, nem situação que imponha a sua nulidade. Que inexiste elemento que ofenda o direito de ampla defesa, estando todos os documentos fiscais espelhados em Planilhas Descritivas Sintéticas e Analíticas anexadas ao PAF para a averiguação que se fizer necessária.

A auditora autuante passa a pronunciar-se sobre o mérito da ação fiscal desenvolvida, expondo os termos da imputação 01 e da sua impugnação pelo contribuinte, aduzindo que o mesmo traz cópia fiel, à fl. 499, do demonstrativo anexado pelo Fisco às fl. 288. Que, se nas entradas das mercadorias ali elencadas, ocasião em que o crédito fiscal é tomado, tem-se por base o valor daquele crédito, destacado em Nota Fiscal, cuja mercadoria já tem amparo legal para aplicar a redução prevista em Lei, e que a carga tributária, na hora da utilização do Crédito Fiscal, é mais benéfica ao contribuinte, no caso particular aparelhos de telefonia celular - sim card, etc. – na qual o crédito tomado equivale a uma carga tributária de 12%, nas saídas com essas mesmas mercadorias, não pode haver tratamento tributário diferenciado; a carga tributária para as saídas desses produtos é a mesma que a das entradas. Que o Decreto nº 7799/00 é claro quando cita, em seu artigo 1º, no qual não consta a mercadoria mencionada. Que o artigo 87, incisos XXIV e XXV, do RICMS/BA, não deixa dúvidas quanto à procedência da infração, quando fala em operações internas, portanto abrangendo todas as transações internas, tanto de entradas quanto de saídas.

Que, quanto à alegação defensiva no sentido de que o autuado incorreria em erro na determinação da base de cálculo e, consequentemente, recolheria o ICMS a mais em R\$ 36.313,64 no ano de 2005, pois a base do imposto teria sido reduzida em 41,176%, ao invés de 58,825%, caberia ao contribuinte provar o fato com livros e documentos fiscais, e pedir a restituição do recolhido indevidamente.

Que, entretanto, ela, autuante, afirma que o autuado não recolheu ICMS a mais, porque já fiscalizara esse estabelecimento. Aduz que também não sabe o porquê de o contribuinte fazer referência à fl. 32, visto que a fl. 32 do PAF, refere-se a uma das folhas do demonstrativo de mercadorias não amparadas pelo Decreto nº 7799/00, porém unicamente a telefonia celular, sim card etc., do ano de 2004.

Que, para demonstrar como foi feita a apuração, juntou cópias dos produtos considerados de informática às fls. 40 a 45 e que também não estão amparados pelo Decreto nº 7799/00, para demonstrar a transparência e cuidado que estava sendo tomado. Que estes dados só foram utilizados no que tange ao valor a ser excluído da Base de Cálculo para o Estorno de Crédito.

Quanto à alegação defensiva de que o Fisco teria feito compensação indevida de diferença de ICMS a recolher no exercício de 2004, assevera que não fez tal compensação, e que não sabe do que o autuado está falando.

Quanto à afirmação do contribuinte referente à fl. 357, citando auditoria em documentos e lançamentos em 2004, com os valores de R\$270.655,14, R\$14.901,93, R\$29.114,61, e R\$314.671,68, pondera que o contribuinte ou não leu o processo, ou o está confundido com outro, porque a fl. 357 trata de planilha analítica de Auditoria em Documentos e Lançamentos – Termo de Acordo – Dec. 7.799/00 – Estorno de Crédito a Menor, referente ao mês de agosto de 2006 – amostragem 353 a 357; não tendo relação com a citação do contribuinte.

Em relação às assertivas do defensor relativas a março/2007, citando as fls. 1/18 e 2/18, afirma que o autuado indicou erroneamente as páginas, porque o assunto está nas fls. 413 e 414. Que o disposto no artigo 87, incisos XXIV e XXV, não deixa dúvidas quanto à procedência da infração, quando fala em operações internas, envolvendo todas as transações tanto de entradas quanto de saídas, não podendo haver dois tratamentos diferenciados; ou duas alíquotas distintas para operações envolvendo a mesma mercadoria ou produto.

A autuante passa a pronunciar-se sobre a argumentação defensiva relativa à infração 03, afirmado que o contribuinte apresentou a mesma argumentação em relação a outra fiscalização que a mesma auditora realizara em 2007, consubstanciada no Auto de Infração nº 115484.0005/07-6. Que, assim, mesmo que os argumentos fossem verídicos, o que não são, o autuado teria tido mais de um ano, a partir da lavratura daquele Auto de Infração, para regularizar-se.

Que o contribuinte foi notificado da pendência do roteiro de Auditoria em documentos e lançamentos - Utilização benefício do Dec. 7799/00, tendo, inclusive, as Autoridades Fazendárias realizado três reuniões com representantes do contribuinte, questionando o motivo da solicitação de tal benefício, haja vista que o mesmo autuada não é empresa Atacadista e sim um Centro de Distribuição.

Que o autuado não leu o PAF, nem os seus anexos e demonstrativos, que lhe foram entregues contra recibo e devidamente autenticados, copiados em mídias do tipo CD-R, com bastante antecedência. Que isto leva a crer que a intenção do autuado é, na absoluta ausência de provas e argumentos que contrariem a Ação Fiscal, desqualificar o trabalho de fiscalização. Que o procedimento fiscal está correto, pois com amparo legal, e o crédito a ser tomado deverá ser unicamente aquele destacado em documento fiscal idôneo.

Que é estranhável o autuado afirmar que autoridades fazendárias, tais como Inspetor e Supervisor, pudesse sequer tomar conhecimento de termos como: “a empresa precisa realizar ajustes” ou, “precisamos aprimorar os nossos livros fiscais”.

Que não está falando apenas em livros fiscais e DMAs mas que, decorridos mais de dezoito meses, o contribuinte repete o argumento defensivo. Que o trabalho fiscal realizado está baseado em planilhas descritivas e analíticas, elencando cada nota fiscal com data, valor, alíquota, produto.

Assinala que o contribuinte não faz menção aos demonstrativos analíticos, e não indica erro, ou inclusão equivocada de Nota Fiscal na apuração dos Estornos de Crédito.

No que diz respeito ao mês de janeiro/2006, ao contrário do que afirma o contribuinte, o Fisco não encontrou a base de cálculo de R\$17.357.604,42 e sim de R\$17.755.031,64; não encontrou como Crédito R\$1.735.760,44 e sim R\$1.775.503,16; não encontrou como Estorno R\$373.780,95, e sim R\$401.600,86, tudo conforme pode ser comprovado através da totalização da planilha mensal descritiva anexa à fl. 333, e detalhamento à fl. 286. Que os valores lançados de ofício estão corretos. Que estorno de crédito é igual a débito, e que o Fisco trabalhou com os dados apresentados pelo contribuinte.

Que, às folhas seguintes da peça de defesa, o contribuinte descreve como deve ser feita a apuração do estorno de crédito, e que os passos descritos pelo mesmo são os que foram seguidos pelo Fisco. Que as notas fiscais lançadas em seus arquivos magnéticos foram individualizadamente confrontadas com os dados dos Registros SINTEGRA de seus fornecedores.

Quanto à alegação defensiva de que os livros e as DMAs entregues não estariam corretos, pois as DMAs não foram retificadas, aguardando o refazimento dos livros para apuração correta dos valores e posterior retificação, o Fisco questiona acerca dos recolhimentos efetuados provenientes de uma outra apuração; pergunta quais seriam os erros cometidos pela fiscalização, e quais as Notas Fiscais de Entradas que não deveriam constar do Estorno de Crédito apurado em planilhas analíticas e descriptivas mensalmente, anexas ao PAF, entregues contra recibo e gravadas em mídia do tipo CD-R.

Quanto à afirmativa do contribuinte acerca de existência de crédito fiscal oriundo de antecipação parcial, aduz que foi aplicado o Roteiro de Auditoria de fiscalização em estabelecimentos amparados pelo Decreto nº 7.799/2000. Que todos os demais roteiros já foram realizados na fiscalização anterior, e os créditos provenientes dos recolhimentos por antecipação parcial foram considerados na fiscalização anterior, na qual foi feita a apuração do ICMS devido, excluindo o roteiro ora reclamado, conforme esclarecido no início do presente processo. Que, inclusive, e só para constar, o mesmo contribuinte, naquela época, também recolhera a menos o ICMS devido por antecipação parcial, foi autuado, reconheceu e recolheu o débito referente a multa de 60% prevista para essa infração.

Que as provas das infrações cometidas pelo autuado são irrefutáveis, constam das planilhas e demonstrativos fiscais que identificam as Notas Fiscais que deram origem à operação mercantil que compõe o valor do produto e, dessa forma, ao calcular a redução da base de cálculo no percentual previsto em Lei, foram seguidos todos os passos descritos com nitidez em demonstrativos analíticos e sintéticos, nos quais não consta nenhuma nota fiscal que não se enquadre no roteiro realizado.

Salienta que o autuado não faz uma referência concreta. Que o autuado nada comprova, não indica onde estão as inconsistências. Que o que caracteriza a verdade material dos fatos, são dados como número da Nota Fiscal, Inscrição Estadual, data de emissão, valor da operação, descrição dos produtos, enfim, todos os dados que compõem um documento fiscal idôneo.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

O contribuinte, conforme documentos de fls. 775 a 798, pede parcelamento do débito total lançado de ofício nas infrações 01 e 02, respectivamente nas datas de 16/01/2009 (fls. 794 e 797) e 05/02/2009 (fl. 775).

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas, conforme recibos anexados ao processo, a exemplo do descrito às fls. 21 e 23, e exercido tempestivamente seu direito de defesa.

Indefiro o pedido de realização de diligência e de perícia, nos termos do artigo 147, incisos I e II, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial

de técnicos, e de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, o Auto de Infração trata das três infrações descritas no relatório que antecede este voto.

Quanto às infrações 01 e 02, cujos débitos foram, integralmente, objeto de Pedido de Parcelamento, conforme documentos de fls. 775 a 798, com consequente desistência formal de interposição de contestação referente às mesmas, nos termos do artigo 1º, §1º, inciso I, do Decreto nº 8.047/01, está extinta a lide, nos termos do artigo 122, inciso IV, do RPAF/99, vez que reconhecida a sua procedência pelo sujeito passivo.

Em relação à Infração 03, falta de estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.735.536,37, relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos exercícios de 2004 – mês de novembro. Exercício de 2005 – meses de janeiro a maio, e agosto a dezembro; 2006 – meses de janeiro a dezembro; e de 2007 – meses de janeiro a junho, e de setembro a dezembro, verifico que os demonstrativos do levantamento fiscal estão anexados a este processo, a exemplo das fls. 20, 21, 26, 89, 286, 302 e 408.

Em relação aos valores de base de cálculo e de ICMS apurados na ação fiscal, estão os mesmos lançados à fl. 03 do Auto de Infração, e o contribuinte cita, a título de exemplo, o valor do ICMS lançado relativo a janeiro de 2006, de R\$314.137,44, decorrente da base de cálculo lançada de R\$1.847.867,29, ao mesmo tempo em que aduz que teria encontrado outro valor de imposto lançado para esta infração 03, no levantamento fiscal, no montante de R\$286.719,13, sem identificar em que página, ou demonstrativo do levantamento fiscal, se encontraria este valor que divergiria do lançado no Auto de Infração.

Constatou, conforme levantamento de fls. 286 e 302 que, tal como afirmado pela representante do Fisco, para este mês, na infração em lide, consta o valor de diferença de crédito fiscal a estornar, ou seja, de débito tributário, de R\$314.137,44. Da mesma maneira, em relação ao mês de julho/2006, o valor de ICMS lançado, de R\$237.206,04, indicado também pelo contribuinte, consta nos levantamentos de fls. 286 e 302. Por outro lado, tal como exposto pela autuante, as fls. “722/1438”, não trazem demonstrativos elaborados pela preposta do Fisco. A fl. 722 refere-se a levantamento acostado quando da apresentação da impugnação ao lançamento de ofício, e inexiste, neste processo, a fl. 1.438, até à data do presente julgamento.

Quanto ao fato de que o Fisco baseou o seu levantamento nos dados informados pelo contribuinte em seus livros fiscais, e DMAs, o sujeito passivo admite o fato, limitando-se a arguir que seus dados fiscais estariam incorretos em razão de que o Fisco o teria autorizado a refazer sua escrituração, em seguida tendo-o autuado. Caso o contribuinte comprovasse que, durante prazo porventura concedido para regularização de sua escrita fiscal, houvera a Fiscalização estadual procedido a lançamento com base em dados sabidamente incorretos, estaria comprovada a incorreção da ação fiscal. Porém, o contribuinte não comprova esta sua alegação. Sequer cita a data em que tal autorização lhe teria sido concedida, limitando-se a citar, entre aspas, em sua impugnação, o texto “Nesta data, estou realizando a arrecadação (...) 01 – ref. A 2004 (...) 2005(...) 2006 – válido com autorização para refazer.”, citação em sua impugnação esta que não se constitui em prova, ou indício, que o favoreça.

Por outro lado, uma vez que o contribuinte tinha conhecimento de que sua escrita fiscal estava incorreta, segundo afirma, desde a autuação anterior, deveria ter providenciado, antes do início da presente ação fiscal, o cumprimento de sua obrigação acessória de regularizar a sua escrita, inclusive com o envio da DMA com os dados corretos. Planilhas corretivas da escrita fiscal elaboradas e acostadas ao processo depois da ação fiscal concluída, quando apresentação da

impugnação, não têm o condão de ajustar os dados fiscais que deveriam constar dos livros e dos documentos de informações econômico-fiscais do contribuinte.

Observo, ainda, que as planilhas apresentadas no texto da impugnação não trazem os dados dos documentos fiscais em que se baseiam. O contribuinte também não impugna, de forma objetiva, qualquer dado relativo a documento fiscal elencado pelo Fisco nos demonstrativos fiscais que lhe foram entregues, inclusive, quando de sua científicação da lavratura do presente Auto de Infração, conforme seus recibos já mencionados neste voto.

Uma vez que o contribuinte não comprova suas alegações, nem apresenta, neste processo, prova documental de erro numérico nos demonstrativos fiscais, incorre nas hipóteses previstas no artigo 142 e 143 do RPAF/99, importando em presunção de veracidade da imputação.

Assinalo que, caso o contribuinte assim decida, poderá apresentar os elementos probatórios de que disponha em grau de recurso para este Órgão Colegiado.

Observo, ainda, que a compensação de indébitos pode ser objeto de procedimento administrativo diverso do presente processo, nos termos do artigo 73, e seguintes, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115484.0007/08-7**, lavrado contra **RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.303.443,66**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, alínea “a”, e VII, alínea “b“, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR