

PROCESSO - A. I. N° 115484.0005/07-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA. (ELETRO RICARDO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0060-02/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0347-12/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Infração caracterizada em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovada inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal. Infração subsistente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA REGISTRADA NA ESCRITA FISCAL COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado. Infração subsistente em parte por inclusão de mercadoria não sujeita à antecipação parcial. 4. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de notas fiscais de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração elidida em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 2ª Junta de Julgamento Fiscal com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 26/11/2007, para exigir ICMS e multa no valor histórico de R\$ 3.922.020,42, em razão do cometimento de 14 infrações das quais, após julgamento, restou parcialmente procedente as infrações 1, 3 e 10, improcedente a infração 8, e procedentes as 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13 e 14.

Deste modo, em face da sucumbência da Fazenda Estadual, as infrações que são objeto do Recurso aqui debatido são os itens 1, 3, 8 e 10, a seguir transcritos:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$441.200,20, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos constantes no Anexo I, Vol.I, fl. 134 e III, fls.461 a 460. Em complemento consta “ANEXO III – Conforme demonstrativos apurados através de confronto das notas fiscais apresentadas com CFOPs divergentes para a operação e/ou capturadas no CFAMT e na WEB – circularização com fornecedores.”

INFRAÇÃO 3: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$343.676,55, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Em complemento consta: “ANEXO V – Alíquota diversa – Erro no cálculo do ICMS a ser creditado, tanto no que se refere a alíquota de origem, quanto no que se refere ao próprio cálculo do valor a ser creditado, ainda que a indicação da alíquota esteja correta, tudo conforme demonstrativo em anexo, inclusive com a indicação do número do Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o número da página escriturado, inclusive com cópia grifada, visada e autenticada, por essa fiscalização.”

INFRAÇÃO 8: Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente, sendo aplicada a multa no valor de R\$382.278,95 correspondente a 60% sobre o valor das mercadorias. Em complemento consta: “ANEXO VIII – Conforme demonstrativos, cópias de DAEs e extratos de recolhimento. Mercadoria enquadrada no regime de antecipação tributária – Aparelho de telefonia celular – a partir de 01 de março de 2006 de acordo com o art.353, inciso II, item 35, do RICMS/Ba. aprovado pelo Dec. 6.284/97. Em conformidade com o Art.3º do Dec. Nº 9.786 de 10 de fevereiro de 2006”. Fls.1.239 a 1.250.

INFRAÇÃO 10: Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.141.893,34, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006. Em complemento consta: “ANEXO IX – Conforme demonstrativos – NOTAS FISCAIS WEB (conjunto de informações e Recursos da internet) / SEFAZ. Relação anexa ao PAF com cópias de todas as Notas Fiscais solicitadas aos fornecedores através de carta postada pelos Correios e Telégrafos, cujas cópias estão anexas ao PAF, inclusive com alguns envelopes de retorno para servir de amostragem e confirmar a veracidade das informações, entregues contra recibo ao representante legal do autuado, devidamente conferida, ressaltando que as notas fiscais enviadas a essa fiscalização conforme listagem da solicitação foram separadas por situação tributária cujo crédito reclamado resultou em – Imposto”, fls. 1.281 a 1.532.

O Autuado apresentou tempestivamente Defesa (fls. 3.365 a 3.415), reconhecendo e informando o pagamento das infrações 2, 4, 5, 11, 12, 13 e 14, mas contestando as infrações 1, 3, 6, 7, 8, 9, e 10. Após, os Fiscais Autuantes acostaram Informação Fiscal (fls. 5.845 a 5.865) rebatendo os argumentos de defesa e pedindo a procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2ª JJF, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração conforme o seguinte voto, *in verbis*:

“VOTO

(...)

No mérito, das quatorze infrações contempladas no Auto de Infração não existe lide quanto ao débito no total de R\$ 318.148,69, relativos aos itens 02, 04, 05, 11, 12, 13 e 14, pois o autuado em sua peça defensiva os reconheceu como devido, inclusive consta nos autos que o montante mencionado foi recolhido em 28/12/2007, tudo conforme documentos às fls. 5.867 a 5.877, 5.912 e 6.210 a 6.213.

Portanto, tendo em vista o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, nos termos do art. 156, inciso I do CTN extinguem-se os créditos tributários inerentes aos itens abaixo especificados, ficando, consequentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em relação aos citados itens, em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99.

Portanto, ante o reconhecimento do autuado, subsistem as infrações seguintes:

Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada: imposto devido = R\$40.450,53 – infração 02.

Utilização indevida de créditos fiscais (duplicidade de lançamentos): imposto devido = R\$34.159,79 – infração 04.

Utilização indevida de créditos fiscais (imposto não destacado em documentos fiscais): imposto devido = R\$33.931,66 – infração 05.

Falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais de compras de mercadorias não tributáveis: multa = R\$25.753,12 – infração 11.

Embaraço à ação fiscal: multa = R\$ 460,00 - infração 12.

Falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo: imposto devido = R\$ 179.624,53- infração 13.

Utilização indevida de créditos fiscais (aquisição de material de uso e consumo): imposto devido = R\$ 3.769,06 – infração 14.

ITENS	VL.INICIAIS	1º PAGT°
-------	-------------	----------

2	40.450,53	40.450,53
4	34.159,79	34.159,79
5	33.931,66	33.931,66
11	25.753,12	25.753,12
12	460,00	460,00
13	179.624,53	179.624,53
14	3.769,06	3.769,06
TOTAIS	318.148,69	318.148,69

Quanto às demais infrações, quais sejam, itens 01, 03, 06, 07, 08, 09 e 10, para proferir o meu voto, tomo por base, no que pertine, o resultado da revisão fiscal realizada por fiscal estranho ao feito, conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 157/2008 (fls. 5.887 a 5.901), pois, foram esclarecidos todos os questionamentos suscitados na defesa, e o sujeito passivo foi intimado a tomar conhecimento do referido Parecer e não se manifestou, conforme intimação à fl. 5.881, configurando o seu silêncio como uma aceitação tácita da conclusão fiscal revisora. Além do mais, ao se manifestar após o julgamento anterior, limitou-se única e exclusivamente a solicitar prazo para apresentação de livros fiscais refeitos.

Isto posto, analisando cada item de per si, conluso o seguinte:

INFRAÇÃO 01 - Falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento: imposto lançado = R\$441.200,20.

O lançamento deste item foi impugnado com base na alegação de erros nos cálculos apresentados, impossibilidade de identificação da base de cálculo, e ausência de subsunção da norma ao fato, por entender que o demonstrativo de apuração faz referência a falta de lançamentos de notas fiscais no livro de entradas de mercadorias para uso/consumo, e no Auto de Infração foi descrita a irregularidade como falta de recolhimento da diferença de alíquota de aquisições de bens do ativo fixo, além de arguir que tem direito ao crédito fiscal do ativo permanente.

Ao contrário do que entendeu o autuado, observo que o débito encontra-se devidamente demonstrado no Anexo III Vol. III, fls. 461 a 640, diz respeito ao diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias para o ativo fixo, e os demonstrativos não fazem referência a mercadorias para uso ou consumo, inclusive esta questão foi esclarecida na informação fiscal. Portanto, não é cabível neste caso examinar se o contribuinte tem ou não direito ao crédito fiscal proveniente de aquisições de mercadorias para o ativo fixo, pois não é o objeto da lide.

Quanto aos alegados erros no trabalho fiscal, a revisão fiscal apurou que os valores das diferenças de alíquota, constantes nos demonstrativos de fls. 462/473, estão corretos, nada merecendo acrescentar.

Contudo, foi verificado que os totais dos valores referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004, constantes nas planilhas de fls. 462/473, foram transportados erroneamente, conforme discriminado abaixo, o que foi saneado com a elaboração de um novo resumo à fl. 5.913, conforme abaixo:

Outubro/2004: R\$2.868,50 (fl. 463) + R\$386,00 (fl. 464), o que totaliza R\$3.254,50;

Novembro/2004: R\$49.225,27 (fl. 462) + R\$24.130,44 (fl. 463) + R\$52.228,13 (fl. 464), o que totaliza R\$125.583,84;

Dezembro/2004: R\$9.157,54 (fl. 462) + R\$3.732,70 (fl. 463) + R\$18.722,60 (fl. 464), o que totaliza R\$31.612,84.

Além disso, o revisor fiscal acostou ao processo uma planilha que não foi anexada quando da lavratura do Auto de Infração, porém encontra-se na mídia que foi entregue ao autuado, fls. 5.914/5.915.

Por conta disso, este item subsiste em parte, ficando reduzido para o valor de R\$434.282,99, conforme demonstrativo a seguir:

Infração	Data da Ocorrência	Data do Vencimento	I C M S
01	31/10/2004	09/11/2004	3.254,50
01	30/11/2004	09/12/2004	125.583,84
01	31/12/2004	09/01/2005	31.612,84
01	28/02/2005	09/03/2005	386,00
01	31/03/2005	09/04/2005	17,25
01	30/04/2005	09/05/2005	4.428,90
01	31/05/2005	09/06/2005	5.446,43
01	30/06/2005	09/07/2005	12.514,56
01	31/07/2005	09/08/2005	2.293,24
01	31/08/2005	09/09/2005	6.187,12
01	30/09/2005	09/10/2005	33.882,35
01	31/10/2005	09/11/2005	1.978,15
01	30/11/2005	09/12/2005	102.117,25
01	31/12/2005	09/01/2006	2.402,30

01	31/01/2006	09/02/2006	3.298,00
01	31/03/2006	09/04/2006	4.353,68
01	30/04/2006	09/05/2006	14.732,30
01	31/05/2006	09/06/2006	27.730,46
01	30/06/2006	09/07/2006	21.514,84
01	31/07/2006	09/08/2006	13.468,80
01	31/08/2006	09/09/2006	6.217,00
01	30/09/2006	09/10/2006	2.920,77
01	31/10/2006	09/11/2006	2.090,19
01	30/11/2006	09/12/2006	5.170,70
01	31/12/2006	09/01/2007	681,52
TOTAL			434.282,99

Verifico que o autuado reconheceu e recolheu em 28/12/2007 o débito no montante de R\$18.596,36, conforme extrato do SIDAT à fl.6.210 e 6.214 a 6.218.

INFRAÇÃO 03 - Utilização indevida de créditos fiscais (em valor superior ao destacado nos documentos fiscais) imposto lançado = R\$343.676,55.

Consta na descrição do fato que os créditos fiscais lançados nos livros fiscais em valores superiores, são decorrentes de utilização incorreta da alíquota de origem e de erro no próprio cálculo do valor do crédito fiscal, conforme demonstrado no Anexo V, fls. 726 a 833.

A revisão fiscal confirmou que o levantamento fiscal quanto aos números está correto, ou seja, que o valor do ICMS creditado foi o constante no documento fiscal, conforme documentos fls. 3.449 a 3.529.

Quanto aos equívocos na autuação apontados na defesa, no que tange a notas fiscais de devolução, citando como exemplo as notas fiscais de vendas/devolução nº 018811/020144; 017402/018024; 022200/023208; 023756/024011; 024049/031521; 042152/042754; 069141/072635; 072436/072986 e 073202/073986, o diligente fiscal analisou os documentos de fls. 3.531 / 3.548, e verificou que as operações neles constantes, referem-se a vendas de mercadorias, que posteriormente foram devolvidas, constatando que se tratam de operações de vendas a consumidor final, com alíquota de 17%, concluindo que o procedimento do autuado está correto. Com base nessa informação, considero que foram consignados indevidamente no levantamento fiscal os valores correspondentes aos citados documentos fiscais.

Com relação a alegação de que houve equívoco na emissão da Nota Fiscal nº 023756, de 14/03/2005, tendo sido consignado a cidade de Candeias/MG ao invés de BA, foi confirmado na revisão fiscal que assiste razão ao autuado de que a referida nota fiscal refere-se a venda (fl. 3.542) e a nota fiscal nº 024011, de 16/03/2005, a devolução (fl. 3.541), ou seja, constatou que se referem à venda e devolução, respectivamente, de 01 (um) refrigerador Continental 460 litros, onde consta nas mesmas o mesmo destinatário. Portanto, o creditamento à alíquota de 17% está correto, o que torna indevido o lançamento do débito inerente a este fato gerador.

Assim, resta agora examinar se a sistemática operacional nas operações que ensejaram a glosa dos demais créditos fiscais encontra amparo na legislação tributária.

Restou comprovado na revisão fiscal que os créditos fiscais são oriundos de operações de remessa por conta e ordem de terceiro, e esclarecido que o estabelecimento adquire produtos de diversos fornecedores situados na Zona Franca de Manaus, creditando-se de 12% do imposto, conforme art. 93, §§ 6º e 7º do RICMS/97. Diz que os fornecedores fazem remessas das mercadorias para os armazéns gerais situados em São Paulo e no Rio de Janeiro, e que quando as vendas são efetuadas, o autuado autoriza o armazém para que emita a nota fiscal e proceda a entrega da mercadoria ao seu estabelecimento em Salvador.

Considero que o procedimento do autuado não está em conformidade com o artigo 673, §§ 2º e 5º do RICMS/97, pois, em que pese a operação de venda ter ocorrido na Zona Franca de Manaus, as mercadorias foram remetidas para o estabelecimento do autuado em Salvador pelos Armazéns Gerais situados em São Paulo e Rio de Janeiro, cujo estabelecimento de Manaus apenas fatura, e portanto, o procedimento fiscal da fiscalização em considerar o cálculo do imposto à alíquota de 7% para fins de crédito fiscal está correto, uma vez que “considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, da transmissão à terceiro da propriedade de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, na unidade da Federação do transmitente (art. 12, V, da LC 87/96).

Com a exclusão dos valores computados indevidamente no levantamento fiscal, subsiste em parte, no total de R\$342.491,04, ficando os períodos abaixo alterados conforme quadros abaixo:

ESPECIFICAÇÃO	FLS.	fev/05	mar/05	mai/05	jul/05	nov/05
Crédito a maior		3.235,66	71.554,57	57.368,33	507,79	3.202,39
NF 18024	728	(231,40)				
NF 20144	728	(136,14)				

NF 24011	728		(71,00)			
NF 23208	728		(98,90)			
NF 31521	729			(181,00)		
NF 42754	729				(253,89)	
NF 72635	730					(36,88)
NF 72839	730					(111,00)
NF 73986	730					(65,30)
TOTAIS		2.868,12	71.384,67	57.187,33	253,90	2.989,21

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

<i>Infração</i>	<i>Data da Ocorrência</i>	<i>Data do Vencimento</i>	<i>I C M S</i>
3	30/11/2004	9/12/2004	5.300,00
3	31/12/2004	9/1/2005	27.694,93
3	31/1/2005	9/2/2005	2.772,10
3	28/2/2005	9/3/2005	2.868,12
3	31/3/2005	9/4/2005	71.384,67
3	30/4/2005	9/5/2005	34,90
3	31/5/2005	9/6/2005	57.187,33
3	30/6/2005	9/7/2005	113,54
3	31/7/2005	9/8/2005	253,90
3	31/8/2005	9/9/2005	2.654,52
3	30/9/2005	9/10/2005	3004,67
3	31/10/2005	9/11/2005	279,48
3	30/11/2005	9/12/2005	2.989,21
3	31/12/2005	9/1/2006	3.745,80
3	31/1/2006	9/2/2006	156,53
3	28/2/2006	9/3/2006	5.070,00
3	31/3/2006	9/4/2006	1.974,44
3	30/4/2006	9/5/2006	10.199,38
3	31/5/2006	9/6/2006	13.944,73
3	30/6/2006	9/7/2006	3.300,54
3	31/7/2006	9/8/2006	2.353,45
3	31/8/2006	9/9/2006	5.768,29
3	30/9/2006	9/10/2006	20.486,00
3	31/10/2006	9/11/2006	12.578,98
3	30/11/2006	9/12/2006	36.817,93
3	31/12/2006	9/1/2007	49.557,60
TOTAL			342.491,04

Verifico que o autuado reconheceu e recolheu em 28/12/2007 o débito no montante de R\$14.590,68, conforme extrato do SIDAT à fl. 6.210 e 6.214 a 6.218.

(...)

INFRAÇÃO 08 – Falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, período março a dezembro de 2006. Multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente, conforme demonstrativos no ANEXO VIII (fls. 1.239 a 1.280).

Consta que a mercadoria objeto da autuação trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária – Aparelho de telefonia celular – a partir de 01 de março de 2006 de acordo com o art. 353, inciso II, item 35, do RICMS/Ba aprovado pelo Dec. 6.284/97, e em conformidade com o art. 3º do Dec. nº 9.786 de 10 de fevereiro de 2006, as operações tratam de substituição/antecipação interna, em descumprimento ao artigo 352-A do RICMS/97.

Foi alegada na defesa a existência de erro de fórmula e cálculo, pois na Coluna “D” do levantamento fiscal deveria conter a base de cálculo do ICMS, sem a redução de 29,41% aplicada aos aparelhos de telefonia móvel no Estado da Bahia, conforme determinado no inciso XXIV do artigo 87 do RICMS/97, e que foi adicionado o valor do ICMS recolhido no Estado de origem ao valor da operação interestadual, superfaturando a base de cálculo, o tributo, e consequentemente a multa arbitrada.

Analizando o levantamento fiscal às fls. 1.239 a 1.280, Anexo VIII, Vol VI, mês de março, citado por amostragem pelo autuado, observo que não assiste razão ao autuado, pois o valor citado na defesa é proveniente da soma do débito apurado no mês, e o ICMS destacado na nota fiscal, compõe o valor do produto, e desta forma, ao calcular a redução da base de cálculo no percentual previsto, teria que seguir os passos descritos no demonstrativo de apuração.

Quanto aos créditos das operações de saídas dos aparelhos de telefonia celular até o mês de dezembro de 2006, a multa aplicada levou em conta os valores que deveriam ter sido recolhidos a título de antecipação parcial,

não sendo devido considerar tais créditos no levantamento fiscal. Se o autuado recolheu algum valor a mais deverá postular a restituição junto à repartição fiscal de sua circunscrição fiscal.

O artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Já o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 dispõe “No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Concordo com o argumento defensivo de que de acordo o artigo 352-A, inciso III, parágrafo 1º, do RICMS/97, inexistia a obrigatoriedade para efetuar a antecipação parcial, pois as mercadorias se tratam de APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR, e estão sujeitas a substituição tributária.

Não obstante o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, tanto para as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como as demais mercadorias, quando adquiridas de outras unidades da Federação para comercialização e não for feita a antecipação parcial ou substituição tributária e pago o imposto por ocasião das saídas, no presente caso, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, não é devida a exigência por antecipação parcial, e portanto, não aplicável a multa objeto da autuação.

Lançamento considerado indevido.

(...)

INFRAÇÃO 10 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.141.893,34, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006.

A constatação da falta de registro das entradas de mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo IX, foi feita com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, prevista no artigo 4º, § 4º da Lei 7.104/96, reproduzido no artigo 2º, § 3º, IV do RICMS-BA., cujas cópias foram obtidas nos postos fiscais (CFAMT) e junto aos respectivos fornecedores mediante circularização.

Foi suscitada a nulidade deste item por considerar que a autuação está baseada em presunção, com base no entendimento que é incapaz de identificar, por exemplo, o retorno de mercadorias, isto porque, deu a saída cuja nota fiscal original passou no posto fiscal e foi devolvida, razão por que deixou de registrar a entrada nos livros fiscais, entendendo que seria o caso de não exigência de imposto por omissão de saídas, mas sim, de aplicação da multa de 1% prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Não vejo como prosperar esse argumento defensivo, pois, a autuação está amparada em diplomas legais vigentes que autorizam a exigência de ICMS por presunção, e nos autos estão presentes as cópias das notas fiscais constando mercadorias no rol de produtos comercializados pelo defendant, fato não contestado nas suas alegações defensivas. Nas notas fiscais estão indicados os dados do autuado, na condição de adquirente, como: endereço e inscrição estadual. Ademais, este CONSEF tem decidido de forma reiterada que as notas fiscais emitidas em nome do adquirente são suficientes para caracterizar a infração.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado para verificar junto aos fornecedores que as mercadorias foram devolvidas através do próprio documento fiscal, o indefiro, com fulcro no art. 147, I, “b”, do RPAF/99. Os autos contêm todos os elementos necessários para a Decisão sobre a lide, foi objeto de revisão e o autuado teve todas as oportunidades de apresentar as provas para elidir a presunção legal de omissão saídas de mercadorias representadas pelas notas fiscais não registradas, e caberia ao próprio autuado obter as provas que julgar necessárias junto aos fornecedores para comprovar a não realização das operações comerciais ou as alegadas devoluções.

A presunção legal exigida no Auto de Infração, é juris tantum, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício. A simples negativa da não aquisição das mercadorias, não maculam a exigência fiscal em comento,

outrossim, não tem o condão de descharacterizar a ocorrência de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas.

Quanto a alegação de que as notas fiscais não foram registradas porque houve a devolução das mercadorias sem registrar as entradas nos livros fiscais, o diligente fiscal não logrou êxito na intimação expedida em 02/09/2008, fls. 5.901/5.914, pois o autuado não atendeu ao seu pedido no prazo estipulado, inclusive prorrogado para 22/09/2009 (fls. 5.905/6), apresentando relação analítica nesse sentido.

Observo que o lançamento precisa ser modificado, uma vez que não constam cópias de todas as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal e obtidas junto aos fornecedores e ao CFAMT (Anexo IX), fls. 1.281 / 1.532. Esta questão foi trazida aos autos na revisão fiscal, que inclusive já excluiu as notas fiscais que não existem cópias nos autos, conforme planilha de fls. 5.917 / 5.928.

O revisor fiscal informou que consta no processo recebimento dos demonstrativos entregues ao contribuinte, fls. 1.282, 1.283, 1.286, 1.290, 1.291 e 1.293, porém não fazem nenhuma menção de terem sido entregues cópias das respectivas notas fiscais. Apesar, disso, observo que pelos argumentos defensivos citando notas fiscais com destinatário diverso, cópias de notas fiscais lançadas e cópias consideradas em duplicidade, estou convicto de que recebeu cópias de todas as notas fiscais, inclusive as mesmas encontram-se anexadas pelo autuado à sua impugnação (fls. 3.419 a 8.843), e pode exercer plenamente a ampla defesa e o contraditório. Além do mais, ao ser cientificado da informação fiscal e da revisão fiscal poderia muito bem ter se manifestado sobre esta questão.

Com relação aos créditos fiscais correspondentes às notas fiscais não escrituradas, cujo imposto foi exigido no presente Auto de Infração, entendo que não pode ser reconhecido neste processo, devendo o sujeito passivo após a escrituração das aludidas notas fiscais nos livros próprios, requerer à Inspetoria Fazendária da sua circunscrição fiscal a utilização dos créditos de forma extemporânea.

Quanto aos equívocos apontados na defesa, a revisão fiscal trouxe aos autos as seguintes conclusões.

1. As notas fiscais 322.561 e 322.562, foram emitidas por Multibrás Eletrodomésticos Ltda., em 29/06/2005, conforme cópias às fls. 1.337 e 1.338, sendo cabível sua exclusão do levantamento fiscal.
2. Quanto a alegada duplicidade de lançamento das notas fiscais nº 4116, 87704, 126724, 25918, 181986, 745200, 549533, 550515, 550516, as autuantes reconheceram em parte a alegação defensiva e refizeram o débito de 31/12/2004.
3. O autuado não atendeu às intimações expedidas em 02/09/2008 e 22/09/2008 (fls. 5.901/5.914, 5.905/5.906), prorrogadas para 14/10/2008 a pedido do autuado, expedidas pelo revisor fiscal para que fossem indicadas quais datas lançadas para a notas fiscais não correspondem com o levantamento fiscal, a exemplo das NFs nº 477.620, 47.733, 134.266, 135.415, 137.160, 17.144, 24.231, 24.232, 24.233, 24.234, 24.235, 24.236, 14.237, 24.238, 24.239, 15.167, 15.168, 15.174, 15.176, 19.129 apontadas na defesa.

Isto posto, subsiste em parte este item conforme demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data da Ocorrência	Data do Vencimento	I C M S
10	31/10/2004	09/11/2004	19.658,12
10	30/11/2004	09/12/2004	2.683,38
10	31/12/2004	09/01/2005	48.954,22
10	31/01/2005	09/02/2005	40.446,83
10	28/02/2005	09/03/2005	205,08
10	31/03/2005	09/04/2005	8.287,19
10	30/04/2005	09/05/2005	101.219,14
10	31/05/2005	09/06/2005	3.590,45
10	30/06/2005	09/07/2005	2.771,01
10	31/07/2005	09/08/2005	7.055,96
10	31/08/2005	09/09/2005	27.402,17
10	30/09/2005	09/10/2005	12.240,90
10	31/10/2005	09/11/2005	63.531,71
10	30/11/2005	09/12/2005	88.163,92
10	31/12/2005	09/01/2006	53.809,05
10	31/01/2006	09/02/2006	59.874,52
10	28/02/2006	09/03/2006	120.766,26
10	31/03/2006	09/04/2006	7.076,29
10	30/04/2006	09/05/2006	13.990,39
10	31/05/2006	09/06/2006	17.305,04
10	30/06/2006	09/07/2006	10.030,00
10	31/07/2006	09/08/2006	65.878,88
10	31/08/2006	09/09/2006	42.331,43
10	30/09/2006	09/10/2006	8.509,13
10	31/10/2006	09/11/2006	5.310,99
10	30/11/2006	09/12/2006	32.198,02
10	31/12/2006	09/01/2007	118.130,58

T O T A L			981.420,66
------------------	--	--	-------------------

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$3.371.166,07, conforme quadro abaixo:

ITENS	DÉBITOS INICIAIS	VALORES RECONHECIDOS	IMPROCEDENTE	PROCEDENTE E PROC.EM PARTE
1	441.200,20			434.282,99
2	40.450,53	40.450,53		
3	343.676,55			342.491,04
4	34.159,79	34.159,79		
5	33.931,66	33.931,66		
6	100.892,10			100.892,10
7	877.992,87			877.992,87
8	382.278,95		382.278,95	
9	315.937,72			315.937,72
10	1.141.893,34	1.141.896,34		981.420,66
11	25.753,12	25.753,12		
12	460,00	460,00		
13	179.624,53	179.624,53		
14	3.769,06	3.769,06		
TOTAIS	3.922.020,42	1.460.045,03	382.278,95	3.053.017,38

RECOLHIMENTOS EFETUADOS

ITENS	VL.INICIAIS	1º PAGTº	2º PAGTº	3º PAGTº	DIF ^a RECOLHER
1	441.200,20		18.598,36		422.601,84
2	40.450,53	40.450,53			-
3	343.676,55		14.590,68		329.085,87
4	34.159,79	34.159,79			-
5	33.931,66	33.931,66			-
6	100.892,10		4.296,23		96.595,87
7	877.992,87		36.964,40		841.028,47
8	382.278,95		13.064,00		369.214,95
9	315.937,72		10.796,74		305.140,98
10	1.141.893,34		49.761,98	1.092.131,40	(0,04)
11	25.753,12	25.753,12			-
12	460,00	460,00			-
13	179.624,53	179.624,53			-
14	3.769,06	3.769,06			-
TOTAIS	3.922.020,42	318.148,69	148.072,39	1.092.131,40	2.363.667,94"

Diante da Decisão proferida, com sucumbência do Estado, a d. 2ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Digno de nota mencionar que neste PAF já houve a interposição de Recurso Voluntário contra a primeira Decisão que fora anulada por essa e. CJF. O Voto acima colacionado diz respeito ao novo julgamento ocorrido na primeira instância, mas que, não foi objeto de novo Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício que tem por objeto o reexame da Decisão proferida pela 2ª JJF, em face da sucumbência da Fazenda Estadual nas infrações 1, 3, 8 e 10.

Relato novamente que não houve interposição de Recurso voluntário contra a nova Decisão de primeiro grau, acima relatada, o que resulta no encerramento da ação fiscal para a empresa no âmbito administrativo.

A infração 1 aborda a falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo originalmente lançado o imposto no valor de R\$441.200,20 e reduzido no julgamento de piso para R\$434.282,99.

Vejo que a redução foi efetuada, por fiscal revisor, devido a erro nos demonstrativos originais nas ocorrências dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004. Trata-se de mero erro

formal e de fácil constatação, motivo pelo qual depreendo que foi acertada a Decisão de primeiro grau.

Infração 1, parcialmente procedente, nos termos do julgamento de base.

A infração 3, versa sobre a utilização indevida de créditos fiscais em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, sendo lançado originalmente o imposto no valor de R\$343.676,55, com redução para R\$342.491,04 após o julgamento de primeiro grau.

A redução deste item se deu por ficar comprovado que houve a devolução de várias mercadorias vendidas, operações que foram regularmente demonstradas e escrituradas, conforme a notas fiscais de vendas/devolução (nº 018811/020144; 017402/018024; 022200/023208; 023756/024011; 024049/031521; 042152/042754; 069141/072635; 072436/072986 e 073202/073986). Assim, com a efetiva verificação do retorno da mercadoria, entendo que correta a exclusão efetuada pela 2ª JJF dos seus valores nos demonstrativos iniciais, pois, fiscalmente contabilizadas as devoluções das mercadorias, com o ‘estorno’ do crédito na operação de retorno, não há que se falar em utilização indevida de crédito e, consequentemente, glosa de crédito.

Infração 3, parcialmente procedente, nos termos do julgamento de base.

A infração 8 trata sobre a falta de recolhimento do ICMS, antecipação parcial, no período março a dezembro de 2006, sendo lançada multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária parcial, em aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente.

A infração foi julgada improcedente pela d. 2ª JJF, pois, por força do art. 352-A, III, parágrafo 1º, não haveria obrigatoriedade de efetuar a antecipação parcial sobre operações com aparelhos de telefonia celular, que estaria sujeitas a substituição tributária.

Realmente, o art. 353, II, item 35, do RICMS/BA vigente à época dos fatos, previa que haveria a substituição tributária nas vendas/saídas de aparelhos de telefonia celular, conforme abaixo transscrito:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

35 - aparelhos de telefonia celular – NCM 8517.12.13, 8517.12.19 e 8517.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard) - NCM 8523.52.00;

Nota: A redação atual do item 35, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 92 (Decreto nº 10414, de 03/08/07, DOE de 04 e 05/08/07), efeitos a partir de 04/08/07. Redação anterior dada ao item 35, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 88 (Decreto nº 10.333, de 26/04/07, DOE de 27/04/07), efeitos de 01/05/07 a 03/08/07: "35 - aparelhos de telefonia celular, Smart Cards e SimCard - NCM 8525.20.2, 8523.52.00 e 8542.10.10;" Redação anterior dada ao item 35, tendo sido acrescentado ao inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 74 (Decreto nº 9786, de 10/02/06, DOE de 11 e 12/02/06), efeitos de 01/03/06 a 30/04/07: "35 - aparelhos de telefonia celular - NCM 8525.20.2;" (grifos nossos)

Sendo assim, deve-se realmente ser aplicado o art. 12-A, §1º, III da Lei 7.014/96, repetido no art. 352-A, §1º, III, RICMS/BA, vigente à época dos fatos.

Além disso, a época dos fatos não havia previsão da aplicação da multa percentual indicada na autuação.

Infração 8, improcedente, nos termos do julgamento de base.

Por fim, a infração 10 foi lançada para cobrar a falta de recolhimento do ICMS, devido a constatação de omissões de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de outubro de 2004 a dezembro de 2006, no valor de R\$1.141.893,34, reduzida após o julgamento para R\$981.420,66.

A diminuição do valor original foi motivada devido à retirada dos valores de notas fiscais relacionadas na autuação, mas que não foram colacionadas aos autos. A exclusão de tais valores foi objeto de revisão fiscal (fls. 5917/5928).

Também gerou a diminuição do valor lançado inicialmente a constatação de que as notas fiscais 322.561 e 322.562, emitidas por Multibrás Eletrodomésticos Ltda., (fls. 1.337 e 1.338), têm destinatário diverso (a Dismobras Distribuidora de Móveis e Eletrodomésticos Ltda e Makro S/A, respectivamente), e que houve duplicidade de lançamento das Notas Fiscais nºs 4116, 87704, 126724, 25918, 181986, 745200, 549533, 550515, 550516.

Ambos os fatos foram reconhecidos pelas autuantes, com o refazimento do débito da infração 10.

Entendo que todas essas circunstâncias ensejadoras das reduções ocorridas são questões de fato e foram comprovadas de plano. Portanto, as exclusões efetuadas pelas autuantes e acolhidas pela 2ª JJF estão corretas.

Assim, julgo parcialmente procedente a infração 10, nos termos do julgamento de base.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão de primeiro grau que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 115484.0005/07-6, lavrado contra RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA. (ELETRO RICARDO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$3.029.015,23, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.007.144,04 e 70% sobre R\$1.021.871,19, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$342.150,85, previstas nos incisos II, “d”, incisos XI e XV, “e”, da citada lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS