

A. I. Nº. - 207494.0011/10-1
AUTUADO - F S VASCONCELOS & CIA. LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07. 07. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluídas as mercadorias sobre as quais o contribuinte destacara e recolhera o ICMS decorrente das saídas. Reduzido o montante do débito. Infração parcialmente subsistente. b) TRANSFERÊNCIAS INTERNAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Restou comprovada a utilização de crédito fiscal lançado em documentos fiscais em valores superiores aos efetivamente devidos. Infração mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. A exclusão de mercadorias relativas a notas fiscais de compra, nas quais não houvera sido destacado o imposto e que tinham sido objeto de devoluções também não tributadas, reduz o montante do valor a ser exigido. Infração mantida de forma parcial. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada nos autos a irregularidade procedimental do sujeito passivo. Infração subsistente. Não acatadas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2010, foi constituído o crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$196.604,76, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a julho de 2010, exigindo o imposto no valor de R\$34.634,66. Consta que se refere à utilização do crédito fiscal nas compras de mercadorias de outros estados (CFOP 2102) e nas transferências internas recebidas (CFOP 1152) de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, conforme demonstrativos (fls. 08 e 09) e CD-R (fl. 30);

02 – recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho de 2010, sendo exigido o imposto no valor de R\$9.510,06. Consta que se refere a operações de saídas internas por notas fiscais (CFOP 5949) e nas devoluções de compras internas e para outros estados (CFOPs 5202 e 6202), conforme demonstrativos (fls. 10 a 12) e CD-R (fl. 30);

03 – utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior à estabelecida na legislação, nos meses de janeiro a julho de 2010, exigindo o imposto no valor de R\$15.749,87. Consta que se refere a transferências internas com redução de base de cálculo (CFOP 1152), conforme demonstrativos (fls. 13 a 17) e CD-R (fl. 30);

04 – deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 [nos incisos I e II do art. 353 do RICMS/BA], nos meses de março a junho de 2010, exigindo imposto no valor de R\$136.710,17. Consta que se refere ao recebimento de mercadorias de outros estados (CFOPs 2102 e 2403), conforme demonstrativo (fl. 18) e CD-R (fl. 30).

O autuado apresentou impugnação às fls. 35 a 54, requerendo, inicialmente, que todas as intimações referentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas ao Dr. Thiago Carvalho, OAB/BA nº 25.006, no seguinte endereço: Rua Alfredo Guimarães, nº 05, Amaralina, Salvador/BA, CEP: 41.900-426, sob pena de nulidade.

Versando a respeito da infração 01, destaca que o autuante entendeu ter ocorrido utilização indevida de crédito fiscal, apontando como dispositivo legal infringido o transcrito art. 97, inciso IV, alínea “b” do RICMS/BA, salientando que, no entanto, a exigência se refere a duas situações distintas, conforme destaca em seguida.

1) Utilização indevida de crédito fiscal nas operações de compras de mercadorias de outras unidades da Federação (CFOP 2102) – salienta que nesses casos, adquiriu mercadorias de outros estados para comercialização, sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo se creditado do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada. Frisa que a cobrança pretendida não pode prosseguir nessas situações, uma vez que ao comercializar os produtos, recolheu aos cofres públicos os valores devidos a título do ICMS, aplicando a alíquota devida, gerando um débito do imposto, o qual foi devidamente pago.

Ressalta que, nesse caso, não há que se falar em prejuízo financeiro ao Estado da Bahia, uma vez que, apesar de o contribuinte ter se creditado no momento da compra das mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, procedeu à regular tributação das operações de saídas, quando realizou a comercialização dos produtos. Assim, o crédito utilizado não causou qualquer falta de recolhimento do imposto efetivamente devido aos cofres públicos, já que houve também o débito quando da venda das mercadorias.

Ressalta que, além disso, se creditou do imposto destacado nas notas fiscais de entrada pelo fato de apresentarem CFOP 2102 (compra para comercialização), conforme descrição da Tabela de CFOP. Como se refere a empresa de grande porte, toda contabilidade é realizada de maneira informatizada, de modo que o sistema contábil utiliza ou não o crédito fiscal, de acordo com o código da operação, ou seja, o código 2102 gera direito à utilização do crédito fiscal, por se tratar de operação de compra para comercialização, o que demonstra a sua total boa-fé.

E, assim, todas as vendas dos produtos adquiridos através dessas notas fiscais também foram devidamente tributadas, conforme se verifica nas Notas Fiscais nºs 7.109, 615.323, 622.073, 596.074, 598.313 e 598.328 (Doc. 02), as quais se referem a operações de venda (CFOP 6102) e devoluções das mercadorias (CFOP 6202) objeto da autuação, sendo que, em todas essas operações procedeu ao destaque e recolhimento do imposto devido. Salienta que essa situação, inclusive, se encontra disciplinada na legislação tributária estadual, conforme transcrito § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Frisa que as notas fiscais de compra em questão se referem a aparelhos celulares, que não podem ser comercializados sem a emissão de nota fiscal, pois, conforme determina a ANATEL, todo consumidor deve portar a nota fiscal do aparelho celular para habilitar uma linha de telefonia móvel, pré-paga ou pós-paga. Complementa que aparelhos celulares são bens de consumo, considerados essenciais para os consumidores, que sempre exigem a nota fiscal de compra para fins de utilização da garantia estabelecida pelos fabricantes.

Destaca que o CONSEF, em reiteradas decisões, considerou indevida a cobrança do ICMS a título de substituição tributária, nos casos em que o contribuinte, apesar de ter se creditado do imposto nas operações de entrada, comprovou que recolheu regularmente o imposto devido nas operações de saídas das mercadorias, conforme Acórdão JJF nº. 0059/00, cuja ementa transcreveu.

Ressalta ser evidente que não obstante tenha se creditado nas entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo efetuado o destaque e pagamento do ICMS nas vendas, não há o que falar em utilização indevida do crédito fiscal, devendo este item ser considerado improcedente.

2) Utilização indevida de crédito fiscal nas transferências internas recebidas (CFOP 1152) – aduz que o autuante entendeu ser indevida a utilização do crédito fiscal no caso de recebimento de produtos em transferência de filiais da empresa. Alega que, no entanto, o lançamento não pode prosperar, pois, da mesma forma que na situação anterior, deu tratamento normal às mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo que a filial destacou e recolheu o ICMS devido pelas transferências.

Assim, tendo a filial destacado e recolhido o imposto, o autuado se creditou do ICMS recolhido, e ao realizar a venda ao consumidor final recolheu o ICMS devido, não tendo que se falar em débito de imposto, uma vez que todo o tributo efetivamente devido foi recolhido, pois o crédito utilizado não ocorreu de forma indevida, já que as operações de saídas foram tributadas.

Conclui que, assim, a autuação gera cobrança em duplicidade de imposto, que já foi devidamente recolhido, referindo-se, portanto, a bitributação, o que não pode ser aceito por este CONSEF.

Impugna a infração 02, ressaltando que realizou a devolução dos itens constantes nas Notas Fiscais de compra de nºs 1.172, 1.173, 948, 236, 1.225 e 1.224 sem o destaque do imposto, uma vez que nas mesmas também não houve o destaque do ICMS, sendo que tais entradas não geraram crédito fiscal. Indica que as devoluções se deram respectivamente através das seguintes Notas Fiscais: 603.450, 603.450, 607.550, 616.769, 621.159 e 632.067.

Ressalta que, desse modo, não tem pertinência a exigência referente às mencionadas notas fiscais, uma vez que as notas fiscais de compra não tiveram o destaque do imposto, não tendo utilizado qualquer crédito fiscal referente às entradas, conforme pode-se verificar nos livros Registro de Entradas em anexo (Doc. 04). E, não tendo havido utilização de crédito fiscal referente à aquisição, não há que se falar em destaque e recolhimento do imposto, na ocasião da devolução das mesmas mercadorias, devendo este item da autuação ser retificado.

Ao tratar sobre a infração 03, ressaltava que o autuante menciona nas planilhas entregues ao contribuinte que fora utilizado crédito fiscal de 17%, quando a “*alíquota correta*” seria de apenas 7%, sem, no entanto, mencionar por que razão o crédito devido seria de apenas 7%, nem, tampouco, qual a legislação que estabelece ser esse o crédito correto, uma vez que fundamenta a autuação apenas no transcrito art. 56, incisos IV e V do RICMS/BA.

Assevera que a legislação indicada não elucida a questão, uma vez que se trata de autuação em função de o contribuinte ter utilizado o crédito de 17%, quando o fiscal entende que a “*alíquota correta*” seria de 7%. Conclui que é totalmente nulo o lançamento, pois o contribuinte não tem como identificar qual a infração que lhe é imputada nem qual a sua fundamentação legal, pois as notas fiscais objeto da autuação trazem destaque de ICMS de 17%. Indaga: “Então porque o lançamento considera como “*alíquota correta*” para utilização do crédito a alíquota de 7%? Qual legislação aponta a suposta irregularidade cometida pelo autuado?”

Realça que como não consegue identificar qual a imputação correta, não pode se defender de maneira eficaz, restando feridos os princípios da ampla defesa e do contraditório, o que acarreta a nulidade do lançamento objeto da infração 03. Destaca que este CONSEF já reconheceu várias vezes, ser nulo lançamento que apresente erros ou omissões, que impliquem em cerceamento do direito de defesa, como no presente caso, conforme Acórdãos JJF nº. 0257/99, CJF nº 0035-12/02 e CJF nº. 0207-11/03, cujas ementas transcreveu.

Argumenta que não tem como determinar o motivo da autuação, uma vez que as notas fiscais de entrada, referentes a transferências realizadas entre filiais, trazem destacado o ICMS sob a alíquota de 17%, valor este recolhido ao erário público. Pergunta: “Então por que só tem direito a se creditar da alíquota de 7%?”. Aduz que a autuação não responde essa questão, por não indicar corretamente qual dispositivo legal foi infringido, apenas mencionando que o autuado não tem direito ao crédito destacado na nota fiscal de entrada (17%) e sim ao crédito com a “alíquota correta” de 7%.

Destaca que além de ser absolutamente nula, a infração é também totalmente improcedente, pois o ICMS é um tributo sujeito à não-cumulatividade, conforme determina o transcrito art. 155, inciso II da Constituição Federal. Desta forma, se a nota fiscal de entrada traz um crédito destacado de 17%, o destinatário tem o direito de se creditar desse valor, que já foi objeto de recolhimento. Acrescenta que, neste caso, o imposto foi recolhido em favor do Estado da Bahia, já que todas as notas fiscais relativas a este item se referem a transferências ocorridas dentro deste Estado (CFOP 1152).

Ressalta que esta autorização também se encontra expressa no art. 93 do RICMS/BA, que versa sobre o direito à utilização do crédito fiscal, conforme transcreveu. Lembra, ainda, que as limitações à utilização do crédito fiscal se encontram expressas no seu § 1º, sendo que nenhuma delas se enquadra na presente situação, nem foram mencionadas na fundamentação do lançamento. Acrescenta que o § 2º traz um direito-dever do contribuinte, estabelecendo que o crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal.

Alega que, assim, não tem cabimento a presente exigência, pois utilizou devidamente o crédito fiscal do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição dentro da Bahia e devidamente recolhido aos cofres públicos. No entanto, o autuante afirma que as operações de compra que geraram os créditos fiscais em questão são sujeitas à redução de base de cálculo, sem, contudo, mencionar qual a legislação que prevê a redução, apenas afirmando que a “alíquota certa” seria de 7%.

Conclui que se o emitente da nota fiscal não utilizou do benefício da redução da base de cálculo e destacou e recolheu o imposto sob a alíquota de 17%, o autuado se creditou corretamente do valor do ICMS constante na nota fiscal de entrada, já que tal valor foi, de fato, recolhido ao erário estadual, devendo o lançamento ser reconhecido como improcedente.

Ataca a infração 04, aduzindo que ao comercializar as mercadorias objeto da autuação, aplicou a alíquota devida, gerando o imposto e recolhendo os valores devidos. Frisa que, mais uma vez, não houve prejuízo financeiro ao Estado da Bahia, uma vez que, apesar de não ter efetuado o pagamento do ICMS quando da aquisição das mercadorias sujeitas à substituição tributária, procedeu à regular tributação das operações de saídas quando realizou a comercialização dos produtos.

Assim, não houve falta de recolhimento do imposto efetivamente devido, já que houve o débito do ICMS quando da venda dos produtos, com o regular pagamento do imposto apurado. Ressalta que, ademais, não se creditou do imposto destacado nas notas fiscais de entrada, pelo fato de que as mesmas apresentam CFOP 2403, ou seja, compra de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária para comercialização.

Realça que todas as vendas das mercadorias adquiridas através dessas notas fiscais foram devidamente tributadas, conforme se pode verificar nas Notas Fiscais de nº.s 7.109, 615.323, 622.073, 596.074, 598.313 e 598.328 (Doc. 02), as quais se referem a operações de venda (CFOP 6102) e devoluções das mercadorias (CFOP 6202) objeto da presente autuação, sendo que, em todas essas operações, procedeu ao destaque e recolhimento do imposto devido.

Afirma que se não se creditou do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição das mercadorias e destacou o ICMS em sua alíquota integral na venda das mesmas, realizou o pagamento total do imposto, sem, inclusive, abater desse valor qualquer crédito constante nas notas de entrada, não podendo sofrer nova cobrança do imposto, já pago na integralidade na venda dos produtos.

Reprisa que essa situação se encontra disciplinada no § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, não cabendo a cobrança do imposto, uma vez o contribuinte procedeu ao seu recolhimento integral na venda das mercadorias, o que pode ser comprovado através da análise das notas fiscais de venda emitidas pelo autuado. Diz que, também nessa infração, as notas fiscais de compra se referem a aparelhos celulares, que não podem ser comercializados sem a competente nota fiscal, para fins de habilitar uma linha de telefonia móvel e em função da garantia legal dos fabricantes

Ressalta que este o CONSEF, em reiteradas decisões, considerou indevida a cobrança do ICMS a título de substituição tributária, nos casos em que o contribuinte comprova que recolheu regularmente o imposto devido nas operações de saídas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme Acórdão CJF nº. 0021-12/02, cuja ementa transcreveu.

Conclui que apesar de não ter recolhido o tributo nas entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, efetuou o destaque e pagamento do ICMS nas vendas das mercadorias, não havendo o que se falar em falta de recolhimento do imposto, devendo esta infração ser considerada totalmente improcedente, conforme entendimento pacífico do CONSEF.

Requer a realização de perícia por fiscal estranho ao feito, para que sejam verificadas as alegações defensivas, através da análise dos documentos acostados à peça defensiva. Realça que tem direito à realização de perícia, sob pena de cerceamento do direito de defesa, conforme previsto no § 3º do art. 123 do RPAF/BA. Ressalta que o CONSEF deve acolher o pleito, encaminhando os autos à ASTEC, para que outro Auditor Fiscal verifique a legalidade da autuação, em virtude do quanto alegado e comprovado pelo contribuinte, nos termos do art. 131, inciso V do RPAF/BA.

Solicita uma verificação de toda sua documentação fiscal, para que seja atestado que recolheu todo o imposto devido nas operações de venda das mercadorias sujeitas à substituição tributária, não restando qualquer valor de imposto a pagar, tornando totalmente improcedente o lançamento que se refere a essas situações. Assevera ser evidente a necessidade da realização de perícia, para que o lançamento seja revisto, impedindo que seja imputada ao contribuinte a exigência de imposto indevido, uma vez que não há qualquer valor de imposto a recolher.

Diante do exposto, requer: a realização de perícia por fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada a veracidade dos argumentos trazidos aos autos, bem como para que seja verificada toda a documentação acostada na peça defensiva, bem como toda a documentação fiscal do autuado, disponível para análise; seja aberto prazo para que apresente outros documentos necessários à realização da perícia, caso sejam solicitados pelo diligente; seja julgada improcedente a exigência do tributo, sendo arquivado o presente feito, com a consequente baixa do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 59 a 67, quando ressaltou que as infrações estão respaldadas nos dados constantes dos arquivos magnéticos enviados pela empresa à SEFAZ, que foram confrontados com as notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias e os dados escriturados nos livros fiscais e nas planilhas que serviram de base para o cálculo do imposto dos produtos enquadrados no regime da substituição tributária, entregues à Fiscalização, ou seja, todos os elementos constantes do Auto de Infração estão amparados nos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e registrados em sua escrita fiscal e nas planilhas da substituição tributária, que foram arrecadados junto à empresa e devidamente analisados.

Tratando sobre a infração 01, aduz que em relação às alegações do autuado de que ao comercializar os produtos recolheu os valores devidos do ICMS, afirmando que procedeu ao destaque e recolhimento do imposto devido e que deu tratamento normal às mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando a filial responsável pela transferência destacou e recolheu o ICMS, só pode prosperar em parte, conforme trata a seguir:

1) diz que o próprio autuado assume que é uma empresa de grande porte, e que sua contabilidade é realizada de maneira informatizada, utilizando ou não o crédito fiscal de acordo com o código da operação, ou seja, o código 2102 gera direito à utilização do crédito fiscal destacado na nota fiscal;

2) não acata a afirmação de que destacou e recolheu aos cofres públicos o imposto devido, haja vista que nas saídas de telefones celulares das marcas Nokia, LG e OI H 6101 Nokia, pode-se comprovar através de suas notas fiscais de saídas (vendas, transferências e devoluções) emitidas e lançadas no arquivo magnético registro 50 e registro 54, que não foi destacado e nem recolhido o ICMS devido nas suas operações de saídas de mercadorias, conforme Demonstrativo de Saídas de Mercadorias sem Tributação no período de janeiro a junho de 2010 (fls. 73 a 82) e CD-R (fl. 68).

Quanto às saídas de rádio p/ auto Britânia e rádio p/ auto DEH-2080 Pioneer, frisa que apesar de se referirem a produtos enquadrados no regime da substituição tributária, como o autuado deu saídas com destaque do imposto e recolheu o ICMS devido, acata e os retira do Demonstrativo de Auditoria Utilização Indevida de Crédito Fiscal, passando o débito para o valor de R\$33.656,61, conforme novo Demonstrativo de Auditoria Utilização Indevida de Crédito Fiscal que acostou à fl. 69.

Ao comentar sobre a infração 02, ressalta que de acordo com os demonstrativos às fls. 10 a 12, refere-se à saída de diversos produtos com tributação normal do ICMS, que foram comercializados com erro na aplicação das alíquotas internas e interestaduais.

Quanto às alegações do autuado de que realizou a devolução dos itens constantes de uma parcela das notas fiscais, sem o destaque do imposto, uma vez que nessas notas fiscais também não houve o destaque do ICMS e que as entradas não geraram crédito fiscal, observa que correlacionando as notas fiscais de compra e de devolução, constata que em parte assiste razão ao autuado. Isto, porque na Nota Fiscal de compras nº 1.225 houve destaque do ICMS, gerando crédito fiscal e as mercadorias não correspondem àquelas relacionados na Nota Fiscal de devolução nº 621.159, emitida pelo autuado sem destaque do ICMS, razão pela qual não pode ser excluída do levantamento.

No que se refere às Notas Fiscais de nºs 603.450, 607.550, 616.769 e 632.067, acata e as retira do Demonstrativo de Auditoria do Erro na Aplicação da Alíquota nas Saídas por Notas Fiscais, passando o débito para o valor de R\$8.748,12, conforme novo Demonstrativo de Auditoria Utilização do Erro na Aplicação da Alíquota nas Saídas por Notas Fiscais, que anexou às fls. 70 a 73 e CD-R (fl. 68).

No que concerne à infração 03, contesta a afirmação de que nas planilhas não foi explicado porque o crédito devido seria de 7% e não de 17% e nem foi mencionada a legislação pertinente, ressaltando que no próprio Auto de Infração é esclarecido que “Utilizou indevidamente crédito fiscal nas transferências internas de mercadorias com redução de base de cálculo (CFOP 1152)”. Diz que, ademais, no Demonstrativo de Auditoria Utilização de Crédito Fiscal a Maior nas Transferências de Produtos com Redução de Base de Cálculo, na coluna “Descrição do Produto” estão relacionados os produtos relativos à infração: CPU, monitor, multifuncional, impressora e notebook, referindo-se a aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos que têm base de cálculo reduzida nas operações internas, conforme art. 87, inciso V do RICMS/BA.

Ressalta que, assim, fica comprovado que o autuado pretende postergar o pagamento do imposto, uma vez que, se não tinha conhecimento que tais equipamentos são aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos e que têm a sua base de cálculo reduzida nas operações internas, indaga porque quando tomou conhecimento da infração através do Demonstrativo das Irregularidades Apuradas na Ação Fiscal (fls. 19 e 20), juntamente com o CD-R com todos os demonstrativos, em 02/12/2010, portanto 26 dias antes da lavratura do Auto de Infração, não procurou esclarecimento junto à Fiscalização para saber sobre os produtos e a redução da base de cálculo.

Quanto à alegação de que se a nota fiscal de entrada traz crédito destacado de 17%, o destinatário tem o direito constitucional de se creditar desse valor, e que as notas fiscais mencionadas na infração se referem às transferências ocorridas dentro do Estado, assevera que o crédito que faz jus

o destinatário é o que está dentro das normas vigente no ICMS no Estado da Bahia, não o valor destacado na nota fiscal de aquisição. Acrescenta que a ação fiscal foi executada no estabelecimento comercial com inscrição Estadual 47.060.418.

Mantém integralmente a infração.

Contesta os argumentos atinentes à infração 04, de que foram recolhidos os valores devidos a título do ICMS, que não se creditara do imposto destacado nas notas fiscais de entradas, por apresentarem CFOP 2403 e que as operações de saída foram tributadas, frisando que estas alegações não podem prosperar, pelos seguintes motivos:

1) a afirmação de que o imposto devido foi destacado e recolhido não procede, uma vez que nas saídas de telefones celulares das marcas Nokia, LG, Samsung e Sony Ericsson, as notas fiscais de saídas (vendas, transferências e devoluções) emitidas e lançadas no arquivo magnético, nos registros 50 e 54, não foi destacado e nem recolhido o ICMS devido pelas operações de saídas, conforme Demonstrativo de Saídas de Mercadorias sem Tributação (fls. 73 a 82) e CD-R (fl. 68);

2) as Notas Fiscais de nºs 7.109, 615.323, 622.073, 596.074, 598.313 e 598.328, conforme relaciona em seguida, que o autuado apresenta como prova de que as operações de saídas foram devidamente tributadas, se referem a devoluções (CFOP 6202) de mercadorias para outra unidade da Federação, correspondendo, assim, a operação sujeita à tributação com posterior estorno do débito fiscal destacado na nota fiscal.

Conclui que as alegações defensivas não têm fundamento, sendo a infração totalmente procedente.

Rebate o pedido de realização de perícia, salientando que todos os documentos apresentados pela defesa foram criteriosamente analisados, sendo acatadas e excluídas da autuação as provas consideradas procedentes, não existindo qualquer motivo para a realização de diligência, que, no seu entendimento, resultaria apenas no atraso do julgamento do Auto de Infração.

Conclui que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS na Bahia, considerando que as razões apresentadas pelo autuado só têm fundamento em parte, como restou comprovado, passando o valor total do débito de R\$196.604,76 para R\$194.864,77. Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Cientificado a respeito da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 89 a 96, quando, falando sobre a infração 01, observou que o autuante reconheceu que o contribuinte tributara as saídas de algumas mercadorias (rádio p/auto Britânia e rádio p/auto DEH-2080 Pioneer), reduzindo o valor desse item para R\$33.656,61.

Assevera que, no entanto, não assiste razão ao autuante quando afirma que as outras mercadorias (celulares marca Nokia, LG, OI H 6101 Nokia), não foram tributadas, pois, conforme Notas Fiscais de venda de nºs 7.109, 615.323, 622.073, 596.074, 598.313 e 598.328 (Doc. 01), cujas cópias alega estar anexando, as operações de comercialização foram devidamente tributadas, não se podendo falar em utilização indevida de crédito fiscal.

Reprisa que o crédito utilizado não causou qualquer falta de recolhimento do imposto devido, já que houve também o débito do ICMS, quando da venda dos produtos. Ressalta que o próprio autuante acatou esse fato e excluiu a cobrança das mercadorias que reconheceu terem sido tributadas nas operações de venda. Reitera o pleito de realização de diligência, para que se verifique que as operações de vendas daquelas mercadorias foram tributadas, não sendo devido qualquer valor.

Ao tratar sobre as situações de uso indevido de crédito fiscal nas transferências internas recebidas (CFOP 1152), afirma que o autuante não rechaçou os argumentos defensivos, o que o faz concluir que não houve oposição aos mesmos. Repete que não há o que se falar em imposto a recolher, uma vez que o imposto efetivamente devido foi recolhido, pois o crédito utilizado não ocorreu de forma indevida, já que as operações de saídas foram tributadas.

Comenta a respeito da infração 02, apenas repetindo os termos oferecidos na impugnação, dizendo não ter cabimento a cobrança referente às notas fiscais de devolução, que correlacionou com as notas fiscais de compra, as quais não têm destaque do imposto, não tendo o autuado se utilizado de crédito fiscal referente às entradas, conforme se verifica nos livros Registros de Entradas que alega se encontrarem anexados aos autos. Pede, novamente, a realização de diligência.

Discute sobre a infração 03, aduzindo que ao afirmar que o objetivo do contribuinte era postergar o pagamento do imposto, pois deveria ter procurado esclarecimentos junta à Fiscalização, o autuante apenas tentava justificar as omissões existentes no Auto de Infração, que o tornam eivado de nulidade absoluta.

Assevera que não tem qualquer obrigação legal de questionar o autuante a respeito do lançamento, pois este é que tem o dever de apontar no Auto de Infração todas as informações correspondentes, principalmente qual o dispositivo legal que aponta ter sido infringido, sob pena de restar ferido o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Reproduz as alegações quanto à nulidade da infração, uma vez que não tem como identificar qual a imputação, nem a sua fundamentação legal, não podendo se defender de maneira eficaz, restando feridos os princípios da ampla defesa e do contraditório, o que conduz à nulidade da autuação.

Destaca que apesar de o autuante afirmar que o crédito ao qual o contribuinte faz jus é aquele que está de acordo com as normas do ICMS vigentes no Estado da Bahia, e não o que está destacado na nota fiscal, o destinatário tem o direito de se creditar do valor destacado na nota fiscal de entrada, que foi objeto de recolhimento. Frisa que o autuante não pode rejeitar o comando constitucional, pois este tem supremacia sobre toda a legislação existente no território nacional.

Repete que se o emitente da nota fiscal não reduziu a base de cálculo, destacando e recolhendo o imposto sob a alíquota de 17%, o autuado se creditou do valor do ICMS constante na nota fiscal de forma correta, devendo ser reconhecida a improcedência da exigência.

Combate a infração 04, asseverando que apesar de o autuante ter reafirmado que os produtos não foram tributados na ocasião das vendas, o contribuinte, efetivamente, tributou toda a saída das mercadorias em questão, tanto nas transferências como nas vendas, o que pode ser facilmente verificado através da diligência solicitada, a qual, certamente, será deferida por este CONSEF.

Ressalta que, mais uma vez, não houve qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, uma vez que, apesar de não ter efetuado o pagamento do ICMS quando da aquisição das mercadorias sujeitas à substituição tributária, procedeu à regular tributação das operações de saídas quando comercializou os produtos. Acrescenta que não se creditou do imposto destacado nas notas fiscais de entrada, por se referirem ao CFOP 2403 (mercadoria sujeita à substituição tributária para comercialização).

Por fim, solicita novamente a realização de diligência, a concessão de prazo para apresentar outros documentos que por acaso sejam julgados necessários pelo diligente e o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Observo que os papéis de trabalho elaborados pela Fiscalização contêm os elementos suficientes para se determinar, com precisão, as infrações e o infrator, enquanto que os demonstrativos fiscais foram elaborados com base nos documentos fiscais e nos registros na escrita fiscal e nas planilhas da substituição tributária, apresentados pelo próprio contribuinte. Ademais, o Auto de Infração descreve as infrações e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes às multas sugeridas.

Quanto à alegação de nulidade especificamente da infração 03, sob a assertiva que não tinha como identificar qual a imputação nem a sua fundamentação legal, ressalto que no próprio Auto de Infração consta a explicação que a acusação decorreu do fato de o contribuinte ter se creditado do

ICMS em valor superior, isto é com base nos valores consignados nas notas fiscais recebidas em transferências internas, nas quais o estabelecimento remetente houvera consignado o imposto à alíquota de 17%, quando a carga tributária correta era de 7%. Assim, esse esclarecimento é bastante elucidativo, não fazendo nenhum sentido a afirmação defensiva, não existindo justificativa a amparar o pedido de nulidade da autuação, desde quando não ocorreu nenhuma ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Assim, ficam rejeitadas as nulidades arguidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e a sua capitulação legal estão condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Saliento que os cálculos realizados pela Fiscalização estão perfeitamente demonstrados nos papéis de trabalho elaborados, os quais foram efetivados para cada nota fiscal objeto da ação fiscal. Ademais, foi obedecido o devido processo legal, tendo o impugnante exercido a ampla defesa e o contraditório, estando o processo revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação a qualquer dos princípios que regem o direito administrativo fiscal.

Observe, também, que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 e que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Consigno que em relação ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas para o endereço do seu representante legal, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda atenda ao pleito. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/BA, em conformidade com o § 1º do art. 236 do CPC.

Foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, todas impugnadas. Na infração 01, a acusação se referiu à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, referindo-se a compras de mercadorias de outros estados (CFOP 2102) e ao recebimento em transferências internas (CFOP 1152).

Vejo que ao se insurgir contra esta infração, o contribuinte apresentou duas linhas de argumentação, entretanto nos dois casos alegou que ao receber as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, se creditara do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, porém ao realizar a sua comercialização, aplicara a alíquota adequada para fins de cálculo do imposto, o qual fora devidamente pago. E, por esta razão, defendeu o procedimento adotado, afirmando que a infração não tinha sustentação.

Consigno que apesar de ter alegado que estaria juntado as cópias reprográficas de várias notas fiscais, visando corroborar o quanto argumentado, nenhum desses documentos foi anexado à impugnação, o que afasta a alegação defensiva. E por esta mesma razão, ressalto que descabe a equiparação feita pelo impugnante a outras situações, nas quais este colegiado considerou indevida a cobrança do ICMS a título de substituição tributária, quando o contribuinte comprovou que recolhera regularmente o imposto devido nas operações de saídas das mercadorias.

Observe que, de forma diversa daquela aventada pelo impugnante ao se insurgir sobre a informação fiscal, o autuante contestou as alegações atinentes ao uso indevido de crédito fiscal nas transferências internas recebidas, o que ocorreu quando refutou os argumentos defensivos, afirmando que o contribuinte não efetuara o recolhimento do ICMS devido pelas saídas realizadas.

Ademais, concordo com o autuante, quando contestou a alegação do sujeito passivo de que houvera destacado e recolhido o ICMS correspondente a telefones celulares, desde quando nas notas fiscais de saídas emitidas, cujos dados foram lançados nos arquivos magnéticos, não consta destacado e nem recolhido o imposto devido, conforme, inclusive, se encontra indicado nos demonstrativos

fiscais. Além disso, apesar de suas alegações, o contribuinte não trouxe aos autos nenhuma prova em favor do quanto argumentara.

Noto, por outro lado, que, também de forma correta, o autuante excluiu do lançamento os valores concernentes às mercadorias rádio p/auto Britânia e rádio p/auto DEH-2080 Pioneer, haja vista que apesar de se referirem a produtos enquadrados na substituição tributária, considerando que o contribuinte destacara e recolhera o ICMS decorrente das saídas, não faz sentido manter a exigência correspondente.

Assim, tendo em vista que as modificações ocorridas mediante alteração realizada na fase de informação fiscal se restringiram aos produtos acima nominados, a infração 01 fica mantida de forma parcial, no valor de R\$33.656,61, conforme novo demonstrativo acostado à fl. 69, cujo resumo apresento em seguida:

Mês	Valor (R\$)
Janeiro	10.617,70
Fevereiro	67,83
Março	15.924,54
Abril	5.438,08
Maio	1.540,63
Junho	67,83
Total	33.656,61

O lançamento concernente à infração 02 se referiu ao recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em relação a operações de saídas internas por notas fiscais (CFOP 5949) e a devoluções de compras internas e interestaduais (CFOPs 5202 e 6202).

Constato assistir razão ao autuante ao acatar parcialmente a alegação defensiva de que uma parcela dos valores apurados decorreria de devolução de itens constantes em notas fiscais de compra, nas quais não houvera sido destacado o imposto, razão pela qual as devoluções também se deram sem indicação do tributo nos respectivos documentos fiscais. E, por tal razão, como as notas fiscais de aquisição não geraram crédito fiscal, não havia motivo para se exigir o imposto relativo às respectivas devoluções, que se referiram às Notas Fiscais de nºs 603.450, 607.550, 616.769 e 632.067.

O autuante também agiu com acerto ao não excluir do lançamento a Nota Fiscal de devolução nº 621.159, haja vista que na Nota Fiscal de compra nº 1.225 fora efetuado o destaque do ICMS, gerando crédito fiscal, além do fato de as mercadorias não corresponderem àquelas relacionados no documento fiscal de devolução.

Assim, após tais ajustes, a infração 02 resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$8.748,12, conforme demonstrativo às fls. 70 a 73, cujo resumo segue abaixo:

Mês	Valor (R\$)
Fevereiro	2.363,22
Março	2.192,13
Abril	972,85
Maio	1.957,82
Junho	403,99
Julho	858,11
Total	8.748,12

A acusação relativa à infração 03 correspondeu à utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior à estabelecida na legislação, sendo esclarecido que se referia a transferências internas com redução de base de cálculo (CFOP 1152).

Em sua impugnação, o contribuinte aduziu que o autuante não explicara porque razão considerara que a alíquota de 17% estaria incorreta, enquanto que a correta seria de 7%, nem mencionara qual a

legislação que estabelecia ser esse o crédito correto, por ter fundamentado a autuação no art. 56, incisos IV e V do RICMS/BA, que versa sobre a base de cálculo nas transferências internas e interestaduais.

Conforme já me reportei sobre esse assunto quando tratei sobre os pedidos de nulidade da autuação, saliento que o autuante consignou no espaço próprio do Auto de Infração que a acusação se referiu ao uso de crédito do ICMS em valor superior, pelo fato de nas notas fiscais recebidas em transferências internas, o imposto ter sido destacado à alíquota de 17%, quando a carga tributária correta a ser lançada e, portanto, utilizada pelo autuado, era de 7%.

E, conforme bem pontuou o autuante, no respectivo demonstrativo, que se encontra às fls. 13 a 17, na coluna “Descrição do Produto” estão indicadas as mercadorias objeto da autuação, referindo-se a aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, os quais têm base de cálculo reduzida nas operações internas, conforme estabelece o art. 87, inciso V do RICMS/BA.

Isto quer dizer que não tem nenhuma sustentação o entendimento de que a infração é improcedente, sob a justificativa de que em razão da não-cumulatividade do ICMS, o contribuinte tem o direito de se creditar do valor destacado na nota fiscal de entrada, mesmo que esta apresente valor superior ao efetivamente devido na operação. Isto, porque, nesses casos, o destinatário não tem o direito de se creditar do valor integral, haja vista que, conforme estabelece a legislação tributária pertinente, quando o tributo for destacado em montante superior ao devido no documento fiscal, somente será admitido o crédito do valor do imposto corretamente calculado (art. 93, § 5º, inciso I do RICMS/BA).

Por tais razões, ficando comprovado que o impugnante procedeu de forma contrária à constante na legislação tributária voltada para a presente situação, a infração 03 fica mantida na íntegra.

A infração 04 se referiu à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade do contribuinte de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/BA, correspondendo a operações compreendidas nos CFOPs 2409 e 2152.

Ao impugnar este item da autuação, o defendente afirmou que não se creditara do imposto destacado nas notas fiscais de entradas e que tributou as saídas realizadas, recolhendo os valores devidos, ressaltando não ter ocorrido prejuízo financeiro para o Estado da Bahia, conforme notas fiscais que alegou estar juntado à sua peça defensiva, procedimento não adotado. E, sob essa justificativa, pleiteou que fosse aplicado o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, isto é, que não fosse exigido o pagamento do tributo, citando decisão deste colegiado. Acrescentou que tendo em vista que as mercadorias se referiam a aparelhos celulares, ao serem comercializados necessariamente teriam que se fazer acompanhar das competentes notas fiscais.

Ressalto que de maneira similar àquela verificada na infração 01, o autuante elucidou que, de forma contrária à sugerida pelo impugnante, nas notas fiscais de saídas das mercadorias, que se referem a telefones celulares, as quais se encontram informadas nos arquivos magnéticos, não consta destacado e nem recolhido o imposto devido, conforme, inclusive, se encontra indicado nos demonstrativos fiscais às fls. 73 a 82. Já o autuado, apesar de ter afirmado que estaria juntando documentos fiscais, não carregou aos autos nenhuma prova em favor de suas alegações.

Também restou esclarecido pelo autuante, quanto às Notas Fiscais de nºs 7.109, 615.323, 622.073, 596.074, 598.313 e 598.328, que o autuado citou como prova de que as operações de saídas foram devidamente tributadas, que na verdade se referiram a devoluções de mercadorias para outra unidade da Federação, correspondendo, assim, a operação sujeita à tributação com posterior estorno do débito fiscal destacado na nota fiscal.

Desta forma, restando plenamente demonstrado que o procedimento adotado pelo contribuinte contrariou os ditames contidos na norma legal específica, mantenho totalmente a infração 04.

Quanto ao pedido de realização de diligência ou perícia, o indefiro, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação da minha convicção e decisão da lide, não se fazendo necessário, para tanto, a realização de exame por técnico ou pessoa habilitada sobre qualquer das matérias suscitadas nos autos, a teor do disposto no art. 147, inciso I, alínea “a” e “b” do RPAF/BA. Ademais, apesar de ser detentor de todos os elementos de prova que embasaram o levantamento fiscal e que, eventualmente, poderiam servir de prova de suas alegações, o contribuinte não apresentou qualquer documentação fiscal que pudesse motivar a realização de qualquer tipo de revisão fiscal, mesmo tendo oportunidade para tanto, quando apresentou a sua impugnação e quando foi cientificado a respeito da informação fiscal.

Ante todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo mantidas de forma parcial as infrações 01 e 02 e integral as infrações 03 e 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0011/10-1**, lavrado contra **F S VASCONCELOS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$194.864,77**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR