

A. I. N.º - 207098.0001/08-2
AUTUADO - MERCANTIL RODRIGUES LTDA.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29.09.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0327-04/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM CONTEMPLADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO. Restou comprovado a utilização de crédito fiscal em valor acima do permitido pela legislação do imposto relativo a operações de saída com redução de base de cálculo (isenção parcial) na infração. **b)** MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Não comprovado devoluções e pagamento de substituição tributária indevida (infração 2). **c)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. Comprovado a não realização de estorno relativo a saídas com redução de base de cálculo (isenção parcial) na infração 3. **d)** ATIVO PERMANENTE. APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. **e)** SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Documentos juntados ao processo comprovam a apropriação indevida de crédito integral relativo ao ativo imobilizado em desacordo com a legislação do imposto (infração 10) e não foi comprovada a regularidade de créditos fiscais lançados na apuração do imposto (infração 11). Infrações não elididas. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO.** Demonstrativos juntados pela fiscalização comprovam a aplicação de alíquotas incorretas aplicadas nas operações (infração 4). Infração subsistente. **3. LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. Restou comprovado desencontro entre o valor apurado em arquivo magnético e o escriturado em livro próprio (infração 5). **b)** ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES [ECF]. Infrações não elididas. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPOM FISCAL. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. a)** FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. **b)** CUPOM FISCAL. INDICAÇÃO DE OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA. Demonstrativos juntados ao processo comprovam que operações de venda de mercadoria tributadas foram registradas como não tributadas (infrações 6, 7 e 8). Imputações mantidas. Rejeitado o pedido de diligência ou revisão fiscal. Não acatadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 16/12/08 exige ICMS no valor de R\$8.057.650,74, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Consta na descrição dos fatos que se trata de mercadorias isentas e com redução de 100% na base de cálculo - R\$233.779,55.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Consta na descrição dos fatos, que se referem a creditamento direto no livro Registro de Entrada e no livro RAICMS, sob o título de CRED ICMS MERC. S/SUBSTITUIÇÃO, sem documentação comprobatória - R\$172.770,36.
03. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução - R\$61.612,97.
04. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme relacionado no Anexo 4, identificando saídas internas a 7% ou sem tributação, quando deveriam ser tributadas a 17% ou 12% - R\$10.671,40.
05. Recolheu a menos o ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (08/2006) - R\$227.639,01.
06. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, operações de saídas sem registro de base de cálculo nos documentos fiscais (Anexo 5 e 6) - R\$272.219,62.
07. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto. Consta na descrição dos fatos, que se referem a saídas acobertadas por cupom fiscal emitidos por ECF com indicação da situação tributária indevida, com carga tributária menor que a devida (Anexo 3) - R\$1.124.569,34.
08. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que se referem a saídas acobertadas por cupom fiscal emitidos por ECF com indicação de não tributada quando se trata de mercadorias sujeitas à tributação (Anexos 4 e 5) - R\$3.914.890,34.
09. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte lançou no livro RAICMS estorno com o título de REAPROVEITAMENTO ICMS VENDA A CONSUMIDOR, sem documentação comprobatória (Anexo 9 e 10) - R\$1.239.778,29.
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme lançamento em sua escrituração do valor integral do crédito fiscal do ICMS nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, conforme demonstrado na planilha 10, quando somente poderia se apropriar de 1/48 do valor. Para determinação do quantum indevido, abateu-se do valor utilizado a parcela prevista legalmente para o período de apuração - R\$317.765,77.
11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito, conforme lançamento em sua escrituração de valores a títulos de OUTROS CRÉDITOS e CRED. AUTO INFRAÇÃO 29857550123050, conforme Anexos 7 e 8 - R\$481.954,09.

O autuado apresenta impugnação através de advogado (fls. 2180 a 2199), inicialmente discorre sobre as infrações, indica endereço para onde devem ser encaminhadas as intimações.

Suscita a nulidade da ação fiscal, a partir do momento que foi intimado pelos seguintes motivos:

- a) O AI foi lavrado em 16/12/08 e só foi intimado no dia 16/01/09, após o prazo de cinco dias;
- b) O AI foi visado pelo Supervisor da Infaz Atacado e não pelo Inspetor Fazendário, contrariando o art. 1º, §1º e art. 2º tudo da Port. nº 35/96 (fl. 2.184) e art. 131, I, a IV do RPAF;

- c) O autuante (Auditor Ademilson Barnabé da Silva) “não participou de maneira efetiva da ação fiscal”, não existindo intimação por parte dele, inclusive deve ser verificado se a Ordem de Serviço 504992 foi expedida para o citado preposto fiscal;
- d) Não foram entregues os demonstrativos sintéticos e analíticos de acordo com o art. 46 do RPAF/BA. Pondera que “não pode ser feita tão somente em meio magnético” por falta de previsão legal. Aduz que o CONSEF deve determinar saneamento em fiel cumprimento da lei.

Pelos motivos acima expostos, pede a nulidade da intimação e que os erros sejam sanados, com a lavratura de um novo Auto de Infração e posterior reabertura do prazo de defesa, oportunidade em que a intimação deve ser feita diretamente ao profissional subscritor da presente defesa.

No mérito, afirma que as exigências dos itens 1 a 11 são insubsistentes, devendo ser aplicado o disposto no art. 155, § único, do RPAF, restando prejudiciais as questões abaixo absorvidas.

Afirma que são inconsistentes os itens 1 a 11 do lançamento devido ao método de apuração utilizado na ação fiscal e a completa ausência de demonstração analítica da ocorrência dos fatos geradores das obrigações supostamente descumpridas (art. 5º, I, III e IV da Portaria 35/96).

Diz que pela análise dos “anexos” ofertados em meio magnético, pode se concluir que a fiscalização não fez qualquer investigação na documentação fiscal e contábil, limitando-se às informações do SINTEGRA.

Aduz que os “anexos” fornecidos além de parcialmente inacessíveis, não são suficientes e não suportam as acusações contidas no Auto de Infração, sendo necessária a demonstração analítica, tornando insegura a base de cálculo. Transcreve ementas de diversas decisões do CONSEF, contidas nos acórdãos CJF Nº 1866/00; CJF 0475-12/07 e JJF 0239-04/07 para reforçar o seu posicionamento.

Afirma que o Auto de Infração como visto, impõe inversão do ônus da prova, obrigando o autuado a fazer o trabalho de forma correta, ou seja, analisar de forma analítica todos os seus lançamentos fiscais, de forma a espelhar a efetividade da insuficiência no pagamento do imposto.

Diz que da forma que a ação fiscal foi desenvolvida, o máximo que se pode admitir é que os arquivos magnéticos foram apresentados com inconsistências, o que por si só, não serve de suporte para a caracterização do “fato gerador do ICMS”, culminando em descumprimento de obrigações acessórias, devendo o Fisco, primeiro, intimar o contribuinte para a correção dos dados e, se não atendido, impor a sanção prevista em lei.

Transcreve ementa do Acórdão CJF 0286-11/07 cuja decisão do CONSEF foi pelo não provimento de recurso em razão de não ter sido concedido prazo legal para regularizar inconsistências contidas nos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte.

Com relação à infração 1, diz que carece de demonstração analítica, sendo que os “Anexos 1 e 2”, fornecidos em meio magnético dificulta o exercício da defesa, e que foram juntadas apenas cópias das notas fiscais “POR AMOSTRAGEM”, que entende ser ilegal.

Argumenta que os demonstrativos reportam aquisições de mercadorias “isentas” e sujeitas a “redução de base de cálculo”, porém, sem demonstração analítica de cada operação não se pode falar em restrição ao crédito sobre aquisições de produtos com “redução de base de cálculo”, por inexistência de vedação legal.

Salienta que o art. 30, da Lei nº 7.014/96, ao exaurir as hipóteses de “estorno de créditos”, não contempla operações sujeitas à redução da base de cálculo, portanto, entende ser legítima a utilização do crédito fiscal, e que qualquer disposição regulamentar em sentido oposto é ilegal.

Alega que os arquivos magnéticos juntados com a defesa não são suficientes, devendo ser apurado, mediante revisão se existem aquisições com ajustes no estorno de créditos já feitos pelo próprio autuado até julho/06, quando a mesma possuía Termo de Acordo de Atacadista. Diz que deve ser feito um confronto entre este AI e o de nº 279459.0002/07-8, que cobra, até o mês de abril de 2006, situação capaz de gerar “bis in idem”.

Relativamente à infração 2, diz que os mesmos equívocos de metodologia se repetem sem demonstração analítica, contesta que recolheu o ICMS-ST relativo a mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, caso não tivesse sido substituída no Estado de origem. Também recolhia o ICMS Antecipação Parcial relativo ao regime de tributação normal.

Argumenta que muitas mercadorias foram devolvidas por vários motivos (avarias, prazo de validade muito próximo do vencimento, qualidade em desacordo com a contratada), lançava a crédito dos valores relativos às devoluções. Recorda que pagou indevidamente, em janeiro/06, R\$ 160.162,29 de substituição tributária sobre “charque”, creditando-se posteriormente, o que inclusive foi homologado por fiscalização anterior. Diz que os fatos narrados influenciam a ação fiscal e não foram levados em consideração, onerando indevidamente o contribuinte.

No que se refere à infração 3, afirma ser inconsistente em decorrência da metodologia já apontada e por não existir na lei previsão que configure obrigação de promover estorno. Diz que o procedimento fiscal é prejudicado pela ausência de demonstração analítica, precariedade e inacessibilidade aos “meios magnéticos” oferecidos para conferência e pela adoção de amostragem de documentos fiscais para caracterizar os fatos não comprovados.

Antes disso, diante da forma “lacrada” que os fatos foram apontados, diz que não se pode assegurar se as operações foram realizadas via ECF ou NF, nem que foram observadas as saídas e que somente pelas vendas seria possível identificar os produtos que geraram créditos e que teriam parte desse direito atingido em momento posterior, coincidente com as saídas.

Salienta que não foi compatibilizada a acusação com o Regime Especial de Atacadista, usufruído até julho/2006, podendo caracterizar o “bis in idem”, diante da dupla “glosa de crédito”. Esclarece que fazendo uso do aludido regime, fazia estorno de crédito nas entradas, para equacionar a alíquota em 10% e não é devido o estorno proporcional à redução da base de cálculo integralmente sobre a base de cálculo da operação, devendo ser observada a equalização da alíquota em 10%. No que concerne aos meses de janeiro a abril de 2006, salienta que deve ser contemplado o lançamento anterior do AI 279459.0002/07-8, evitando-se duplicidade.

Atenta que o art. 155, II e § 2º, II, “a” e “b”, da CF estabeleceu restrição ao crédito fiscal nos casos de isenção ou não incidência, bem como o art. 21 da LC 87/96, estabeleceu as hipóteses de estorno de crédito, não estando elencada, dentre elas, a “saída com redução de base de cálculo”, conforme transcreveu à fl. 2192.

Ressalta que a LC 87/96 veio a inovar o Convênio 66/88, retirando, a partir da sua edição, por vontade do legislador, das hipóteses de estorno de crédito, a saída com redução de base de cálculo e deve ser respeitada, o que foi absorvida pela Lei Estadual nº 7.014/96, no art. 30, repete integralmente as disposições da LC nº 87/96.

Atenta que o disposto no art. 100, inciso II, do RICMS é ilegal além de inconstitucional, conforme parecer exarado pela PROFIS/PGE em manifestação expressa durante a instrução do Auto de Infração nº 2985705112031, “Deve, então, o CONSEF assim se pronunciar, em obediência aos princípios administrativos da legalidade, moralidade, eficiência, e revisibilidade pela Administração dos seus próprios atos”, com fundamento no enunciado da Súmula 473 do STF (administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios).

Afirma que diverge da PGE/PROFIS, tão somente, quanto à impossibilidade de se julgar, diante da constatação da ilegalidade do RICMS perante a Lei, pelo reconhecimento dessa ilegalidade. Entende que deve ser aplicada a hierarquia das leis, com prejuízo da validação do decreto que regula matéria não autorizada pelo instituto legal que enseja razão e motivação para a sua existência. Requer a improcedência da infração 3.

Com relação à infração 4, afirma que o demonstrativo elaborado pelo autuante não atende às exigências legais na sua formatação e das informações relativas ao contribuinte em contraponto a sua própria escrita fiscal, não havendo o ilícito fiscal apontado. Requer a reabertura de prazo de

defesa, como anteriormente solicitado, contesta os valores exigidos, resguardado seu direito de defesa para futuro apontamento de equívocos na cobrança.

Antecipa que não foi observado o Termo de Atacadista, vigente até julho/06, que impõe ajustes já efetuados pela tributação com alíquota de 10%, nas saídas, bem como inclusão de mercadorias substituídas, isentas e com alíquota de 7%. E também, possível duplicidade em relação ao AI 279459.0002/07-8.

No tocante à infração 5, afirma que não existem divergências entre os valores escriturados e o recolhido, tendo recolhido integralmente o saldo devedor do mês de agosto/06, lançado no LRAICMS (R\$ 323.107,71), o que pode ser constatado no sistema da própria SEFAZ.

Quanto à infração 6, afirma que não existe no PAF discriminação analítica que possa sustentar a acusação, não se sabendo se às operações tem como origem ECF ou NF. Requer que lhe sejam fornecidos os demonstrativos de maneira integral e legal, ficando expressamente impugnados.

Alega que pelo teor da acusação deveria se fazer a apuração do imposto contemplando os benefícios do Regime Especial de Atacadista, cuja cassação lhe foi comunicada em julho/06, conforme prova anexa, o que determina a cobrança pela alíquota de 10% e ainda, se não está contida no AI 279459.0002/07-8, bem como a possível inclusão de operações isentas, substituídas e com alíquota menor.

Relativamente à infração 7, afirma que não sabe se seriam apenas operações via ECF, carece de demonstração analítica, não tendo sido oferecido demonstrativo integral, regular e acessível, vindo a se manifestar após o livre e completo conhecimento da planilha da fiscalização.

Ressalta que deve ser apurada possível duplicidade nos meses de janeiro a abril/06, repercussão do Termo de Atacadista até julho/06, possível inclusão de mercadorias substituídas, isentas e com base de cálculo ou alíquota reduzida, o que não pode ser comprovado pela inexistência de demonstração analítica, o que pode ser apurado e sanado via revisão fiscal.

No tocante à infração 8, diz que resta incerteza na configuração da infração e a necessidade de revisão por fiscal estranho ao feito, pela falta de recebimento de demonstrativos completos, não acessíveis de forma plena e regular e de planilhas analíticas, o que prejudicou a defesa, ficando impugnados os valores exigidos de forma expressa. Salienta que deve ser verificado as alíquotas aplicáveis relativas a produtos cujas alíquotas variam entre 7% e 17%, sendo que os demonstrativos apontam somente alíquota de 17%, o que onera os produtos com menor carga tributária. Ressalta mais uma vez que não pode ser substituído o meio físico pelo meio magnético, por falta de previsão legal para tanto.

No tocante à infração 9, afirma que a acusação é de “estorno indevido de débito”, sem a devida demonstração analítica, mas que tendo ocorrido entradas destinadas a venda em atacado, com crédito reduzido na forma do Regime Especial em pleno vigor, cujas vendas foram efetivadas por ECF com tributação de 17%, o que legitima o estorno.

Requer a apresentação do demonstrativo analítico ou sanada a omissão pelo fornecimento de “anexos” em meio físico e de forma taxativamente comprovada, evitando-se alegações de cerceamento do direito de defesa. Ressalta que era beneficiária do Termo de Acordo Atacadista, até o mês de julho/06, quando foi rescindido unilateralmente pela SEFAZ. Destaca que no livro de RAICMS eram ajustadas as entradas tributadas com alíquotas superiores a 10%, em especial as alíquotas de 12% e 17%, mediante estorno de crédito o que foi verificado em fiscalizações anteriores, que por erro, foram incluídas no cálculo de apuração do estorno, já que o maior volume da aquisição de mercadorias ocorria nos Estados do Sul e Sudeste, com alíquota de 7%, não acarretando estorno de crédito.

Afirma que para equalizar a tributação das saídas em 10%, prevista no contrato do Termo de Acordo Atacadista, apurava o montante das saídas destinadas a consumidor final, tributadas a 17% e 12% por ECF, e estornava o percentual superior a 10%, procedimento que foi adotado até o mês de julho/06, com a vigência do Termo de Acordo Atacadista.

No tocante à infração 10, afirma que os valores cobrados não são devidos, não tendo se cogitado a acusação de ausência do direito ao crédito e sim a forma de sua utilização, visto que, os valores exigidos são meramente escriturais, sem repercussão financeira contra o Erário.

Afirma que os bens adquiridos possuem mais de um ano de uso, sendo permitido pelo RICMS/BA a integral utilização dos créditos oriundos de aquisições o ativo imobilizado.

No que se refere à infração 11, afirma que não sabe qual a origem da presunção da fiscalização relativa aos valores dos meses de setembro e novembro/07, sendo esclarecido apenas o crédito correspondente ao mês de julho/07, justificado pela quitação do Auto de Infração 2985750125052, o que pode ser comprovado nos arquivos da SEFAZ e que ensejam direito a créditos, como a “omissão de saídas presumidas através de entradas não registradas”.

Afirma que se as entradas para comercialização não foram registradas e o débito apurado no AI foi pago, entende ser legítimo o direito ao crédito pelas aquisições, o que foi exercido antes de operada a prescrição. Entende inexistir motivação para impossibilitar a utilização dos demais valores. Requer a insubsistência da infração 11.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, saneamento do feito, reabertura do prazo de defesa, posterior juntada de documentos, revisão por fiscal estranho ao feito e pela improcedência do Auto de Infração.

Instado a prestar informação fiscal, o autuante manifestou-se à fl. 2227, dizendo que tendo em vista que o autuado não recebeu cópia de todos os demonstrativos que nortearam a lavratura do Auto de Infração, propôs que a coordenação da IFEF fizesse a entrega dos mesmos e reabrisse o prazo de defesa.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da manifestação do autuante, tendo inclusive fornecido cópias dos demonstrativos com 1664 páginas e reaberto o prazo de defesa (fls. 2228/2233).

O autuado manifestou-se às fls. 2238/2244, inicialmente, observa que a “intimação” ora atendida, é figura estranha ao lícito ao andamento do PAF, vindo acrescentar motivações que suportam as questões prejudiciais já levantadas, indicando que deve ser decretada a nulidade da ação fiscal.

Afirma que a “intimação” repete ato já praticado, desta feita, de forma ainda mais irregular. Ressalta que de acordo com o art. 126, 6º, 127 e 129, a informação fiscal deve ser prestada no prazo de vinte dias, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme transcreveu às fls. 2239/2240.

Diz que no caso em tela a defesa foi apresentada em 16/02/09 e mais de três meses depois, recebeu nova intimação para apresentar defesa, sem que houvesse sido prestada informação fiscal, sendo que ao não ser prestada no prazo regulamentar, deveria ter seguido de imediato para o CONSEF, sem a informação, devido ao decurso de prazo, aplicando-se ainda a pena de confissão quanto à matéria de fática que envolve a lide.

Requer que caso a “informação fiscal” seja prestada com o prazo já vencido, pede o seu desentranhamento do feito, sob pena de nulidade de toda a ação fiscal.

Salienta que após a interposição da defesa, instaura-se o contencioso administrativo e a autoridade competente para dirigir o processo é o Conselho Estadual de Fazenda da Bahia (CONSEF), que o receberá com ou sem a “informação fiscal”, devendo a autoridade preparadora seguir tão somente as rotinas preconizadas pelos art. 126 a 129 e 131, do RPAF/BA, sendo vedada, pro ausência de autorização legal, a adoção de outras medidas, a exemplo da reabertura de prazos, “novas intimações” etc, exceto exista expressa determinação do órgão Julgador.

Salienta que na hipótese concreta a autoridade preparadora deveria ter encaminhado o PAF ao CONSEF e a adoção de outras medidas após a apresentação da defesa deveria ocorrer por solicitação do órgão julgador, conforme disposto no art. 131 do mencionado diploma legal.

Pondera que a autoridade preparadora adotou ato sem competência para tanto e que o processo deve ser encaminhado ao CONSEF, não permitindo que seja prestada “informação fiscal” intempestiva.

Destaca que a cópia do AI ofertada com a intimação atendida não possui saneamento, visto da autoridade fazendária, o que caracteriza os vícios já apontados na defesa e que a “assinatura do Douto Autuante diverge um pouco daquela constante no AI remetido” quando da efetiva intimação acerca da autuação, o que leva a crer que “outro formulário de AI foi emitido”, com o objetivo de sanear os vícios apontados na defesa.

Alega que a simples juntada dos demonstrativos em meio físico, não regulariza o PAF, requer que o mesmo seja imediatamente encaminhado ao CONSEF, por já ter sido extrapolado o prazo da autoridade preparadora conforme previsto no art. 133, do RPAF/BA.

O autuante presta informação fiscal (fls. 2268/2272), inicialmente descreve as infrações apontadas no Auto de Infração e ressalta que durante o período de fiscalização se deparou com sérias dificuldades para manter contato com o representante legal do estabelecimento autuado, sobretudo para obter os documentos necessários para comprovação dos lançamentos na escrita fiscal e contábil.

Informa que uma vez lavrado o Auto de Infração, o mesmo não foi assinado pelo representante legal, dado a dificuldade de contato com o mesmo, o qual foi notificado por meio dos correios através de Aviso de Recebimento (AR) e por engano não foram enviadas todas as planilhas e demonstrativos que subsidiaram a autuação em meio físico e sim em CD.

Afirma que diante do protesto do impugnante, reiterando a cada infração o não recebimento das planilhas em meio físico, decidiu retornar o processo a IFEP recomendando a entrega imediata das planilhas ao representante do autuado e reabertura do prazo de defesa.

Ressalta que durante a fiscalização, a empresa já tinha sido vendida para outro grupo empresarial e que os sócios procuram protelar a constituição do crédito tributário, o que também foi dificultado pela recepção das planilhas pelo correio, ficando surpreso com a manifestação do autuado de que não prestou informação fiscal. Diz que o posicionamento do autuado é um contra-senso, visto que argumentou nulidade por cerceamento do direito de defesa e quando atendido questionou a falta da prestação da informação fiscal, sem que tivesse apresentado qualquer documento após a reabertura do prazo de defesa.

Quanto à nulidade suscitada (visto aposto pelo Supervisor), esclarece que conforme Port. 276 de 23/04/07 o auditor fiscal Amarildo Tosta Santos foi designado para substituir o Inspetor da IFEP nas ausências e impedimentos do Inspetor, sendo, portanto legal o procedimento fiscal.

Quanto à sua participação na ação fiscal, diz que conforme Ordem de Serviço 504992/08 cuja cópia foi juntada a fl. 14, foi designado para empreender a fiscalização no estabelecimento autuado.

Com relação à nulidade suscitada pela não entrega de demonstrativos sintéticos e analíticos em meio físico e não em meio magnético, argumenta que se aventado a hipótese de que não produz efeito legal, foi suprida com a entrega dos demonstrativos em meio físico e reaberto o prazo de defesa.

No mérito, afirma que tendo argüido cerceamento do direito de defesa e reabertura de prazo para impugnação, o setor competente atendeu ao pedido e providenciou a entrega dos referidos demonstrativos, entretanto na manifestação apresentada pelo recorrente, o mesmo não adentrou ao mérito, sob alegação de questões formais, não tendo juntado qualquer documento para fazer prova das suas alegações.

Com relação à alegação de que foram juntadas cópias de notas fiscais por amostragem, afirma que não procede, tendo em vista que a auditoria é realizada com base em amostragem nos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos, representando a movimentação dos estoques do estabelecimento auditado.

Diz que com o aperfeiçoamento dos sistemas de auditorias informatizadas, ampliou-se o escopo das amostras, chegando em alguns casos a 100% das operações mercantis, passando a ser indicado nos demonstrativos certas irregularidades, a exemplo de alíquotas aplicadas erradas.

Ressalta que todos os livros manuseados durante a ação fiscal foram devolvidos ao autuado.

Afirma que quanto às alegações vagas e esparsas (estorno de crédito não contemplados nas operações sujeitas a redução da base de cálculo, metodologia equivocada, creditamento de pagamento indevido, diante de forma “lacrada” que os fatos foram apontados..., bis in idem, inconstitucionalidade da competência dos Estados para instituir impostos e outros argumentos sem nenhum nexo e causa) argumenta que nada tem a apreciar visto que não foi apresentado qualquer suporte documental para evidenciar qualquer equívoco cometido pela fiscalização.

Ressalta que o mesmo procedimento ocorreu com o Auto de Infração 279459.0002/07-8 lavrado em 26/06/07, referente aos exercícios de 2004 e 2005, apontando infrações semelhantes que foram julgadas procedentes conforme Acórdão 0400-02/08, cuja cópia junta as fls. 2274/2289.

Finaliza dizendo que o Auto de Infração está em conformidade com as normas tributárias estaduais e não tendo o impugnante apresentado qualquer fato novo e documentos que pudessem elidir as infrações apontadas, requer a procedência da autuação.

VOTO

O autuado suscitou nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o saneamento foi feito após ultrapassando o prazo regulamentar. Verifico que embora seja verdade a alegação de que o AI foi lavrado em 16/12/08 e o saneamento tenha ocorrido em 12/01/09, isso não constitui motivo para decretação da nulidade. Entendo que a Port. 35/96 indica prazos em que deva ocorrer o trâmite processual, com objetivo de dar celeridade ao processo no contencioso administrativo. Eventuais não-observância de caráter formal não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e serem corrigidas e suprimidas (art. 18, § 1º do RPAF/BA). Neste caso, o autuado tomou conhecimento do AI e foi concedido prazo regular para apresentar defesa, não havendo qualquer prejuízo ao exercício do contraditório, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

O suscitou também a nulidade do procedimento fiscal, sob o argumento de que o Auto de Infração foi visado pelo Supervisor da Infaz Atacado e não pelo Inspetor Fazendário. Verifico que na informação fiscal o autuante juntou à fl. 2273 cópia da fl. do Diário Oficial de 24/04/07 no qual foi publicada a Port. 276/07 em que foi designado o Auditor Fiscal Amarildo Tosta Santos para “substituir o Inspetor da IFEP, nas ausências e impedimento eventuais”. Portanto, o visto apostado no AI foi feito pela agente público devidamente credenciado, não havendo o vício apontado pelo impugnante de falta de competência daquela autoridade para promover o saneamento, não havendo razão para decretar nulidade do AI.

Suscitou, ainda, nulidade alegando que o autuante (Auditor Fiscal Ademilson Barnabé da Silva) não participou de maneira efetiva da ação fiscal. Da análise dos elementos contidos no processo, verifico que o autuante juntou ao processo, cópia do Termo de Início de Fiscalização e de Prorrogação de Fiscalização indicando ter sido registrado na fl. 29/verso do livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências nº 2 do estabelecimento autuado. Constato também que a Ordem de Serviço 504992 (fl. 14) foi expedida para o citado preposto fiscal, tendo o mesmo assinado todos os demonstrativos que deram suporte às infrações apontadas no AI. Pelo exposto, considero válidos os demonstrativos acostados ao processo que deram suporte às infrações apontadas na autuação que foram subscritos pelo autuante. Não acato tal nulidade pretendida.

Suscitou mais uma vez, nulidade do AI, sob argumento de que não foram entregues os demonstrativos sintéticos e analíticos necessários à formação do PAF, afirmando que os “anexos” ofertados em meio magnético eram parcialmente inacessíveis. Verifico que após a apresentação

da defesa, o órgão preparador expediu seis intimações ao sujeito passivo (fls. 2228/2233), tendo fornecido cópias impressas de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não foi entregue no momento do encerramento da ação fiscal e que eram indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto. Dessa forma, tendo sido reaberto o prazo de defesa após a entrega dos documentos, restou caracterizado que o autuado dispôs de todos os elementos do processo e de novo prazo de defesa, para exercer o contraditório, não podendo ser acatado argumento de cerceamento do direito de defesa.

Na defesa inicial o autuado solicitou realização de diligência ou revisão por fiscal estranho ao feito para averiguar na sua escrituração a correção de lançamentos e existência de documentos. Observo que de acordo com o art. 150, I do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de diversas infrações: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS (redução da base de cálculo); mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação (substituição tributária); Falta de estorno de crédito fiscal (saídas com redução de base de cálculo). Recolhimento a menos devido a erro na aplicação da alíquota e do desencontro entre o valor recolhido e escriturado; e de erro na apuração do imposto; Praticado operações tributáveis como não tributáveis e do REAPROVEITAMENTO ICMS VENDA A CONSUMIDOR, sem documentação comprobatória. Todas contestadas na defesa.

Preliminarmente o autuado contestou o levantamento fiscal com base em arquivos magnéticos, admitindo que pudesse ter sido apresentado com inconsistências, cabendo apenas uma penalidade por descumprimento de obrigações acessórias e que poderia ser saneado mediante intimação para correção dos dados.

Tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que os arquivos magnéticos devem espelhar a escrituração fiscal do contribuinte e caso a fiscalização identificasse divergência entre dados contidos no arquivo magnético e os escriturados ou constantes de documentos fiscais escriturados, seria cabível a intimação para depurar supostas inconsistências existentes, mas esta não é a questão que permeia este processo, visto que nenhuma infração apontada trata de inconsistência de arquivo magnético.

Por outro lado, uma vez elaborado demonstrativos com base em dados contidos em arquivos magnéticos, tendo sido entregue ao contribuinte, primeiro em meio magnético e concedido trinta dias, em um segundo momento em meio físico, sendo concedido mais trinta dias, entendo que mesmo que o levantamento fiscal tenha sido feito com base nos dados contidos nos arquivos magnéticos elaborados pelo autuado com base na sua escrituração, os documentos que dão suportes são de sua posse. Neste caso, o prazo de sessenta dias é prazo razoável para identificar possíveis erros no levantamento fiscal e demonstrá-los na primeira e segunda defesa apresentada. Portanto, ao recusar comprovar fato controverso com elemento probatório de que dispõe importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, implicando em simples negativa do cometimento da infração o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/BA.

Convém ressaltar que não se trata de situação análoga da decisão contida no Acórdão CJF 0286-11/07, situação em que foi encaminhado cópia dos demonstrativos e levantamentos de estoque sem que tivesse sido reaberto o prazo de defesa.

Quanto à infração 1, o autuado alegou que:

- a) Carece de demonstração analítica; anexos em meio magnético e juntada parte de notas fiscais;
- b) Demonstrativos reportam a mercadorias “isentas” e sujeitas a “redução de base de cálculo”, que não pode ser restringido crédito, por inexistência de vedação legal;
- c) Existem aquisições com ajustes no estorno de créditos já feito até julho/06, quando a mesma possuía Termo de Acordo de Atacadista e que devia fazer um confronto entre o presente AI e o de nº 279459.0002/07-8, que cobra, até o mês de abril de 2006.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que os demonstrativos relativos aos exercícios de 2006/2007 (fls. 18 a 38 e 90 a 110), relacionam por mês a nota fiscal, produto e valor do crédito utilizado indevidamente. Logo, o demonstrativo indica a situação da utilização individual de cada produto quer seja isento (peixe), como também os produtos com redução da base de cálculo em cem por cento (a exemplo das operações internas com arroz sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho prevista no art. 78-A e 87, XXX do RICMS/BA).

Ao contrário do que foi alegado, não se faz necessário juntar todas as notas fiscais ao processo, visto que cada produto foi identificado e relacionado nos demonstrativos, cujos documentos são de posse do autuado o que possibilita identificar possíveis inconsistências no levantamento fiscal e juntar cópias dos documentos como prova na defesa, fato que não ocorreu.

Com relação ao argumento de que não pode ser exigido estorno de crédito relativo à saída de mercadoria contemplada com redução da base de cálculo, observo que o art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/96 prevê que é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento, para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto e o art. 30 do mesmo diploma legal estabelece que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto que se tiver creditado, sempre que o a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria.

Na situação presente, tomando como exemplo o produto arroz, como acima apreciado é contemplado com redução de base de cálculo em 100% nas operações internas, o que equivale a uma isenção total, sendo previsível no momento da entrada do estabelecimento e, portanto, vedada a utilização do crédito fiscal.

Além do mais, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reformulou o seu posicionamento sobre a natureza jurídica da redução de base de cálculo, no sentido de considerá-la como uma espécie de isenção parcial do imposto, conforme decisões contidas no AI-AgR 449051/RS em 29/06/2006 e AI-ED 497755/PR em 13/12/2005 no qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 174.478/SP, entendeu que não viola o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Além disso, considerou que a referida redução corresponde à figura da isenção parcial, o que faz incidir, no caso, a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da Constituição Federal.

Relativamente à alegação de que existe possibilidade de haver aquisições com ajustes no estorno de créditos já feito anteriormente e confrontar com o AI 279459.0002/07-8, que cobra, até o mês de abril de 2006, o impugnante não juntou ao processo qualquer documento que fizesse prova da sua alegação, apesar de ter sido concedido trinta dias inicialmente e mais trinta dias após a entrega de documentos em meio físico. Vale ressaltar, que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, e a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Por tudo que foi exposto, deve ser mantida a infração 1 na sua integralidade. Infração subsistente. Com relação à infração 2, foi acusado de utilizar crédito fiscal de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Na defesa apresentada o autuado afirmou que:

- a) Apurava e recolhia o imposto, caso não tivesse sido substituída no Estado de origem;
- b) Mercadorias foram devolvidas por vários motivos e lançava os créditos correspondentes;
- c) Pagou indevidamente em jan/06 R\$ 160.162,29 de substituição tributária sobre “charque”, creditando-se posteriormente.

Verifico que conforme demonstrativo às fls. 112/114 foram relacionados os créditos utilizados indevidamente relativos a “bacon defumado, aparelho de barbear e açúcar cristal”. Portanto, estando tais produtos submetidos ao regime de substituição tributária, quer tenha sido retido o imposto pelo remetente ou antecipado pelo estabelecimento autuado, o crédito fiscal destacado no documento fiscal foi compensado no débito apurado do imposto substituto e é vedada a utilização do crédito nos termos do art. 97, IV “b” do RICMS/BA.

Com relação aos argumentos de que utilizou crédito fiscal de parte de mercadorias devolvidas e que pagou indevidamente ICMS-ST relativo à aquisição de charque, verifico que conforme descrito no corpo do AI e Anexo 11 juntado pelo autuante à fl. 115 foi indicado “lançado no livro Registro de Apuração de ICMS sob o título de CRED. ICMS MERC S/SUBSTITUIÇÃO, sem documentação comprobatória”.

Da mesma forma que apreciado anteriormente, o autuado deveria ter juntado ao processo documentos fiscais e demonstrativos para fazer prova de devolução de mercadoria que ensejasse direito ao crédito e também de demonstrativo suportado por documentos fiscais que comprovasse o direito ao crédito lançado no mês de jan/06 (out), como previsto no art. 123 do RPAF. Por isso, diante da ausência de prova, não acato tais alegações. Infração mantida.

Relativamente à infração 3, o autuado alegou inconsistência na metodologia, ausência de demonstração analítica, inacessibilidade aos “meios magnéticos”, adoção de amostragem de documentos fiscais não sabendo se de ECF ou NF e falta de previsão legal para obrigar promover estorno.

Da mesma forma que foi apreciado na infração 1, pela análise dos demonstrativos juntados pelo autuante (fls. 117/121 e 130/136), foram relacionadas por mês as notas fiscais e juntada parte de cópia delas dos produtos (margarina, charque e vinagre), cuja base de cálculo é reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), conforme estabelecido no art. 87, XXXI do RICMS/BA (Decreto nº 9733/05, com efeitos a partir de 22/12/05).

Por sua vez, o demonstrativo indica nota fiscal e não cupom fiscal como aventado pelo defendente, tendo sido juntado cópia da maioria das mesmas. O demonstrativo indica alíquota destacada no documento fiscal de 12% e como a base de cálculo é reduzida para o equivalente a 7%, foi indicado o percentual de estorno de 5% para equiparar carga tributária de 7%.

O demonstrativo por si só é auto-explicativo, não havendo falta de demonstração analítica e metodológica como alegada, mesmo porque se referem a documentos escriturados e de posse do autuado, podendo o mesmo demonstrar possíveis inconsistências no levantamento fiscal de acordo com o disposto no art. 123 do RPAF/BA, fato que não ocorreu.

No que se refere à alegação de inexistência de previsão legal, conforme apreciado na infração 1, o STF decidiu que a redução de base de cálculo corresponde à figura da isenção parcial, o que faz incidir, no caso, a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da Constituição Federal, sendo, portanto legal a aplicação do disposto no art. 35-A, I e II do RICMS/BA, que estabelece que a fruição do benefício de redução de base de cálculo fica condicionada a não-apropriação proporcional dos créditos fiscais relativos à mercadoria entrada no estabelecimento de contribuinte para comercialização quando a saída ou prestação subsequente for beneficiada com a redução ou estorno proporcional dos créditos referidos, se por ocasião da entrada da mercadoria for

imprevisível que a saída subsequente se dará ao abrigo da redução de base de cálculo.

No que se refere à alegação de que a acusação não compatibilizou com o Regime Especial de Atacadista, visto que fazia estorno de crédito nas entradas, para equacionar a alíquota em 10% e que no período de janeiro a abril/06, deveria ser contemplado o lançamento anterior do AI 279459.0002/07-8, evitando-se duplicidade, entendo que assiste razão ao autuante conforme argumentou na informação fiscal, visto que não foi apresentado qualquer suporte documental para evidenciar qualquer equívoco cometido pela fiscalização. Caberia ao defendente juntar ao processo, demonstrativos próprios que deram suporte ao estorno de crédito porventura efetuado do Regime Especial de Atacadista durante a sua vigência e também do demonstrativo correspondente do citado AI, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, e como isso não ocorreu implica em simples negativa de cometimento da infração o que não o desonera da responsabilidade pelo pagamento do imposto ora exigido. Infração não elidida.

Com relação à infração 4, o autuado alegou que à exigência não corresponde às informações da sua escrita fiscal; que não foi observado o Termo de Atacadista, vigente até julho/06; inclusão de mercadorias substituídas, isentas e com alíquota de 7% e também, possível duplicidade em relação ao AI 279459.0002/07-8.

Verifico que conforme Anexo 4 (fls. 277 a 304) foi indicado o documento fiscal, alíquota aplicada e alíquota correta, a exemplo do produto código 16486 – Fragmento Arroz Parb p/cão Tutão que foi aplicada alíquota de 7% quando o correto é 17%. Tendo sido entregue os demonstrativos, primeiro em meio magnético sendo concedido trinta dias e segundo em meio físico reabrindo o prazo de defesa de trinta dias, da mesma forma que apreciado anteriormente, caberia ao autuado juntar ao processo demonstrativo e documento para fazer prova de suas alegações, fato que não ocorreu, motivo pelo qual também não podem ser acatadas tais alegações. Infração não elidida.

No tocante à infração 5, na defesa apresentada o autuado afirmou não existir divergências entre os valores escriturados e o recolhido no mês de agosto/06. Verifico que a acusação é de que recolheu ICMS a menos naquele mês em decorrência do desencontro entre o valor debitado e o recolhido, tendo o autuante evidenciado no demonstrativo à fl. 305 que o valor do débito declarado no arquivo magnético no mencionado mês foi de R\$1.443.012,23 e indicado no livro RAICMS de R\$1.215.373,22 o que resultou na diferença exigida.

Pela análise dos documentos juntados ao processo, verifico que conforme fl. 46 do livro RAICMS (fl. 309) naquele mês foi indicado débito de R\$1.215.373,22 enquanto o registro 50 do arquivo magnético juntado pelo autuante à (fl. 352) indica valor do débito de R\$1.443.012,23 o que resulta na diferença exigida de R\$ 227.639,01.

Portanto, o valor do débito indicado nos arquivos magnéticos deveria corresponder ao mesmo valor indicado no livro RAICMS e tendo sido constatado divergência de débito entre as informações prestadas e escriturada em documentos fiscais pelo próprio contribuinte, caberia a ele provar qual a origem de tal divergência. A alegação de que recolheu o valor integral apurado no livro RAICMS não faz prova quanto ao valor exigido visto que não foi juntado ao processo qualquer prova em relação à divergência apontada na infração. Por isso, a infração 5 deve ser mantida na sua integralidade. Infração não elidida.

Quanto à infração 6, o autuado alegou inexistir discriminação analítica, na apuração deveria contemplar os benefícios do Regime Especial de Atacadista, possibilidade das operações estarem contidas no AI 279459.0002/07-8 e incluir operações isentas, substituídas e com alíquota menor.

Constato que a acusação é de que ocorreu erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tendo sido identificadas saídas sem registro de base de cálculo nos documentos fiscais e consequentemente sem destaque do ICMS.

À vista dos Anexos 5 e 6 juntados pelo autuante às fls. 402 a 757 e 758 a 921, constato que foram relacionados os números dos documentos fiscais, código e descrição do produto e valor que não foi oferecido à tributação, tendo sido indicado à alíquota correspondente e o valor exigido.

Portanto, ao contrário do que foi alegado, há descrição analítica dos produtos por documento fiscal emitido o que possibilita ao autuado identificar qual a alíquota correspondente de cada produto. Também não foram identificados produtos com alíquota de 7%, isento ou substituído que não pudesse ser objeto da exigência fiscal, como alegado.

Verifico que, ao contrário do que foi afirmado, os demonstrativos elaborados pela fiscalização de forma analítica comprovam a acusação de que promoveu recolhimento a menos do imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo. Tomando como exemplo o demonstrativo à fl. 732 foi relacionado à nota fiscal 680429 emitida em 13/12/06 com valor total de R\$2.679,48. Foi indicado que a base de cálculo oferecida a tributação foi zero, e a fiscalização identificou uma base de cálculo tributada de R\$112,72 relativa ao produto goiabada Poly Stella DÓro 24 x 300gr. Já a cópia da nota fiscal acostada à fl. 1013 consigna diversas mercadorias, algumas com redução de base de cálculo de cem por cento (sal, feijão), tendo sido indicada base de cálculo zero e sem destaque de ICMS. Entretanto, a referida nota fiscal consigna venda de goiabada que é produto tributado, como indicado no demonstrativo elaborado pela fiscalização, que não foi oferecido à tributação. A análise vale para os demais documentos relacionados e cópias das notas fiscais juntadas ao processo.

Da mesma forma que apreciado anteriormente, não se faz necessário juntar todas as notas fiscais ao processo, haja vista que as mesmas foram relacionadas e indicado o produto que deixou de ser oferecido à tributação. Sendo o autuado detentor das notas fiscais por ele emitidas, pode identificar possíveis inconsistências no levantamento fiscal e exercer o seu direito de defesa.

Quanto às alegações, de que não foram contemplados os benefícios de Regime Especial e que as operações poderiam estar contidas em outro AI, deixo de acatar, haja vista que nenhuma prova neste sentido foi trazida ao processo. Infração subsistente.

No que se refere à infração 7, na defesa inicial o recorrente alegou que não sabia se seriam apenas operações via ECF, carecia de demonstração analítica, possível duplicidade nos meses de janeiro a abril/06 e repercussão do Termo de Atacadista e que se manifestaria após a entrega das planilhas. Após a entrega em meio físico e reabertura do prazo de defesa, na sua manifestação não adentrou ao mérito da exigência fiscal.

Verifico que a descrição da infração indica recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, referente a saídas acobertadas de cupom fiscal emitidos por ECF conforme Anexo 3, cuja cópia foi entregue ao impugnante (fl. 2253).

Por sua vez o Anexo 3 (fls. 1094/1239) indica mês, produto, base de cálculo, alíquota aplicada conforme dados contidos no arquivo magnético no registro 60 e alíquota correta, sendo indicado na coluna ICMS devido o valor correspondente a diferença entre o débito correto e o oferecido à tributação. Portanto, não procede a alegação defensiva de que não sabe se decorre de cupom fiscal, visto que o próprio demonstrativo indica que se trata de dados contidos no registro 60 do arquivo magnético fornecido à fiscalização. Sendo o arquivo magnético produzido pelo próprio estabelecimento autuado, caberia a ele confrontar o demonstrativo elaborado pela fiscalização com os seus arquivos magnéticos e demonstrar possíveis inconsistências no trabalho da fiscalização. Como nada foi apresentado junto com a defesa, implica em simples negativa de cometimento da infração, o que não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto às alegações, de que não foram contemplados os benefícios de Regime Especial e que as operações poderiam estar contidas em outro AI, deixo de acatar, haja vista que nenhuma prova neste sentido foi trazida ao processo. Infração subsistente.

Relativamente à infração 8, na defesa inicial o autuado alegou, também, inacessibilidade aos dados ofertados em meio magnético, afirmando que procedeu tributação correta e que não pode fazer a verificação dos demonstrativos que deram suporte a autuação. Requereu saneamento e reabertura de prazo de defesa. Após o fornecimento dos demonstrativos em meio físico e reabertura do prazo de defesa o autuado na sua manifestação não adentrou ao mérito da infração.

Verifico que a descrição da infração indica que deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente a saídas acobertadas de cupom fiscal emitidos por ECF conforme Anexos 4 e 5, cuja cópia foi entregue ao impugnante (fl. 2253).

Por sua vez o Anexo 4 e 5 (fls. 1464/2128) indica mês, produto, base de cálculo zero contidos no arquivo magnético no registro 60 e alíquota correta, sendo indicado na coluna ICMS devido o valor correspondente a base de cálculo da operação aplicada à alíquota prevista na legislação do imposto. Portanto, conforme apreciado na infração anterior, não procede a alegação defensiva de que não sabe se decorre de cupom fiscal, visto que o próprio demonstrativo indica que se trata de dados contidos no registro 60 do arquivo magnético fornecido à fiscalização. Da mesma forma, não procede o questionamento quanto a alíquota que deveria ser aplicada, haja vista que o demonstrativo indica alíquotas previstas na legislação do ICMS, a exemplo do produto vela, cuja demonstrativo à fl. 2121 indica alíquota de 17% e no verso da fl. o produto vinagre, com alíquota de 7%.

Sendo o arquivo magnético produzido pelo próprio estabelecimento autuado, caberia a ele confrontar o demonstrativo elaborado pela fiscalização com os seus arquivos magnéticos e demonstrar possíveis inconsistências no trabalho da fiscalização. Como nada foi apresentado junto com a defesa, implica em simples negativa de cometimento da infração, o que não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto às alegações, de que não foram contemplados os benefícios de Regime Especial e que as operações poderiam estar contidas em outro AI, deixo de acatar, haja vista que nenhuma prova neste sentido foi trazida ao processo. Infração subsistente

No tocante à infração 9, o autuado afirmou que a acusação é de “estorno indevido de débito”, sem a devida demonstração analítica, aventando a possibilidade de ter efetuado venda em atacado efetivadas por ECF com tributação de 17%, e que aproveitara o crédito regular que tinha apropriado no percentual previsto para vendas em atacado. Questionou a entrega dos demonstrativos em meio magnético, benefício do Termo de Atacadista. Pediu, também que fosse apresentado demonstrativo analítico ou sanada a omissão pelo fornecimento de “anexos” em meio físico. Após a entrega dos demonstrativos em meio físico (fl. 2228) em nova manifestação o autuado não adentrou ao mérito da questão.

Observo que no corpo do AI consta acusação de que fez “estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto”, escriturado no quadro próprio do livro RAICMS/BA, sob o título de “REAPROVEITAMENTO ICMS VENDA A CONSUMIDOR”. Foi acostado às fls. 2130/2131 demonstrativo elaborado pela fiscalização.

Pelo exposto, restou caracterizado que o autuado efetuou lançamento de estorno de débito no livro RAICMS, porém fez conjecturas quanto à origem do estorno escriturado, mas não juntou ao processo qualquer documento que viesse comprovar a regularidade dos estornos procedidos. Como se trata de valores escriturados no livro do próprio contribuinte, caberia a ele juntar ao processo, demonstrativos que dessem suporte ao lançamento do estorno de débito, para provar a regularidade do estorno procedido. Como nenhuma prova foi juntada com a defesa para comprovar a regularidade do estorno procedido, inclusive do termo de Atacadista, considero correto o procedimento fiscal e procedente esta infração.

Quanto à infração 10, o autuado afirmou que os bens de ativo vendidos possuíam mais de um ano, “sendo permitida pelo RICMS/BA a integral utilização dos créditos oriundos de aquisições para o ativo imobilizado” e que a infração se houver, foi meramente escritural, sem repercussão financeira contra o Erário.

Verifico que a acusação é de que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, descrevendo que fez “lançamento em

sua escrituração do valor integral do crédito fiscal do ICMS nas aquisições de bens para o ativo imobilizado”, quando somente poderia creditar-se de 1/48 do valor.

Verifico que o demonstrativo à fl. 2133 indica o valor utilizado integralmente na compra do ativo imobilizado, tendo sido deduzido do valor utilizado a parcela prevista na legislação do imposto.

Conforme disposto no art. 93, § 17, I do RICMS/BA, constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado apropriado à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento.

Já o art. 97, XII, “a” prevê que o creditamento do imposto deve ser feito relativo à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, deve ser feita proporcional as operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período.

Por sua vez a alínea “b” do mesmo dispositivo e diploma legal, estabelece que é vedado o crédito relativo à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição.

Pelo exposto, o montante do ICMS pago relativo à aquisição de bens do ativo imobilizado deve ser mantido em livro próprio (CIAP) e apropriado em quarenta e oito parcelas proporcionais às saídas tributadas e não tributadas. Tendo o autuado se creditado do valor integral, descumpriu a legislação do ICMS e o valor apropriado além do permitido configura utilização indevida de crédito, causando prejuízo ao Erário, visto que reduz o montante do imposto mensal a ser recolhido. Infração procedente.

No que se refere à infração 11, o autuado afirmou que:

- a) Desconhecer a origem relativa aos valores dos meses de setembro e novembro/07;
- b) O mês de julho/07, justifica-se pela quitação do Auto de Infração 2985750125052.

Verifico que no AI foi indicado que a utilização indevida de crédito fiscal decorre da não apresentação de documentos comprobatórios referente a lançamento na escrituração de valores indicados a título de “OUTROS CRÉDITOS e CRED. AUTO INFRAÇÃO” conforme planilhas 7 e 8.

Observo que as planilhas 7 e 8 foram juntadas às fls. 2135/2136 cujas cópias foram entregues ao estabelecimento autuado (fl. 2233) e reaberto o prazo de defesa.

Com relação aos valores exigidos relativos aos meses de setembro e novembro/07, verifico que a cópia do livro RAICMS à fl. 2173 indica no item 21 lançamento de “Outros créditos” no valor de R\$68.772,86 e na fl. 2175, no mesmo item, R\$229.470,61. Portanto, não é cabível a alegação de que desconhece a origem dos valores exigidos, visto que foi indicado no AI, demonstrado em planilhas próprias e decorre de lançamento efetuado no livro RAICMS do próprio estabelecimento autuado. Logo, caberia a ele demonstrar e apresentar provas da regularidade do lançamento, fato que não ocorreu.

Com relação ao valor de R\$183.710,62 lançado no livro RAICMS do mês de julho/07 (fl. 2171) o autuado alegou na sua defesa que o crédito decorrente “se referem a situações que ensejam direito a crédito como a ‘omissão de saídas presumidas através de entradas não registradas’”.

Tal alegação não pode ser acatada, primeiro em razão de que não foi juntado ao processo o referido AI (298575.0125/05-2) juntamente com demonstrativo para que pudessem ser identificados os valores que foram exigidos e se ensejariam crédito. Segundo, pela descrição apresentada de que se trata de omissão de saída presumida decorrente de entradas não registradas, estas não ensejariam crédito. Conforme disposto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96 considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento que a escrituração indicar existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da

presunção. Logo, tendo sido apurado omissão de saída de mercadorias a título de presunção legal, o imposto exigido reporta-se a receita de vendas anteriores não registradas que foram utilizadas no pagamento das entradas de mercadorias também não registradas e nesta situação, em tese, não houve pagamento de ICMS sobre as compras sem documentação fiscal.

Seria admissível o creditamento, decorrente de imposto exigido mediante AI na situação em que tratasse de notas fiscais não escrituradas nos livros próprios, neste caso, o lançamento das notas fiscais poderia ser feito intempestivamente, obedecendo aos institutos da prescrição e decadência e as regras previstas na legislação do ICMS. Porém estes fatos aduzidos não foram trazidos ao processo, motivo pelo qual não acato tal alegação.

Por fim, em caráter geral, o autuado diante de diversas infrações suscitou que valores exigidos deveriam ser compatibilizados com os benefícios concedidos em regime especial até o momento que esteve vigente. Observo que o Dec. 7.799/00 estabelece uma série de condições para conceder redução da base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda a um mínimo estabelecido, bem como a assinatura de um Termo de Acordo. Também a legislação estabelece que benefícios fiscais só se aplicam às operações regularmente escrituradas. Na situação presente, entendo que caberia ao impugnante juntar ao processo cópia do Termo de Atacadista para se conhecer os benefícios concedidos pelo regime, sua vigência, e demonstrativos próprios contrapostos aos elaborados pela fiscalização para que pudesse ser apreciado, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, motivo pelo qual não acato tal alegação.

Conforme anteriormente apreciado, o impugnante ponderou a possibilidade de exigência de valores em diversas infrações nesta autuação em concomitância com o AI 279459.0002/07-8. Da mesma forma, caberia ao impugnante juntar cópia do referido AI e demonstrativos para ser confrontados com os constantes deste processo para poder ser apreciado tal alegação. Como nada foi apresentado junto com a defesa deixo de acatar tal alegação.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207098.0001/08-2**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.057.650,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “b” e “f” e VII, “a” e “b”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR