

PROCESSO - A. I. Nº 207103.0003/09-1
RECORRENTE - BRITÂNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (BRITÂNIA DO NORDESTE S/A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0390-04/10
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-12/11

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS. É responsável pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo efetuar a retenção do tributo relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte, o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas desses serviços, nos termos do art. 382, RICMS/97. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infrações 2 e 4 caracterizadas. b) Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração 03 parcialmente elidida após revisão fiscal. c) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo autuado a origem dos recursos. Infração 5 caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2009, exige ICMS no valor histórico de R\$ 742.990,32, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades à norma tributária deste Estado.

1. Falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestadual e intermunicipal na condição CIF, tomados junto a transportadoras inscritas e não inscritas no Cadastro Estadual. Valor exigido de R\$138.868,04. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.
2. Falta de recolhimento, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da ausência de registros de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Valor exigido de R\$1.313,45. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
3. Falta de recolhimento, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, sendo exigido o tributo sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entrada, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente também não contabilizadas, no mesmo exercício. Valor exigido de R\$151.539,01. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
4. Falta de recolhimento, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da ausência de registros de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, a quantia de maior expressão monetária – a das saídas tributáveis. Valor exigido de R\$200.268,79. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
5. Falta de recolhimento, relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente também não contabilizadas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Valor exigido de R\$659,70. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
6. Recolhimento a menos do imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido de R\$250.341,33. Multa de 70%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96. Foi consignado de que o contribuinte, beneficiário do art. 7º do Decreto nº 4.316/95, aplicou alíquota a menor, principalmente quando do encerramento das atividades, ao vender e transferir insumos adquiridos no mercado interno, que seriam usados nas atividades fabris. Foi aplicada a alíquota de 3,5%, quando o correto seria usar a de 12%. Infringiu os comandos dos artigos 2º-A, 4º e 7º do citado Decreto c/c 50, II do RICMS/BA. Valor exigido de R\$ 250.341,33. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Após análise das razões de defesa, da informação fiscal e do saneamento levado a efeito, a 4ª JJF decidiu pela procedência parcial da autuação, após rejeitar as arguições de nulidades levantadas

pelo defendente, o pedido de utilização de crédito e indicar de que as multas estavam devidamente capituladas nos dispositivos da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 1, indicando as determinações do art. 380, II e 382, I, do RICMS/BA, foi ressaltado que a retenção e o recolhimento são obrigações que necessariamente devem ser observadas pelos tomadores dos serviços, independentemente da utilização de crédito, pois o suposto fato do sujeito passivo não ter usado crédito fiscal não afasta os ditames dos dispositivos regulamentares citados. Em assim sendo, a infração foi mantida.

Sendo observado que o defendente impugnou conjuntamente as infrações 2, 3, 4 e 5, houve, primeiramente, a ressalva de que sob o prisma estritamente jurídico não assistia razão ao autuado ao aduzir que omissões de entradas não acarretam circulação de mercadorias, uma vez que, embora a simples entrada física não seja fato gerador do imposto, existiam aspectos legais (presunções) que devem ser levados em conta. Nesta esteira discorre sobre as determinações do art. 4º, parágrafo 4º, IV da Lei nº 7.014/96 e, após, sobre como foi realizada a diligência levada a efeito, inclusive a pedido da empresa.

Quanto à infração 2, do exercício de 2006, foi observado que a *“informação fiscal resultante da diligência apontou a improcedência das alegações defensivas, de vez que os valores lançados nos levantamentos que consubstanciaram a defesa não encontram respaldo nos registros fiscais e contábeis, bem como nos arquivos magnéticos”*. Portanto, *“na hipótese de se constatar, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária”*. A infração foi mantida.

“Com referência à infração 03, do exercício de 2007, após as verificações dos trabalhos realizados, com base em documentos acostados pelo autuado e pelos autuantes, e em documentos por si solicitados, o diligente considerou a devida correção nos levantamentos produzidos na ação fiscal, relativamente ao item 067003023 - SV VCD COMPACT PLUS”. O ICMS desta infração foi reduzido de R\$151.539,01 para R\$151.530,56.

A respeito da infração 4, do exercício de 2008, foi ressaltado que o diligente manteve integralmente os levantamentos produzidos e apresentados pelos prepostos fiscais. *“Que de acordo com o art. 201 do RICMS/97, os documentos fiscais especificados no art. 192 devem ser emitidos pelos contribuintes sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do tributo (Convênio SINIEF, de 15/12/1970, Convênio SINIEF 06/1989 e Ajustes SINIEF 01/1985, 01/1986 e 01/1989)”*. Infração mantida.

Idêntica conclusão chegou a JJF em relação à infração 5 que constatou omissão de entradas em 2009, uma vez que não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. E, *“conforme registrado pelo diligente à fl. 156, a data de ocorrência consignada no Auto de Infração (31/12/2008) está equivocada, pois a correta, de acordo com os levantamentos, é 31/07/2009”*. A infração foi mantida com a mudança da data de ocorrência para 31/07/2009.

No que concerne à infração 6, diz a JJF que *“restou comprovado na revisão fiscal, que não foi contestada pelo sujeito passivo, que os citados insumos e matérias-primas foram adquiridos no mercado interno e, portanto, não foram importados, muito menos eram produtos acabados, nem se destinaram ao uso na fabricação. Em suma, o contribuinte não os utilizou para fins fabris, mas os vendeu e/ou transferiu adotando alíquota de 3,5%, ao invés de 12%.*

O autuado aproveitou o tratamento tributário previsto no Decreto 4.316/95, tendo paralisado suas atividades industriais na Bahia em 2009. Ao cessar suas atividades, passou a transferir e/ou vender seu estoque de insumos e matérias-primas para estabelecimentos do grupo no Sul e Sudeste, já que não mais os utilizaria na produção e, portanto, não mais poderia adotar o tratamento tributário previsto no citado Decreto.

Nestas operações interestaduais não é permitida a apropriação dos créditos de 7% destacados nas notas fiscais. O Decreto 4.316/95, no seu art. 4º, diz que “Fica vedada a utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de insumos no mercado interno destinados ao emprego na industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto neste Decreto”.

Neste sentido, considerando que o contribuinte não aplicou os insumos nos produtos e tão somente os vendeu/transferiu, os autuantes procederam com correção ao levar a efeito a ação fiscal, concedendo créditos fiscais de ICMS à alíquota de 7%, aplicada sobre a base de cálculo das operações relativas às aquisições interestaduais, e ao considerar, também, os débitos fiscais relativos às saídas à alíquota de 12%, aplicada sobre a base de cálculo das operações relativas às vendas/transferências interestaduais.

Os autuantes acostaram ao processo, às fls. 158 a 199, as planilhas com a apuração do ICMS, recompondo o RAICMS de janeiro de 2006 a junho de 2009, que estão acostadas às fls. 292 a 456.

Na diligência foram constatados os seguintes erros, cometidos pelos autuantes.

1 - Janeiro de 2006, período em que os prepostos fiscais não concederam o crédito tributário das mercadorias recebidas em transferências, no valor de R\$ 1.812,70, e

2 - março de 2007, cuja base de cálculo das vendas interestaduais dos insumos e matérias-primas é de R\$ 42.074,38 e o ICMS é de R\$ 5.048,93, e não respectivamente R\$ 42.118,38 e R\$ 5.054,21.

Restou confirmada a necessidade de corrigir os valores reclamados, deduzindo R\$ 1.812,70, referente ao mês de janeiro de 2006, que deverá ficar com o montante de R\$ 1.792,54, e R\$ 2,20, relativo ao mês de março de 2007, que deverá registrar o débito de R\$ 629,58. Com esta retificação, o débito tributário relacionado à infração em tela foi modificado de R\$ 250.341,33 para R\$ 248.526,43.

Infração 06 parcialmente elidida, de R\$ 250.341,33 para R\$ 248.526,43”.

O Auto de Infração foi julgado procedente em parte no valor de R\$741.166,47.

Inconformado com a Decisão de 1º Grau, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 698/726).

Preliminarmente, suscita a nulidade da infração 05 tendo em vista que a JJF modificou a data de ocorrência do imposto exigido para 31/07/2009 ao invés de 31/12/2008, conforme constava no Auto de Infração, em desobediência ao que dispõe o art. 142, do CTN, que transcreveu.

Afirma que a JJF modificou um dos critérios materiais da obrigação tributária, qual seja, o momento de ocorrência do seu fato gerador. Nesta esteira traz Decisão do STJ (REsp 1045472/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009). Entende que, ao alterar a data de ocorrência do fato gerador, sem revisar o lançamento e oportunizar o contraditório e a ampla defesa, a JJF incorreu em uma das causas de nulidade do ato administrativo de lançamento, conforme artigo 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/1999, que transcreveu

No mérito quanto à infração 1, após descrevê-la e indicar os artigos regulamentares indicados pelo fiscal autuante, diz ser a mesma improcedente diante da inexistência de danos ao Erário.

Transcrevendo o art. 380 e art. 382 e nesta esteira sublinhando as determinações contidas no art. 382, I, “c”, ressalta de que ICMS-ST deve ser lançado no livro de Registro de Apuração de ICMS, para ser pago, mensalmente, com os demais débitos de ICMS apurados pelo contribuinte. Porém, nos termos do item 5, quando cabível, o contribuinte poderá se apropriar de crédito de ICMS em relação ao serviço de transporte contratado, conforme determinações dos artigos 28 e 29, da Lei nº 7.014/96 (transcritos).

Em assim sendo, os serviços de transporte ora autuados não estão inseridos em quaisquer das impossibilidades de apropriação de crédito, não havendo óbice à sua apropriação.

Com tal raciocínio, afirma que, embora não tenha havido o recolhimento de ICMS-ST sobre a tomada de serviços de transporte, não se apropriou dos créditos correspondentes à tomada destes serviços de transporte. Desta forma, considerando que o valor do débito e do crédito do ICMS seriam os mesmos, e, *“verificados no mesmo momento e devidos ao mesmo Estado, não há qualquer prejuízo ao erário estadual, pois, efetivamente, da operação não resultaria qualquer imposto a recolher”*.

Por tais argumentos entende que a Decisão recorrida deve ser reformada e a autuação ser julgada improcedente, por não ter havido qualquer prejuízo ao erário baiano, *“em vista das regras aplicáveis ao caso em tela, de lançamento de débito e crédito em conta gráfica, não seria apurado imposto a recolher”*.

Contesta conjuntamente as infrações 2, 3, 4 e 5. Após transcrevê-las, descreve a metodologia aplicada pelo autuante na auditoria levada a efeito (levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias) e pontua de que foi exigido o ICMS por omissões de saídas e omissões de entradas de mercadorias. Após tais considerações, destaca de que as infrações são improcedentes e adentra na nulidade das mesmas, fazendo a ressalva de contestaria alguma de *per si*, quando necessário.

Apresenta como primeira nulidade das infrações contestadas a impossibilidade de haver mera presunção. Indaga: *“(i) como a autoridade fiscal pode provar que houve entradas e/ou saídas sem o acompanhamento da devida documentação fiscal? Somente por presunção decorrente da movimentação do Livro Registro de Entradas e Saídas? (ii) porque foi desconsiderado o Livro de Inventário?”*

Sustenta que diante dessa situação, o autuante deveria ter indagado à empresa sobre as diferenças verificadas no seu estoque de mercadorias. Afora que uma presunção não derivada de lei é ato de repúdio em matéria tributária.

Transcrevendo as determinações do art. 142, do CTN, diz que *“em momento algum foi determinado e provado - de forma inequívoca – o alegado no lançamento de ofício. Os dados fornecidos pelo contribuinte, relativos ao seu estoque, foram burocraticamente imputados em uma planilha, pela qual se “concluiu” ter havido omissões de entrada e omissões de saídas”*. Neste seu raciocínio impugna a auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias afirmando de que ela não se reveste de todos os requisitos legais e metodológicos, para, então, se tornar um elemento de prova consistente da ação fiscal.

Afirma que a auditoria levada a efeito apenas lançou o imposto com base em amostras colhidas, onerando o contribuinte de produzir a prova para a sua descaracterização, situação totalmente incompatível com o comando do art. 142 do CTN, *“que obriga o sujeito ativo a fazer um levantamento completo, a partir de fatos indiscutíveis, inquestionáveis, bem definidos, e **não de meras presunções ou palpites** que produzem autos de infração sem a determinação da matéria tributável, aguardando que o sujeito passivo a determine na impugnação”*.

Desta forma não restavam *“quaisquer dúvidas, portanto, acerca da improcedência das infrações 02, 03, 04 e 05, razão pela qual deve ser reformada a r. Decisão recorrida, tendo em vista a total ausência de provas acerca das supostas “omissão de entrada” e “omissão de saída”, ensejadoras de autuações fulcradas em simples presunção e meras movimentações de estoque através dos Livros de Entradas e Saídas, sem qualquer verificação física e sem análise do Livro de Inventário”*.

Como segundo argumento de nulidade, afirma ter havido cerceamento de defesa, pois a autuação *“não apresenta requisitos básicos e indispensáveis para a sua validade jurídica, quais sejam, a adequada composição da base de cálculo do tributo e os demonstrativos e levantamentos que comprovam os fatos arguidos na autuação”*, conforme comando do art. 129, § 1º, IV e art. 130, II, do Código Tributário do Estado da Bahia (transcritos). Diz que para calcular a base de cálculo do

tributo o autuante se utilizou da composição da movimentação de seus estoques, bem como do comparativo entre as chamadas “saídas reais” e as saídas conforme notas fiscais, sem fazer qualquer referência a que sejam “saídas reais”.

Assim, como não pode saber o que sejam “saídas reais”, houve cerceamento do seu direito de defesa, e, por consequência, as infrações são nulas ao teor do art. 18, II, do RPAF/BA. Sobre tal tema, assim se posiciona: *“Não pode a autoridade fiscal autuar aleatoriamente o contribuinte, frise-se, baseando-se em informações que não se sabe a origem, e que não guarda correlação lógica com os fatos objeto da autuação. Também não pode o fiscal autuante, com o evidente propósito de tentar aniquilar as possibilidades de defesa do recorrente, apresentar demonstrativo que utiliza informações que o contribuinte não consegue identificar da onde foram extraídas, ou seja, desacompanhado de qualquer explicação que pudesse levar à oro recorrente a compreender, por completo, os procedimentos adotados e, até mesmo, os números por ele utilizados”*.

Como terceiro ponto, afirma haver impossibilidade das omissões de entradas acarretarem a circulação de mercadorias – inocorrência do fato gerador do ICMS definido pela CF/88 e pela LC nº 87/96. Delimitou tal argumento em relação às infrações 3 e 5.

Afirma que as entradas de mercadorias não é fato gerador suscetível de incidência do ICMS e, sim, quando há a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Neste sentido, transcrevendo as determinações do art. 155, II da CF/88 e art. 1º e art. 12, da LC nº 87/96, diz que a LC nº 87/96 em qualquer momento dar autorização ou a permissão para que o ICMS seja calculado pela mera entrada de mercadorias no estabelecimento, como pretende o fiscal autuante. Neste raciocínio entende que o fisco deveria ter averiguado, e autuado, as saídas supostamente não tributadas.

Com tais colocações, no seu entendimento, pelo menos, as infrações 3 e 5 devam ser julgadas improcedentes.

Apresenta como quarto argumento que a apuração dos estoques realizada pela fiscalização era inconsistente, pois inexistia qualquer omissão do registro de quaisquer mercadorias. Diz que a verdade material deve prevalecer. Destaca que, por amostragem dos itens mais relevantes (Doc 3), realizou comparativo das planilhas realizadas pelo fisco com seus registros, apurando que o levantamento realizado não reflete a realidade das efetivas movimentações do estabelecimento.

Em assim sendo e como tais inconsistências são encontradas em todos os itens levantados, afirma que caso a documentação apresentada (Doc 3) não seja suficiente, requer diligência. Nesta esteira, entende caber a fiscalização efetuar um levantamento detalhado, nota a nota, produto por produto, cotejando-os com os seus registros contábeis, para verificar se efetivamente o indício detectado representava um fato concreto.

Afirmando que o fiscal autuado foi negligente na elaboração de suas tarefas de fiscalização, solicita a improcedência das infrações ora hostilizadas.

Como quinto argumento, entende ter havido ilegalidade no procedimento adotado para a autuação. Nesta linha, passa a analisar a Portaria nº 445/98, que, disse, somente tem o condão de orientar os fiscais quando da averiguação do disposto no § 4º, do art. 4º da Lei Estadual nº 7.014/96 e não de fixar critério de presunção não prevista em lei. Transcrevendo as determinações contidas nos art. 4º a 8º da citada norma, textualmente afirma: *“Contudo, os critérios definidos por tal norma para que haja identificação e exigência do ICMS com base nas presunções de entrada e saída extrapolam claramente o disposto na lei que fundamenta tal procedimento, qual seja, o citado § 4º, do art. 4º da lei nº 7.014/96”*.

Analisando o § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 diz que a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas somente autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis com a efetiva comprovação de que, efetivamente, *“Recursos financeiros foram destinados à*

aquisição das mercadorias não contabilizadas, pois tal § 4º determina que haverá presunção caso a escrituração indique “saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”, o que não ocorreu nem foi identificado pela autoridade fiscal”. E, por tal razão é que a Portaria nº 445/98 determina em seu art. 6º a necessidade da verificação se a suposta omissão reflete circulação de mercadorias suportada por recursos decorrentes de omissões de entradas.

Após todas essas colocações, pede que caso elas sejam superadas deve ser garantido, ao menos, o direito ao crédito de ICMS sobre tais operações, como determina o art. 94 do RICMS/BA.

Atacou, em seguida, a multa de 70% aplicada nas infrações ora em combate, entendendo que ela somente se aplica a situações diversas, pois o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 ao destacar que deve haver “*suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal*”, está se referindo, especificamente, às situações em que há ocultamento de Recursos. Assim, como não houve ocultamento de Recursos, mas apenas inconsistência entre o processamento dos documentos fiscais e o estoque, a multa a ser aplicada, caso mantida a autuação, é aquela inserida no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Hostilizando a infração 06, após transcrevê-la, a entende “improcedente parcialmente”. Destaca que a fiscalização “*ao citar as devoluções de mercadorias importadas anteriormente vendidas pelo recorrente, deixou subentendido que o recorrente teria creditado o ICMS de tais devoluções à alíquota de 12%*”. Entretanto, tal fato não ocorreu, uma vez que registrou no seu livro de Entradas as notas fiscais com o ICMS nelas destacado. Na escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS procedeu ao estorno de 100% dos créditos oriundos das entradas, conforme determina o Decreto nº 4.316/95, apropriando-se, no que tange às devoluções tão-somente de 3,5% do ICMS, haja vista se tratarem de devoluções de produtos anteriormente tributados a esta alíquota, conforme atesta seu RAICMS. Destaca, em seguida, que o fiscal, na recomposição da apuração mensal do ICMS, aplicou a alíquota de 12% sobre todas as saídas com CFOP 6.102, “*tendo atingido, portanto, saídas efetivas de mercadorias importadas (eletro-eletrônicos), as quais estariam, portanto, tributadas corretamente pelo recorrente, conforme exemplifica-se pelas cópias de notas fiscais anexadas como Doc. 04 da Impugnação Administrativa*”.

Assim, a infração deveria ser julgada totalmente improcedente com a consequente reforma da Decisão de 1º Grau.

Pede, ao final a nulidade ou improcedência da autuação, e informa que os débitos relativos às infrações 1 e 6 estão sendo quitados com saldo credor de ICMS de terceiro, mediante requerimento específico à Fazenda do Estado da Bahia.

A PGE/PROFIS (fls. 746/747), em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Balleiro Costa, assim se posiciona.

Da análise dos autos, verifico que a alteração da data de ocorrência da infração 05 pela primeira instância não importa em nulidade, já que houve apenas uma adequação do momento da exigibilidade do crédito tributário, o que foi benéfico, inclusive, ao contribuinte. A data de apuração da infração não importou em alteração dos fatos imputados, nem inovou na acusação, daí não haver razão para reabertura do prazo de defesa.

No mérito, em relação à infração 01, não cabe o argumento de que não houve prejuízo ao Estado, já que, apesar de efetivamente o ICMS por ST não ter sido recolhido, não houve aproveitamento do crédito fiscal respectivo. Caberia ao autuado o recolhimento do ICMS-ST na condição de tomador de serviço de transporte, inscrito como normal, e tais valores são indiscutivelmente devidos ao Estado. O aproveitamento ou não do crédito tributário pode ser objeto de consulta a SEFAZ ou lançamento extemporâneo, se for o caso.

As infrações 02, 03, 04, e 05 estão devidamente caracterizadas, pois baseadas em levantamento quantitativo de estoque. As diferenças de estoques foram utilizadas como base de cálculo para apuração do ICMS devido por presunção legal, expressamente prevista no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96.

As conclusões de que houve falta de recolhimento do ICMS estão, pois, previstas em lei, e as circunstâncias fáticas devidamente comprovadas.

A multa aplicada às infrações é a prevista em lei, para a hipótese em tela.

A infração 06 foi objeto de retificação, já que foram detectados erros, conforme planilhas de fls. 292/456.

A alegação de que houve estorno dos créditos lançados não foi identificada na revisão elaborada, já que foram analisado os livros fiscais, especialmente com a recomposição do RAICMS.

Pelo exposto, opino pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

Na assentada de julgamento, o patrono da empresa requereu a suspensão do julgamento deste processo até que fosse julgado pela 1ª Instância deste Colegiado o Auto de Infração nº 207103.0002/09-5. O argumento apresentado para tal pleito é de que, embora o referido Auto de Infração tenha sido lavrado em relação a outra empresa do mesmo grupo empresarial, elas se localizam neste Estado e ambos os autos tratam de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias.

Colocado em discussão e apreciação o pleito recursal, decidi esta 2ª CJF não atendê-lo tendo em vista que: 1º - as infrações tratam de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias; 2º - os estabelecimentos, mesmo tendo a mesma titularidade e mesmo localizados neste Estado, são autônomos entre si.

VOTO

Em preliminar, o recorrente suscita a nulidade da infração 5 pelo fato de a JJF ter “modificado” a data de ocorrência do imposto (um dos critérios materiais da obrigação tributária) para 31/07/2009 ao invés de 31/12/2008, conforme Auto de Infração. Afirma que com tal atitude a JJF desobedeceu às determinações do art. 18, II, IV, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999) e art. 142, do CTN.

Razão não assiste ao nobre recorrente. Em primeiro, se acaso seu argumento fosse pertinente, a situação não seria de nulidade da ação fiscal relativa à infração 5 e, sim, de anulação da Decisão recorrida quanto à referida infração, já que Decisão posterior à autuação.

Em segundo, a infração resta claramente expressa, os demonstrativos de débito foram confeccionados e entregues a empresa, que longamente se defendeu da acusação, inclusive apresentando documentos referentes ao exercício fiscalizado e concernente à infração imputada (levantamento quantitativo dos estoques do exercício de 2009) – Doc 03 às fls. 540/549 dos autos. Nesta esteira não houve qualquer cerceamento do pleno exercício de defesa.

Em terceiro, a JJF apenas, como bem pontuou a PGE/PROFIS, adequou o momento da exigibilidade do crédito tributário indicado no corpo do Auto de Infração (31/12/2008), já que, se assim não se posicionasse estaria o recorrente recolhendo acréscimos moratórios indevidos quando do recolhimento do imposto, ou seja, corrigiu o momento da ocorrência do fato gerador do imposto para o dia 31/07/2009, como desenvolvida a ação fiscal e claramente entendida pela empresa, que, inclusive, não observou, quando de sua defesa inicial, que estaria arcando com ônus indevido, caso julgada a infração procedente, como o foi.

Neste caso, não existe qualquer razão para reabertura do prazo de defesa, nem que seja alegada desobediência aos ditames do art. 142, do CTN, nem, tampouco, do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/BA.

O recorrente traz nas suas razões recursais questões de nulidade das infrações 2, 3, 4 e 5. Nestes questionamentos, em certos momentos, transforma suas alegações em questões de improcedência das infrações, para, ao final, requerer a nulidade do Auto de Infração. Assim, para que seja dada uma melhor condução ao processo, adentro, em primeiro, nas considerações arguidas em relação a estas infrações e na forma apresentada pelo recorrente.

Como primeira nulidade, diz que a autuação teve por base mera presunção, não derivada de lei.

Afora que:

- nos levantamentos seu livro Registro de Inventário não foi considerado;
- a auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias levada a efeito não se revestiu de todos os requisitos legais e metodológicos, para, então, se tornar um elemento de prova consistente da ação fiscal;
- a auditoria apenas lançou o imposto com base em amostras, o onerando de produzir a prova para a sua descaracterização, situação totalmente incompatível com o comando do art. 142 do CTN;
- que o autuante deveria ter indagado à empresa sobre as diferenças verificadas no seu estoque de mercadorias.

Ao final deste raciocínio, requer a improcedência por total ausência de provas das ditas supostas “omissão de entrada” e “omissão de saída”.

Preliminarmente, é necessário que seja esclarecido ponto crucial para o andamento da lide. Em um levantamento quantitativo de estoques de mercadorias havendo a constatação de omissões de saídas de mercadorias sem a emissão dos respectivos documentos fiscais, não estamos no campo das presunções legais. É fato provado através da documentação fiscal daquele exercício de uma empresa. No presente caso, ao longo dos exercícios fiscalizados foram constatadas omissões de saídas de mercadorias sem as respectivas emissões dos documentos fiscais. A presunção legal somente acontece quando o fisco apura omissões de entradas de mercadorias sem as respectivas emissões de documentos fiscais. E estas omissões têm como base legal as determinações do art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Na lide e nas infrações 2 e 5, o fiscal autuante apurou diferenças de saídas de mercadorias sem a emissão dos respectivos documentos fiscais e nas infrações 2 e 3, diferenças de entradas de mercadorias sem as respectivas emissões de documentos fiscais.

Isto posto, não assiste razão ao defendente de que o livro Registro de Inventário não foi considerado pela fiscalização. Inclusive cópia dos mesmos (para todos os exercícios fiscalizados) se encontra acostado aos autos – fls. 132/156. Se acaso, houve erro de quantidades, ele deveria ter sido apresentado. Ressalto neste momento de que quando de sua defesa inicial, a empresa contestou quantidades equivocadas existentes. A JF, em resposta, encaminhou os autos em diligência, que culminou com a diminuição do débito relativo à infração 3.

Ao contrário do que afirma o recorrente, a auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias levada a efeito se revestiu de todos os requisitos legais e metodológicos. Encontra-se ela baseada no roteiro de auditoria fiscal - AUDIF 207, implantada pela legislação estadual através da Portaria nº 1.096 de 26/11/1990 que tem respaldo no Dec. nº 2.664, de 18 de agosto de 1989. Afora ter suporte nas determinações do art. 60, do RICMS/BA e na Portaria nº 455/98. Assim, ela se constitui elemento de prova da ação fiscal.

O fisco não lançou imposto “por amostragem”. Conforme determinações legais e, ao realizar o levantamento, o fiscal escolheu as mercadorias produzidas (produtos acabados) de maior relevância. Provas contrárias, conforme determinações do art. 333, II, do CPC (Código de Processo Civil) devem ser apresentadas pelo contribuinte, como, e inclusive, o fez quando de sua defesa inicial. Não tem pertinência a alegação de situação “incompatível” com as determinações do art. 142, do CTN. Foi verificada a ocorrência do fato gerador do imposto, foi determinada a matéria tributável, calculado o montante devido, identificado o sujeito passivo tributário e aplicada a penalidade cabível.

Por fim e para fechar esta primeira argumentação do recorrente, o entendimento dele de que o preposto fiscal deveria, antes da autuação, ter lhe indagado a respeito das diferenças encontradas é entendimento de cunho pessoal.

Diante do exposto e sob tal prisma as infrações 2, 3, 4 e 5 não podem ser consideradas nem nulas, nem tampouco, improcedentes.

Como segundo argumento de nulidade afirma ter havido cerceamento de defesa, pois a autuação não indicou a adequada composição da base de cálculo do tributo e os demonstrativos e levantamentos que comprovam os fatos arguidos na autuação. Nesta esteira de raciocínio afirma que não houve, de forma explícita, a indicação do que foram as “saídas reais”, base da autuação, o que implicou em seu cerceamento de defesa. Assim, o fisco não pode, de maneira aleatória, autuar o contribuinte baseado em informações que não se sabe a origem e apresentar demonstrativos *“que utiliza informações que o contribuinte não consegue identificar da onde foram extraídas, ou seja, desacompanhado de qualquer explicação”*.

Quanto à falta de demonstrativos e levantamentos, é o próprio recorrente que contrapõe a sua afirmativa. Ou seja, todos eles foram entregues e a própria empresa atestou assinando o seu recebimento, conforme anexos I a VI do Auto de Infração.

Quanto à metodologia empregada para apuração da base de cálculo e, conseqüentemente, do imposto exigido, os levantamentos fiscais foram analisados pela empresa que, inclusive, entendeu como metodologia simplista. No seu Recurso ela, de maneira clara, descreve esta metodologia.

A respeito das informações, resta claro que todo o trabalho fiscal encontra-se baseado nos livros e documentos fiscais da empresa, livros estes por ele próprio escriturados e entregues à fiscalização quando intimado a fazê-lo.

E, por fim, em relação ao argumento de que “desconhecia” o que sejam “saídas reais”, entendo argumento procrastinatório, pois, como bem dito pelo próprio recorrente e nas suas próprias palavras, a auditoria consistiu:

“A r. autoridade fiscal valeu-se da seguinte metodologia para determinar que houve insuficiência do estoque do recorrente em relação às saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais:

- *Estoque Inicial (+) Entradas (-) Estoque Final = “Saídas Reais”;*
- *“Saídas Reais” (-) saídas decorrentes das notas fiscais emitidas = omissão de entradas, quando o resultado era menor que zero (negativo).*

Com base na metodologia acima, apurada por produto, quando as saídas decorrentes de notas fiscais emitidas foram maiores do que as denominadas “saídas reais”, automaticamente considerou-se que era o caso de omissões de entradas do produto.

Tal composição está demonstrada no “relatório de cálculo das omissões”, anexo à autuação, exemplificado abaixo com o relatório do ano de 2006:”

E, em seguida, apresenta o levantamento fiscal na forma realizada - fls. 708/709 dos autos.

Em assim sendo, em qualquer momento não houve cerceamento do pleno exercício do direito de defesa do recorrente.

Como terceiro ponto afirma que a entrada de mercadorias não é fato gerador suscetível de incidência do ICMS e, sim, quando há a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Na sua argumentação afirma que as determinações que a LC nº 87/96 em qualquer momento dar autorização ou a permissão para que o ICMS seja calculado pela mera entrada de mercadorias no estabelecimento. Delimitou tal argumento em relação às infrações 3 e 5, solicitando a improcedência das mesmas.

Inicialmente, observo de que o fato gerador do ICMS, entre outros, tem por definição não somente a circulação de mercadoria, mas, sim, **as operações relativas** à circulação de mercadorias, não se confundindo, assim, com transporte de mercadorias, nem com seu mero deslocamento físico. Nele se encontra inserido o negócio jurídico bilateral, consensual, da compra e venda ou qualquer outro negócio jurídico em que haja circulação econômica e jurídica.

Em assim sendo, o legislador pode determinar qual o momento em que ocorre a incidência do fato gerador do imposto. E, somente para citar um exemplo, temos o regime da substituição/antecipação tributária, quando a ocorrência do fato gerador do tributo se dar quando das aquisições das mercadorias. Assim, como bem pontuou a JJF, existiam aspectos legais que devem ser levados em conta.

No mais, a Lei Complementar nº 87/96, emanada da Constituição Federal, entrega a competência para instituir o ICMS aos Estados e Distrito Federal. Norteia tal competência com regras gerais que todos os Estados devem, por obrigação, seguir. Não desce a todos os detalhes que somente uma lei ordinária deve dispor. Em assim sendo, a Lei Estadual nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia dispunha, quando da ocorrência dos fatos geradores da presente ação fiscal, no seu art. 4º, § 4ª que *o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de **entrada de mercadorias não contabilizadas** ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, **ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção*** (grifo). Ou seja, a lei estadual presume operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrentes da falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias (desconhecidas) na escrita do contribuinte. A presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso Voluntário para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso e que não esteja contabilizada deve ser incluída no levantamento fiscal, já que houve desembolso e a presunção diz respeito à ocultação de receitas. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei. No caso, caberia ao recorrente apresentar notas fiscais de entradas não incluídas no levantamento fiscal, mesmo que não estivessem registradas nos seus livros fiscais e, sim, na sua contabilidade, para desconstituir a presunção.

Em assim sendo, o argumento do recorrente não pode ser acolhido.

No quarto argumento de nulidade apresentado e que no final transformou-se em pedido de improcedência, ressaltando de que a verdade material deve prevalecer, afirma o recorrente que os levantamentos elaborados pela fiscalização eram inconsistentes, estando em desacordo com o que realizou e apresentou (Doc 03). Neste sentido, solicita diligência.

Equivoca-se o nobre defendente. A verdade material foi apurada. A JJF, atendendo ao pedido formulado pela empresa quando da sua defesa inicial, encaminhou os autos em diligência. Revisão de levantamento quantitativo dos estoques de todos os exercícios fiscalizados (2006 a 2009) foi realizada, resultando em diminuição do débito relativamente à infração 3.

Se acaso, outros itens não incluídos no demonstrativo do defendente e denominado de Doc 3 apresentaram inconsistências, elas deveriam ser apontadas. Argumentos genéricos (todos os itens levantados apresentam erros sem indicar qualquer um) não podem ser levados em consideração como motivador para realização de qualquer outra diligência fiscal.

Por consequência, as alegações do recorrente não podem prevalecer. Neste sentido indefiro o novo pedido de diligência formulado por não terem nos autos fatos novos que possam ensejar novo deferimento de diligência, conforme dispõe o art. 147, I, “a”, do RPAF/BA.

Como quinto argumento, afirma haver ilegalidade no procedimento adotado para a autuação, uma vez que a Portaria nº 445/98 somente tem o condão de orientar os fiscais quando da averiguação do disposto no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e não de fixar critério de presunção não prevista em lei. Que o § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 embora disponha que a entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias

tributáveis, deve ser comprovado, efetivamente, de que “*recursos financeiros foram destinados à aquisição das mercadorias não contabilizadas, o que somente ocorre caso a escrituração indique “saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”*”.

Mais uma vez equivoca-se o recorrente. Concorro de que Portaria nº 445/98 somente tem o condão de orientar os fiscais quando da elaboração de um levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias e não somente para efeitos das determinações do art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Assim, não fixa critérios de presunção não prevista em lei.

No mais e em primeiro, as infrações 2 e 4 (saídas desacompanhadas de documentação fiscal) não se encontram inseridas nas presunções legais e constantes do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Em segundo, a autuação não teve por base legal as orientações contidas na Portaria nº 455/98 e, sim, conforme indicado pelo fiscal autuante quando indicou no corpo do Auto de Infração os dispositivos regulamentares infringidos pela empresa. Em terceiro, é equivocado o entendimento do recorrente de que as omissões de entradas somente se comprovam através de saldo credor de caixa, suprimento de caixa ou passivo fictício. Ela, também, é uma forma de ocultação de receitas auferidas, que a lei presume como omissão de saídas de mercadorias tributadas não apresentadas ao fisco e como já comentado anteriormente.

Após toda esta exposição e adentrando no mérito das infrações 2, 3, 4 e 5 que tratam de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias em exercício fechado (2006 a 2009), o recorrente não trouxe aos autos qualquer fato novo que tivesse o condão de modificar a Decisão recorrida.

No que tange ao seu pedido de utilizar os créditos de ICMS sobre tais operações, tal pleito não pode ser atendido já que as omissões correspondem a saídas de mercadorias sem emissão dos respectivos documentos fiscais.

No que se refere à modificação da multa aplicada, é outro pleito que não se pode atender. Em primeiro, a multa, aplicada se refere à infração por descumprimento de uma obrigação principal e não acessória. Em segundo, a multa pleiteada (art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96) trata de infração concernente a arquivos magnéticos, não tendo qualquer relação com a ora em lide. E, por fim, equivocado é o entendimento do recorrente quanto às determinações do art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Elas não dizem respeito tão-somente às presunções legais detectadas e, sim, a toda auditoria realizada por levantamento fiscal, conforme abaixo transcrevo:

Art. 936, do RICMS/BA:

Art. 936. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final, os serviços tomados ou, conforme o caso, prestados pelo estabelecimento, as despesas e encargos do contribuinte, o lucro auferido, e outros elementos, dados ou informações concernentes às atividades do contribuinte ou responsável

***Parágrafo único.** O levantamento fiscal poderá ser renovado, sempre que forem apurados dados não considerados quando de sua realização*

Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 é época da lavratura do Auto de Infração:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;

Diante de tudo exposto, as infrações 2, 3, 4 e 5 são mantidas conforme Decisão de 1º Grau.

A infração 1 trata da falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por

substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestadual e intermunicipal na condição CIF, tomados junto a transportadoras inscritas e não inscritas no Cadastro Estadual. O recorrente diz não ter trazido qualquer dano ao Erário, pois não se apropriou dos créditos fiscais a que tinha direito.

Como bem posicionado pela JJF, a retenção e o recolhimento do imposto no referido caso são obrigações que devem ser observadas pelos tomadores dos serviços, independentemente da utilização de crédito, conforme ditames do art. 380, II e art. 382, I, do RICMS/BA. Precisamente, cabe ao recorrente o recolhimento do ICMS-ST na condição de tomador de serviço de transporte, inscrito como normal. Afora que o aproveitamento do crédito encontra-se condicionado às disposições condidas no art. 382, inciso I, alínea “c”, item 6 da norma regulamentar. Assim, como dito pela PGE/PROFIS, o aproveitamento ou não do crédito tributário pode ser objeto de consulta à SEFAZ ou lançamento extemporâneo, se for o caso.

Por fim, o próprio recorrente reconhece o cometimento da infração ao requerer o seu pagamento com saldo credor de ICMS de terceiro, mediante requerimento específico à Fazenda do Estado da Bahia.

Diante do exposto, não se pode afirmar de que não houve qualquer prejuízo ao Erário. A infração é mantida conforme Decisão da JJF.

Na infração 6 a empresa é acusada de ter recolhido a menos o imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi consignado no corpo do Auto de Infração que o contribuinte era beneficiário do art. 7º do Decreto nº 4.316/95 e aplicou alíquota a menor (3,5% quando o correto é a de 12%), principalmente quando do encerramento das atividades, ao vender e transferir insumos adquiridos no mercado interno, que seriam usados nas atividades fabris.

Toda a irresignação da empresa se dar pelo fato do fiscal autuante ter aplicado a alíquota de 12% sobre todas as saídas com CFOP 6.102 em vez de 3,5% e, conforme havia lançado na sua escrituração fiscal. Em assim sendo, afirma que a autuação deveria ser julgada “parcialmente improcedente”.

Observo que, ao analisar as planilhas elaboradas pelo autuante em relação a esta infração ele distinguiu os códigos fiscais das operações CFOP's 1.202, 2.202, 5.102 e 6.152 e CFOP 6.102. Assim, aquelas com CFOP's 1.202, 2.202, 5.102 e 6.152 (fls. 220/225 e 271/283) não foram mais questionadas pela empresa em seu Recurso. A questão ora em lide envolve, portanto, somente as operações com CFOP 6.102 (fls. 226/270) que trata de vendas interestaduais de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento.

Restou comprovado que os insumos e matérias-primas autuadas não foram importadas e não foram utilizadas nos produtos acabados e fabricados pelo recorrente em obediência ao que dispõe o Decreto nº 4.613/93, que beneficia uma indústria de seu ramo de atividade neste Estado instalada com a utilização da alíquota de 3,5% em vez de 12%, quando de suas saídas (vendas) dos produtos fabricados. A empresa revendeu tais insumos e matérias-primas não os utilizando no seu processo fabril e, na sua própria defesa, reconhece que agiu nestas operações de vendas como elas divessem albergadas pelo referido benefício.

Nesta circunstância, não podendo usufruir do benefício do Decreto nº 4.316/95, deveria ter adotado a alíquota de 12% e não a de 3,5% para apuração do ICMS e utilizado o crédito fiscal consignado nos documentos fiscais de aquisições.

Neste sentido, o fiscal autuante elaborou planilhas com a apuração do ICMS, recompondo o livro de Apuração do ICMS – LRAICMS, de janeiro de 2006 a junho de 2009. Nessa recomposição, os créditos fiscais foram concedidos. Quando da diligência requerida pela JJF, fiscal estranho ao feito detectou erros que foram, de imediato, sanados, passando o débito exigido de R\$250.341,33

para R\$248.526,43.

No mais, o próprio recorrente reconhece o cometimento da infração ao requerer o seu pagamento com saldo credor de ICMS de terceiro, mediante requerimento específico à Fazenda do Estado da Bahia. Infração mantida.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0003/09-1**, lavrado contra **BRITÂNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$741.166,97**, acrescido das multas de 60% sobre R\$387.394,47 e 70% sobre R\$353.772,50, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS