

A. I. Nº - 207093.0007/08-7
AUTUADO - TECNAUT COMÉRCIO DE SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ/ATACADO
INTERNET - 12.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-02/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar, como segurança, a infração imputada. Diligência realizada por fiscal estranho ao feito constatou divergências e omissões de dados nos arquivos magnéticos utilizados pela fiscalização para apurar as diferenças. Infração nula. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Contribuinte comprovou o recolhimento antes da ação fiscal. Infração elidida. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Não acolhida a alegação de nulidade. Infração comprovada. 4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Rejeita a preliminar de nulidade. Imputação não elidida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, no mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração subsistente. Reenquadramento da penalidade proposta pelo autuante, para o art. 42, inc. II, letra “F”, da Lei nº 7.014/96, para os fatos geradores ocorridos até 28/11/2007, antes da edição da Lei nº 10.846/07. Contribuinte comprovou que parte do imposto havia sido recolhido antes da ação fiscal. Refeitos os cálculos mediante diligência realizada por fiscal estranho ao feito. Afastada arguição de nulidade. Infração parcialmente subsistente. 6. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Diligência fiscal revisou os levantamentos, considerando os valores recolhidos pelo sujeito passivo antes da ação fiscal. Rejeitada a arguição de nulidade. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2008, exige ICMS no valor histórico de R\$2.147.532,49, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$245.742,25, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2005).
- 2- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$486.629,10, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007).
- 3- Deixou de recolher o ICMS, o valor de R\$5.807,76, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo ao mês de setembro de 2005, conforme livro de Registro de Apuração do ICMS.
- 4- Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$15.847,16, em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo de Auditoria de Conta Corrente, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.
- 5- Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$3.079,46, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo de Auditoria do Conta Corrente, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte
- 6- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$1.353.296,14, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial Devido nas Aquisições de Mercadorias de Outras UF, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.
- 7- Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, no valor R\$37.130,62, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, conforme Demonstrativo das Importações, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

Em sua defesa o autuado, folhas 284 a 311, mediante advogado habilitado nos autos, informa que no curso da fiscalização, em uma das visitas de preposto da empresa à repartição fazendária, foi explicado ao autuante, no que se refere ao levantamento fiscal quantitativo de estoques que estava sendo realizado (infrações 01 e 02), que as omissões até então apuradas pelo representante do fisco não retratavam a realidade, eis que facilmente justificadas pelo fato de um mesmo produto ter sido tratado pelo autuante, repetidamente, como se espécies distintas de mercadorias fossem, entendendo que nelas não existem elementos suficientes para se determinar, com segurança, as acusações.

Frisa que o autuante não considerou a **redução de base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS/97.**

Também alegou falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, as supostas infrações 03, 04 e 05, frisando que, apesar de terem sido tratados isoladamente pelo autuante, trazem implicitamente em seu bojo, uma das regras elementares da sistemática do ICMS que é a

compensação do imposto, por meio do confronto entre os créditos e débitos mensais, prevista na Lei Complementar nº 87/96, no COTEB, na Lei Estadual Baiana nº 7.014/96, no RICMS-BA/97 e, inclusive, na própria Constituição Federal do Brasil/88, conforme exposto no seu art. 155, § 2º.

Aduz que, dentro de um mesmo mês, só é cabível o recolhimento do imposto, quando, do confronto entre os créditos fiscais e débitos fiscais mensais, estes últimos se mostrarem superiores. Também não se pode esquecer, que o saldo credor mensal do ICMS deve ser levado para o mês subsequente, quando então será somado aos créditos deste mês. No presente caso, tanto no item 03 do Auto de Infração, como também nos itens 04 e 05, o autuante não levou em conta a sistemática básica do ICMS, deixando tanto de confrontar o total dos créditos mensais com o total dos débitos mensais, como também de transportar para os meses subsequentes, eventuais saldos credores dos respectivos meses imediatamente anteriores, os quais passaram a indicar:

1- No demonstrativo fiscal relacionado à suposta infração 03, intitulado pelo autuante de “AUDITORIA DA CONTA CORRENTE”, ele informa que o autuado não teria recolhido qualquer valor de ICMS. Todavia, mais uma vez, equivoca-se o preposto fiscal, visto que, relativamente ao mês de set/05, por exemplo, foi recolhido o valor de R\$32.641,20 (VIDE ANEXO 05 defesa). Neste mês, portanto, por falha administrativa da empresa, o tributo foi recolhido inclusive em montante superior ao devido.

2- No demonstrativo fiscal relacionado ao item 04 do Auto de Infração, intitulado pelo autuante de “AUDITORIA DA CONTA CORRENTE”, ele informa que o autuado teria saldo a recolher do imposto, relativamente aos meses de out/05, abr/06, jul/06, ago/06 e nov/06. Ocorre, todavia, que, refeita a Conta Corrente do ICMS do contribuinte, da forma correta (VIDE ANEXO 05), a mesma apresenta saldo credor em todos estes meses.

3- Relativamente aos meses objeto do item 05 do Auto de Infração, ou seja, mai/05 e jan/06, ainda que o contribuinte tivesse se equivocado na transposição de valores do livro Registro de Saídas para o livro RAICMS, o fato é que a sua Conta Corrente, conforme planilha constante do ANEXO 05 da presente Impugnação, que já está a salvo de qualquer falha, apresenta saldo credor em todos os citados meses.

Resume que nos demonstrativos fiscais relacionados aos itens 03, 04 e 05 do Auto de Infração, diversos créditos fiscais, inclusive, alguns valores recolhidos indevidamente a maior pelo autuado, não foram considerados pelo autuante na elaboração da Conta-Corrente do ICMS. Além disso, em diversos meses em que existiam saldos credores, estes foram simplesmente desprezados pelo preposto fiscal.

Acrescenta em relação a infração 05, que o autuante teria deixado de aplicar sobre o valor transportado a menos do livro Registro de Saídas para o livro RAICMS, a redução de base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS/97.

Arguiu nulidade da infração 06, também alegando falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, por entender que para se exigir o ICMS a título de antecipação parcial, é necessário se atentar não só ao dispositivo regulamentar que prevê este instituto jurídico (*caput* do art. 352-A, do RICMS/97), mas, também, a outros que igualmente tratam da matéria (§2º do art. 352-A; art. 87, V; e art. 105, VIII, ambos do RICMS/97). Da análise dos referidos dispositivos legais e do teor do demonstrativo fiscal, fica fácil se perceber que o autuante, simplesmente, absteve-se de aplicar a redução da base de cálculo em 58,825%, acabando por apurar valores absurdos de imposto supostamente devidos pelo sujeito passivo.

Também entende haver nulidade em relação a infração 07, por falta de descrição clara e precisa da acusação, dificultando o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, que são garantias constitucionais, não estando a acusação clara o suficiente, fica caracterizado um típico caso de nulidade do Auto de Infração, como aliás previsto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Frisa que, inobstante a afirmação feita no Auto de Infração, fica patente que o autuante não chegou a esclarecer qual de fato teria sido o motivo para o suposto erro na determinação da base de cálculo, se a “*falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço*”, ou se a “*utilização incorreta da taxa cambial*”.

Argumenta que, ao que tudo indica, o digno representante do fisco entendeu que a redação posta no Auto de Infração (infração 07) seria suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador. Todavia, não é este o caso, transcrevendo doutrina sobre o tema.

No mérito, quanto as infrações 01 e 02, assevera não existir omissão de mercadorias, seja de entradas, seja de saídas, pois o equívoco cometido pelo autuante concretizou-se no momento da definição das quantidades das entradas e das saídas das mercadorias objeto da autuação, eis que o autuante, repetidamente, considerou como distintas, uma mesma mercadoria. É razoável se dizer que o autuante teria se equivocado pelo fato de uma mesma mercadoria entrar no estabelecimento do autuado com um nome (dado pelo fornecedor), e sair com um nome um pouco diferente (dado pelo autuado), visto que, às vezes, se mostra necessário dar mais clareza à denominação da mercadoria. Todavia, uma simples análise pelo CÓDIGO DO PRODUTO indicado nas notas fiscais (tanto de entradas como de saídas), permite se concluir exatamente de que mercadoria se trata. E isto não foi observado pelo autuante.

Destaca que, face à grande quantidade de produtos objeto dos levantamentos quantitativos de estoques e, conseqüentemente, face ao grande volume de documentos relacionados a estes produtos, não se mostraria razoável se juntar a este PAF cópia de toda esta documentação comprobatória do equívoco fiscal. Ressalta que está apresentando no ANEXO 03 e no ANEXO 04 da impugnação, planilhas completas indicando as notas fiscais, produto por produto, que acobertaram a correta movimentação do produto (entradas e saídas). Tais planilhas nada mais são do que o próprio levantamento fiscal, acrescido de algumas colunas (grifadas na cor verde) elaboradas pelo próprio contribuinte, para melhor esclarecer a movimentação das mercadorias ao longo do período objeto da fiscalização.

Requer a realização de diligência e caso o diligente fiscal venha a apurar qualquer tipo de omissão, a respectiva base de cálculo apurada precisará ser objeto da redução prevista no art. 87, V, do RICMS/97.

No tocante as infrações 03, 04 e 05 requer o refazimento da conta corrente fiscal do autuado, com base no princípio da não-cumulatividade do ICMS, reiterando que, apesar de terem sido tratados isoladamente pelo autuante, trazem implicitamente em seu bojo, uma das regras elementares da sistemática do ICMS, qual seja, a compensação do imposto, por meio do confronto entre os créditos e débitos mensais. O autuante, não se atentando para o Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade do ICMS, não considerou saldos credores do imposto existentes em diversos meses do período objeto da autuação, acabando por não confrontá-los com os débitos fiscais antes de indicar o verdadeiro tributo devido em cada mês, elaborando planilha para comprovar a existência de saldo credor nos meses autuados.

Relativamente a infração 06, reitera que o autuante não atentou para a existência do art. 87, V, do RICMS/97, o qual prevê redução da base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente sob as operações de saídas corresponda a 7% (sete por cento). Levando a efeito a regra deste dispositivo legal, e calculando-se a antecipação parcial nos termos previstos no art. 352-A do RICMS/97, logo abaixo transcrito, os números resultantes são infinitamente inferiores aos apresentados no Auto de Infração, conforme se vê na planilha inserida no ANEXO 07, acostado a impugnação.

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 2º Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução;

(...)

Aduz que, longe do valor de R\$1.353.296,14, apresentado pelo autuante, o valor do imposto a título de antecipação parcial, corretamente calculado, passaria a ser de R\$122.877,01, conforme indicado nas planilhas constantes do ANEXO 07, elaboradas pelo contribuinte.

Salienta, que as citadas planilhas se constituem nos próprios demonstrativos elaborados pelo autuante, apenas, com a inserção pelo contribuinte, das colunas grifadas com a cor laranja. Resumindo os valores de ICMS apurados nas planilhas constantes do ANEXO 07, mês a mês.

Observa que na ocorrência de saldo credor, o mesmo foi transportado para o mês subsequente.

Argumenta que, considerando que o imposto é devido apenas quando da ocorrência de saldo devedor, por força do Princípio da Não-Cumulatividade, o débito total (valor principal) da infração 06 passaria a ser de **R\$122.877,01**, conforme o seguinte demonstrativo de débito:

Destaca que, após pago, o ICMS recolhido a título da antecipação parcial pode ser utilizado pelo contribuinte a título de crédito fiscal, nos termos do art. 93, I-A, do RICMS/97. Todavia, apesar de o contribuinte não ter recolhido alguns valores relativos à antecipação parcial, no total de R\$122.877,01, os mesmos não podem ser objeto de exigência fiscal, por força do art. 42, §1º, da Lei Estadual Baiana nº 7.014/96.

Relativamente a infração 07, diz que dentre as falhas existentes no demonstrativo fiscal, a mais gritante diz respeito à não consideração de diversos recolhimentos efetuados pelo autuado, conforme planilha constante do **ANEXO 08**, e dos respectivos DAEs citados na coluna “ICMS Recolhido”, tendo a certeza da improcedência da autuação, conforme passou a detalhar.

Na 1ª linha do demonstrativo fiscal, o autuante afirmou que o sujeito passivo nada recolheu de ICMS, relativamente à DI (Declaração de Importação) nº 500555944. Entretanto, à vista dos DAEs constantes do ANEXO 08, pode-se notar que, quanto a esta DI, o autuado recolheu o ICMS no valor de R\$5.493,10, montante, inclusive, superior ao calculado pelo autuante, que foi de R\$5.119,46.

Na 2ª linha do demonstrativo fiscal, o representante do Fisco afirmou que o contribuinte teria recolhido apenas o valor de R\$5.493,10, relativamente à DI nº 501680106. Todavia, conforme DAE constante do ANEXO 08, pode-se perceber que este recolhimento se deu no valor de R\$8.299,79, montante, inclusive, superior ao calculado pelo autuante, que foi de R\$7.726,68.

Ressalta que o sujeito passivo acabou recolhendo imposto em montante superior ao devido, relativamente às operações de importação, no total de R\$1.856,95, conforme demonstrado claramente na planilha constante do ANEXO 08.

Argumenta que basta lembrar que o demonstrativo fiscal, bem como a própria planilha acostada pelo contribuinte ao ANEXO 08, sequer levou a efeito a redução da base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS/97 (redução da base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente sob as operações de saídas corresponda a 7%). Ou seja, se tivesse sido inserida nos cálculos tal redução, o imposto apurado seria bem menor que o calculado pelo autuante no seu demonstrativo fiscal.

Salienta, ainda, a falta de prejuízo para o Estado, pois mesmo que tivesse havido falta de recolhimento do ICMS em virtude das operações de importação pelo autuado, visto que qualquer parcela de imposto recolhida a este título seria utilizada como crédito fiscal no mesmo mês, o que equivaleria a uma verdadeira operação de estorno.

Requer a realização de diligência.

Ao final, requer a nulidade ou, não sendo este o caso, que seja decretada a sua procedência parcial, sendo mantida, “apenas”, a multa de 60% sobre o valor da antecipação parcial não recolhida pelo autuado a realização de diligência/perícia fiscal.

Na informação fiscal, fls. 653 e 655, o autuante não acatou os argumentos defensivos. Quanto as preliminares de nulidade, alega que trabalhou com os arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte, opinando pela manutenção integral da autuação.

No mérito, em relação as infrações 01 e 02, diz que se limitou ao código das mercadorias, que foi atribuído pelo contribuinte, não tendo, em momento algum utilizado da nomenclatura das mercadorias para realizar o levantamento quantitativo, conforme demonstrativos às folhas 21 a 33, reiterando que foram embasados nos arquivos do SINTEGRA.

Quanto as infrações 03, 04 e 05, frisa que os demonstrativo demonstram, com clareza, a irregularidade cometida e que a documentação acostada pela defesa reforçam as acusações. Diz não entender o pedido de redução da base de cálculo feito pela defesa. Entende ser, ainda, pior a alegação de utilização de crédito fiscal para quitação do ICMS Antecipação Parcial, sem qualquer previsão legal.

No tocante a infração 07, argumenta que, como o contribuinte não apresentou planilha de apuração do ICMS, ficou impossibilitado de fazer a devida e correta análise de todo o processo de importação.

Ante a controvérsia acima, à 5ª JF resolveu pela conversão do PAF em diligência à ASTEC, para confrontar as planilhas elaboradas pelo auditor às folhas 21 a 67 com a acostada pelo contribuinte às folhas 326 a 574 e os respectivos documentos fiscais, considerando as alegações defensivas às folhas 251 a 290, elaborando novos demonstrativos de débito para cada uma das 07 (sete) infrações, se necessário. Devendo, ainda, responder aos questionamentos defensivos às folhas 309 e 310.

À folha 660, consta despacho da Presidenta do CONSEF, atendendo solicitação da ASTEC, para que a Inspetoria de Origem designe auditor estranho ao feito para realizar os trabalhos de diligência.

Às folhas 662-A a 662-G, auditor estranho ao feito, em atendimento ao pedido de diligência, em relação as infrações 01 e 02, frisa que o autuante apurou nos exercícios de 2005 e 2006, omissões através de levantamento quantitativo de mercadorias por espécie. Para realizar a revisão requerida pelo autuado em sua defesa, solicitou os arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte que constam do banco de dados da SEFAZ. Após o recebimento, realizou o monitoramento dos referidos arquivos, onde verificou uma série de divergências e omissões de dados que lhe impediria de apurar se efetivamente existem as diferenças apontadas nos levantamentos.

Intimou o autuado em 20/07/2010, fls. 663 a 666, para apresentação dos livros, documentos e Inventário (Registro 74) inicial e final dos anos de 2005 e 2006 em meio magnético, além de fornecer CD contendo arquivos magnéticos das inconsistências referentes aos exercícios de 2005/2006, para serem corrigidos e transmitidos para a Secretaria da Fazenda nos termos do Convênio 57/95.

Salienta que as divergências e omissões dos arquivos são as seguintes: 'Notas fiscais com itens sem descrição-Registro 75 ausente' (92 páginas em 2005 e 95 páginas em 2006, relacionando a numeração das notas fiscais); Demonstrativo analítico das diferenças apuradas em notas fiscais, quando comparamos os Registros 50 X Registros 54; Demonstrativo sintético das diferenças apuradas em notas fiscais, Registros 50 X Registros 54; Notas fiscais sem itens no Registro 54; Notas fiscais com itens com valor de produto igual a zero; Notas fiscais com valor total zero; Notas fiscais de saída ausente no Registro 50; Relatórios nº 301 e 302, com diferenças representativas quando comparados os Registros 50, 60A, 61 e 60, com a informação da DMA. O mais grave é a existência de produtos com o mesmo código, com descrições diferentes e unidades também divergentes. Além disso, foi constatada a existência de produto com o mesmo código e a comercialização ocorre utilizando diferentes unidades de medida: "M, PC, CEN". Esses fatos, com certeza, vão ocasionar distorções no levantamento realizado pelo autuante. (fls. 667 a 708.)

Decorridos mais de trinta dias a empresa autuada não efetuou a correção dos arquivos, como também não conseguiu transmitir o livro Registro de Inventário, sob alegação que nos anos de 2005 e 2006, teve três prestadores de serviço na área de informática, inclusive localizados em outros estados da federação, motivo pelo qual não está conseguindo atender a intimação.

Devido a quantidade de documentos para serem manuseados, complexidade dos produtos, que são montados pela autuada, que recebem nova denominação no momento da venda, com descrições técnicas e complexas, fica difícil a elaboração de novo demonstrativo para confrontação com as omissões encontradas pelo autuante sem o auxílio das informações de compras, vendas, e inventários em meio magnético.

Pelo exposto, ficou impossibilitado de realizar a revisão das infrações nº 01 e 02.

Quanto a infração 03, informa que o autuado comprova o recolhimento no Banco do Brasil em 10/10/2005, através de DAE no valor de R\$32.641,20, cópia anexa fls. 709, valor superior ao cobrado por esta infração pelo autuante. A empresa errou ao apurar o imposto a recolher quando deixou de considerar o saldo credor no valor de R\$26.807,76 do mês anterior, conforme cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, (fls.710 a 715).

Em relação a infração 04, conferiu os demonstrativos fls. 685 e 686 do processo que descrevem a cobrança de recolhimento a menos nos meses de outubro de 2005; abril de 2006; julho de 2006; agosto de 2006; e novembro de 2006, existindo de fato a diferença apontada na autuação, conforme cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, (Fls.716 a 725).

Relativamente a infração 05, após análise dos livros Registro de Saídas e Livros Registro de Apuração do ICMS, dos exercícios de 2005 e 2006, cujas cópias constam no processo às fls. 69 a 141, verificou a procedência da autuação, em decorrência de divergência entre os valores lançados como base de cálculo das saídas de mercadorias e os registrados para apuração e recolhimento do tributo.

No tocante a infração 06, antecipação parcial, através de resposta a consulta nº 07256520050, Parecer nº4947/2005, e Ofício nº013/2005 do Gerente da GEPRE/GEAUS, cópia anexa fls. 726 a 754 foi feita análise técnica dos materiais de uso exclusivo em informática e automação, em que a empresa autuada pode se beneficiar da redução da base de cálculo prevista no Artigo 87, Inciso V, do RICMS/BA. Seguindo a orientação da DITRI, conferiu o demonstrativo apresentado pelo autuante fls. 38 a 66, confrontando com o apresentado pela defesa fls. 270 a 291, que inclui a redução da base de cálculo nos produtos permitidos no Parecer nº4947/2005.

Após análise, concluiu que o demonstrativo apresentado pela defesa está de acordo com os ditames legais, apontando para existência de recolhimento a menos conforme planilha anexa (fls. 755 a 881), onde destaca em negrito os meses que apresentam saldo devedor do tributo.

Quanto a infração 07, aduz que o demonstrativo do autuante, fls. 67, calcula corretamente o imposto devido, porém quando confrontado com o imposto recolhido pela autuada, em alguns períodos, fica comprovado recolhimento a maior.

A seguir fez um resumo do resultado da diligência:

Infrações 01 e 02 – Impossibilidade técnica de revisão das infrações.

Infração 03 - Inexistente.

Infração 04 - Confirmado os valores cobrados pelo autuante.

Infração 05 - Confirmado os valores cobrados pelo autuante.

Infração 06 - conforme tabela abaixo:

Data ocor.	Data venc.	Base Cál.	Alíquota	Débito	%Multa
31/03/2005	25/04/2005	R\$57.606,47	17%	R\$9.793,10	60%
30/04/2005	25/05/2005	R\$57.004,00	17%	R\$9.690,68	60%

30/05/2005	25/06/2005	R\$102.854,71	17%	R\$17.485,30	60%
30/06/2005	25/07/2005	R\$126.487,59	17%	R\$21.502,89	60%
30/07/2005	25/08/2005	R\$90.501,76	17%	R\$15.385,30	60%
30/08/2005	25/09/2005	R\$177.690,88	17%	R\$30.207,45	60%
30/09/2005	25/10/2005	R\$8.636,82	17%	R\$1.468,26	60%
30/10/2005	25/11/2005	R\$6.790,88	17%	R\$1.154,45	60%
30/11/2005	25/12/2005	R\$5.581,70	17%	R\$948,85	60%
31/01/2005	25/02/2006	R\$2.211,76	17%	R\$376,00	60%
28/02/2006	25/03/2006	R\$2.281,17	17%	R\$387,80	60%
31/03/2006	25/04/2006	R\$7.629,82	17%	R\$1.297,07	60%
30/04/2006	25/05/2006	R\$1.072,70	17%	R\$182,36	60%
30/05/2006	25/06/2006	R\$5.697,00	17%	R\$968,49	60%
30/06/2006	25/07/2006	R\$5.603,29	17%	R\$952,56	60%
30/07/2006	25/08/2006	R\$2.007,76	17%	R\$341,32	60%
30/08/2006	25/09/2006	R\$12.118,64	17%	R\$2.060,17	60%
30/09/2006	25/10/2006	R\$24.378,12	17%	R\$4.144,28	60%
30/11/2006	25/12/2006	R\$5.342,17	17%	R\$908,17	60%
31/12/2006	25/01/2007	R\$77.431,18	17%	R\$13.163,30	60%

Infração 07 – Conforme tabela abaixo:

Data ocor.	Data venc.	Base Cál.	Alíquota	Débito	%Multa
16/09/2005	16/09/2005	828,18	17%	R\$140,79	60%
26/10/2005	26/10/2005	2.077,94	17%	R\$353,25	60%
11/01/2006	11/01/2006	525,29	17%	R\$89,30	60%
13/07/2006	13/07/2006	0,12	17%	R\$0,02	60%
30/10/2006	30/10/2006	527,64	17%	R\$89,70	60%
23/11/2006	23/11/2006	2.782,28	17%	R\$473,08	60%

Às folhas 894 a 908, o impugnante ao se manifestar sobre o resultado da diligência, em relação as infrações 01 e 02, entende que o diligente confirmou a tese da defesa de que os levantamentos fiscais são incapazes de retratar a realidade, reiterando o pedido de nulidade.

Quanto a infração 03, diz que o diligente confirmou a improcedência da mesma.

Em relação a infração 04, diz que conclusão da diligência foi infeliz e contraditório ao afirmar que o autuado teria um crédito de R\$26.807,76, superior, portanto, ao valor mantido na diligência.

Relativamente a infração 05, aduz que o diligente incorreu no mesmo erro da infração anterior, ao opinar que, à vista dos livros fiscais, seria devido o imposto exigido, no valor total de R\$3.079,46. Afinal, se o autuado tinha saldo credor de R\$26.807,76, e depois de abater o débito da infração 04, ainda continuava com um saldo credor de R\$10.960,60, é lógico que este valor supera o imposto exigido na infração 05, no montante de R\$3.079,46, à vista do Princípio da Não Cumulatividade do ICMS, pelo que esta infração 03 também deve ser julgada improcedente.

No tocante a infração 06, aduz que após o diligente confirmar que o autuante errou ao não levar em consideração a redução da base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS/97, ao apurar o imposto exigido, ele concluiu que “o demonstrativo apresentado pela defesa, está de acordo com os ditames legais (.....)”. Em seguida, o diligente apresentou uma planilha, à fl. 04 de seu parecer, onde apontou os valores de imposto que seriam devidos.

Salienta que somou os valores EM NEGRITO indicados na última coluna desta planilha elaborada pelo diligente (“DIFERENÇA À RECOLHER”), e verificou que os mesmos alcançam o montante de R\$132.417,80.

Entende que, por descuido, o diligente não considerou como crédito fiscal, os valores recolhidos a maior pelo sujeito passivo, indicados na própria planilha elaborada diligencialmente, nos meses de fev/2005 (R\$7.164,83), dez/2005 (R\$861,26) e out/2006 (R\$1.496,70), os quais totalizam a quantia de R\$9.522,79. Portanto, a fim de atender à sistemática de créditos e débitos do ICMS, é preciso que estes valores de crédito sejam considerados, o que fará com que a planilha apresentada pelo diligente aponte como imposto supostamente devido a quantia total de R\$122.985,01, valor que está bem próximo do apontado pelo contribuinte na sua Impugnação, que foi de R\$122.877,01.

Não obstante o não recolhimento tempestivo do imposto a título de antecipação parcial, seja no valor de R\$122.985,01, seja no valor de R\$122.877,01, é certo que, nos termos art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, não é devida a sua cobrança, visto que o autuado pagou o tributo nas saídas das mercadorias.

No tocante a infração 07, aduz que o diligente verificou que os valores de imposto apontados pelo autuante como supostamente devidos pela empresa estão incorretos, em virtude deste não ter computado alguns valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte. Neste sentido, o diligente confirmou que “*em alguns períodos, fica comprovado recolhimento a maior*” pela empresa. Em seguida, o diligente apresentou uma planilha, fl. 05 de seu Parecer, onde apontou os valores de imposto que, no seu entendimento, seriam devidos.

Frisa que somou os valores indicados na última coluna desta planilha (“RECOLHIDO A MENOR”), e verificou que os valores supostamente devidos totalizariam R\$1.146,14, no mesmo passo em que os valores recolhidos a maior pelo autuado representariam o montante de R\$4.122,51. Mais uma vez, não levou em conta o Princípio Constitucional da Não Cumulatividade do ICMS, visto que não fez o confronto dos débitos com os saldos credores. Tivesse feito isso, a fim de atender à sistemática de créditos e débitos do ICMS, e chegaria à conclusão matemática de que, após abatido o total de R\$1.146,14 do montante do saldo credor, de R\$4.122,51, a infração seria considerada improcedente, e o contribuinte ainda faria jus a um saldo credor de R\$4.122,51 - R\$1.146,14 = R\$2.976,37.

O diligente tomou ciência da manifestação defensiva e não mais se manifestou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 07 (sete) infrações.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade relativa aos créditos fiscais, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

As questões relativas as arguições de nulidades serão analisadas separadamente, quando da análise de cada infração.

Em relação ao pedido de diligência, observo que a 5ª JF converteu o PAF em diligência à ASTEC, para confrontar as planilhas elaboradas pelo auditor às folhas 21 a 67 com a acostada pelo contribuinte às folhas 326 a 574 e os respectivos documentos fiscais, considerando as alegações defensivas às folhas 251 a 290, elaborando novos demonstrativos de débito para cada uma das 07 (sete) infrações, se necessário. Devendo, ainda, responder aos questionamentos defensivos às folhas 309 e 310. A ASTEC encaminhou o PAF à repartição de origem para que o Inspetor Fazendário designasse auditor fiscal estranho ao feito para atender a diligência solicitada.

A diligência fiscal foi realizada por fiscal estranho ao feito e será analisada quando da análise do mérito das infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2005). Enquanto, na infração 02 a falta de recolhimento é relativa às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007).

Observo que as infrações 01 e 02 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque.

O sujeito passivo requereu nulidade de ambas alegando falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, as imputações, ressaltando que o autuante, na definição das quantidades tanto das entradas como das saídas das mercadorias objeto da autuação (em ambos os exercícios), classificou distintamente mercadorias idênticas, pelo fato de estas apresentarem algumas denominações diferentes nas notas fiscais (de entradas e/ou de saídas), apesar de serem identificadas pelo mesmo código.

Em sua informação fiscal o autuante assevera que utilizou os mesmo códigos informados pelo contribuinte nos arquivos do SINTEGRA.

Como já acima relatado, no início do voto, o PAF foi convertido em diligência, a qual foi atendida por fiscal estranho ao feito, designado pelo Inspetor Fazendário da Inspetoria de Origem.

O diligente afirmou, entre outras coisas, que:

Para realizar a revisão solicitada pelo autuado em sua defesa, solicitamos os arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte que constam do banco de dados da SEFAZ. Após o recebimento, realizamos o monitoramento dos referidos arquivos, onde verificamos uma série de divergências e omissões de dados que nos impediria de apurar se efetivamente existem as diferenças apontadas nos levantamentos.

Devo ressaltar que o autuante afirmou que as omissões foram apuradas mediante utilização dos arquivos do SINTEGRA, os quais o diligente declarou, de forma clara e expressa, que os referidos arquivos continha “*verificamos uma série de divergências e omissões de dados*”, o que não foi observado pelo fiscal autuante, o qual deveria ter intimado o sujeito passivo para realizar as correções necessárias, antes de utilizar esses dados, divergentes e incompletos, para aplicação do roteiro de auditoria de Estoques.

Caso o contribuinte não efetuasse as correções pertinentes, deveria o autuante aplicar a penalidade prevista na legislação. Entretanto, não poderia ter utilizados arquivos com “*divergências e omissões de dados*”, para aplicação do roteiro de auditoria de estoque antes das correções necessárias.

O resultado da diligência é ainda mais categórico, ao afirmar que tais “*divergências e omissões de dados*” impediram o diligente “*de apurar se efetivamente existem as diferenças apontadas nos levantamentos.*”

Portanto, se a diligência não teve condições de apurar, como os arquivos que embasaram as infrações 01 e 02, se efetivamente as diferença de estoques apontadas na autuação existiram, tal fato comprova a insegurança das imputações.

Assim, entendo que as infrações 01 e 02 são nulas, uma vez que restou comprovado pela diligência que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança as imputações, conforme art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, conforme artigo 156, do RPAF/99,

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo deixar de recolher o ICMS, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo ao mês de setembro de 2005, conforme livro de Registro de Apuração do ICMS.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a suposta não consideração de créditos fiscais do imposto reclamado não é causa para nulidade do auto, trata-se de questão de mérito, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Diligência fiscal constatou que o autuado comprovou o recolhimento no Banco do Brasil em 10/10/2005, através de DAE no valor de R\$32.641,20, cópia anexa fls. 709, em valor superior ao cobrado por esta infração pelo autuante. Acrescenta que a empresa errou ao apurar o imposto a recolher quando deixou de considerar o saldo credor no valor de R\$26.807,76 do mês anterior, conforme cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, (fls. 710 a 715).

Acato o resultado da diligência, que além de constatar a o recolhimento efetuado contribuinte, antes da ação fiscal, acostou os elementos comprobatórios da regularidade do procedimento do contribuinte, fls. 709 a 715.

Assim, a infração 03 é improcedente.

Na infração 04 é imputado ao impugnante ter recolhido a menos o ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo de Auditoria de Conta Corrente, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a suposta não consideração de créditos fiscais do imposto reclamado não é causa para nulidade do auto, trata-se de questão de mérito, que será analisada posteriormente. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

No mérito, em sua defesa o sujeito passivo assevera que sua conta corrente fiscal apresentou saldo credor em todos os meses, alegação não acatada na informação fiscal.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a diligência realizada conferiu os demonstrativos fls. 685 e 686 dos autos, que descrevem a cobrança de recolhimento a menos nos meses de outubro de 2005; abril de 2006; julho de 2006; agosto de 2006; e novembro de 2006, tendo constatado a existência das diferenças apontadas na autuação.

Também não pode ser acolhida a alegação defensiva, ao tratar da preliminar, de que não foram considerados supostos créditos fiscais pelo autuante, devo ressaltar que a defesa não apresentou prova de sua alegação, razão pela qual não pode ser acolhida.

Acato o resultado da diligência, uma vez que encontra-se embasado nas cópia do livro Registro de Apuração do ICMS acostado às folhas 716 a 725.

Logo, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao autuado recolher a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo de Auditoria do Conta Corrente, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a suposta não consideração de créditos fiscais do imposto reclamado e redução de base de cálculo não são causas para nulidade do auto, tratam-se de questões de mérito, que serão analisadas

posteriormente. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

De igual forma que na infração anterior, acato o resultado da diligência fiscal, pois analisou os livros Registro de Saídas e Livros Registro de Apuração do ICMS, dos exercícios de 2005 e 2006, cujas cópias constam no processo às fls. 69 a 141, verificou a procedência da autuação, em decorrência de divergência entre os valores lançados como base de cálculo das saídas de mercadorias e os registrados para apuração e recolhimento do tributo.

Não pode ser acolhida a alegação defensiva, ao tratar da preliminar, de que não foram considerados supostos créditos fiscais pelo autuante, pois a defesa não apresentou prova de sua alegação, razão pela qual não pode ser acolhida.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial Devido nas Aquisições de Mercadorias de Outras UF, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a não consideração redução de base de cálculo não é causa para nulidade do auto, trata-se de questão de mérito, que será analisada posteriormente. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Em sua defesa o impugnante alega que o fiscal não considerou o § 2º do art. 352-A; art. 87, V; e art. 105, VIII, ambos do RICMS/97, abstendo-se de aplicar a redução da base de cálculo em 58,825%, acabando por apurar valores absurdos de imposto supostamente devidos pelo sujeito passivo. Reconhece como devido o valor de R\$122.877,01.

Entendo razão assistir ao impugnante, em relação a alegação de redução da base de cálculo, discordado quanto ao valor da infração. A diligência, realizada por fiscal estranho ao feito, esclareceu que mediante resposta a Consulta nº 07256520050, Parecer nº 4947/2005, e Ofício nº 013/2005 do Gerente da GEPRE/GEAUS, fls. 726 a 754, fez análise técnica dos materiais de uso exclusivo em informática e automação, em que a empresa autuada pode se beneficiar da redução da base de cálculo prevista no Artigo 87, Inciso V, do RICMS/Ba. Seguindo a orientação da DITRI, conferiu o demonstrativo apresentado pelo autuante fls. 38 a 66, confrontando com o apresentado pela defesa fls. 270 a 291, que inclui a redução da base de cálculo nos produtos permitidos no Parecer nº 4947/2005.

Após análise, concluiu que o demonstrativo apresentado pela defesa, está de acordo com os ditames legais, apontando para existência de recolhimento a menos conforme planilha anexa (fls. 755 a 881), de R\$132.417,80, muito próximo do valor reconhecido pela defesa.

Quanto aos valores recolhidos a maior, o contribuinte deverá requerer a restituição do indébito, em outro processo específico, uma vez que não existe previsão legal para compensar o débito apurado mediante Auto de Infração.

Quanto à multa aplicada, entendo que não se pode confundir a “antecipação parcial”, que nada mais é que um adiantamento ao Estado, com a “substituição tributária”, na modalidade da “antecipação”, que é um instituto com conceito, forma e objetivos diversos. A multa decorrente da “falta de antecipação”, ou seja, da infração correspondente à “substituição tributária”, para empresa enquadrada no regime normal de tributação é de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação a penalidade aplicada no Auto de Infração em lide, considerando a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 28/11/07, que acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido

dispositivo legal que capitula a multa pela falta de recolhimento do ICMS, nos casos de antecipação tributária.

O Conselho de Fazenda, já firmou entendimento contrário ao conteúdo da mesma, conforme diversos Acórdãos da 1ª e da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, apenas a título de exemplo, cito os acórdãos nºs CJF Nºs. CJF Nº 0222-12/09, CJF Nº 0232-12/09, CJF Nº 0252-12/09, CJF Nº 0255-12/09, CJF Nº 0269-12/09, CJF Nº 0270-12/09, CJF Nº 0274-12/09, CJF Nº 0279-12/09 e CJF Nº 0301-12/09.

Acompanho a tese defendida nas decisões majoritárias acima citadas, as quais foram embasadas em pareceres dos ilustres representantes da PGE/PROFIS. De fato, no sentido estrito, os institutos da antecipação parcial e a antecipação são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada antecipação do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Nos diversos acórdãos acima apontados, tem sido citado o posicionamento da PGE/PROFIS pela impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo artigo, para as infrações relativas a antecipação parcial, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo-se o mesmo ao instituto da substituição tributária. Entretanto, como já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos, a previsão punitiva tributária, consignada no art. 42, inc. II, alínea “f”, esse fato possibilita aplicar multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que o referido dispositivo prevê a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal.

É importante ressaltar que, conforme previsão expressa do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional – CTN nos artigos 142 e 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável.

Nessa direção, no caso em lide, houve equívoco no enquadramento da multa, no art. 42, inc. II, “d”, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”, todavia, esse equívoco, não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada pelo autuante, prevista no art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96, foi equivocada, haja vista que a referida penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei, porém esse fato não implicou em modificação no núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Por tudo acima exposto, retifico o dispositivo da multa indicada para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no mesmo percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores constantes da infração.

Assim, entendo que a infração 06 restou parcialmente comprovada, ficando reduzida de R\$1.353.296,14 para R\$ 132.417,80, conforme abaixo:

DATA OCOR.	DATA VENC.	ICMS DEVIDO
31/3/2005	25/4/2005	9.793,10
30/4/2005	25/5/2005	9.690,68
30/5/2005	25/6/2005	17.485,30
30/6/2005	25/7/2005	21.502,89
30/7/2005	25/8/2005	15.385,30
30/8/2005	25/9/2005	30.207,45
30/9/2005	25/10/2005	1.468,26
30/10/2005	25/11/2005	1.154,45
30/11/2005	25/12/2005	948,85
31/1/2006	25/2/2006	376,00
28/2/2006	25/3/2006	387,80
31/3/2006	25/4/2006	1.297,07
30/4/2006	25/5/2006	182,36
30/5/2006	25/6/2006	968,49
30/06/2006	25/7/2006	952,56
30/7/2006	25/8/2006	341,32
30/8/2006	25/9/2006	2.060,17
30/9/2006	25/10/2006	4.144,28
30/11/2006	25/12/2006	908,17
31/12/2006	25/1/2007	13.163,30
TOTAL		132.417,80

Na infração 07 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, conforme Demonstrativo das Importações, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que na descrição da infração consta que o erro na determinação da base de cálculo encontra-se discriminado em planilha denominada de Demonstrativo das Importações, como sendo parte integrante do Auto de Infração, constando, ainda, que foi entregue cópia Contribuinte. Devo ressaltar que o autuado exerceu, na plenitude, seu direito ao contraditório e a ampla defesa, conforme ficou comprovado na peça impugnatória, na realização da diligência e em sua manifestação sobre o resultado da diligência. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Em sua defesa o impugnante aduz que o fiscal não considerou diversos recolhimentos e diz que estaria apresentando planilha demonstrativa, cópia de DAE's. Alega, ainda, que não considerou a redução da base de cálculo. Acrescenta que, na realidade teria recolhido imposto a maior.

Na informação fiscal, o fiscal autuante não acatou os documentos apresentados pela defesa, alegando que não estariam acompanhados da planilha de cálculos.

O PAF foi convertido em diligência, a qual constatou que o demonstrativo do autuante, fls. 67, calcula corretamente o imposto devido, porém quando confrontado com o imposto recolhido pela autuada, em alguns períodos, fica comprovado recolhimento a maior, apurando um imposto devido no valor de R\$ 1.146,14.

O autuado volta a se manifestar, desta vez em relação ao resultado da diligência. Concorde com o valor apurado como recolhido a menos, R\$1.146,14. Entretanto, ressalta que a diligência

constatou que houve recolhimento a maior no valor de R\$4.122,51, portanto não teria valor a exigido na infração em razão do princípio constitucional da não-cumulatividade.

Acato o resultado da diligência, uma vez que o contribuinte apresentou documentos fiscais comprovando que parte do valor autuado já havia sido recolhido antes a ação fiscal.

Quanto aos valores recolhidos a maior em outros fatos geradores, efetivamente não podem ser simplesmente abatidos dos débitos apurados, nesta infração. O contribuinte deverá formular pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, assegurando o princípio constitucional da não-cumulatividade.

Logo, entendo que a infração 07 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$1.146,14, conforme abaixo:

DATA OCOR.	DATA VENC.	ICMS DEVIDO
16/9/2005	16/9/2005	140,79
26/10/2005	26/10/2005	353,25
11/1/2006	11/1/2006	89,30
13/7/2006	13/7/2006	0,02
30/10/2006	30/10/2006	89,70
23/11/2006	23/11/2006	473,08
TOTAL		1.146,14

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	NULO	0,00
2	NULO	0,00
3	IMPROCEDENTE	0,00
4	PROCEDENTE	15.847,16
5	PROCEDENTE	3.079,46
6	PROCEDENTE EM PARTE	132.417,80
7	PROCEDENTE EM PARTE	1.146,14
TOTAL		152.490,56

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0007/08-7, lavrado contra **TECNAUT COMÉRCIO DE SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$152.490,56**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a”, “b” e “f”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR