

A. I. N° - 206911.0001/11-5
AUTUADO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 06.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-02/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA. Acolhida parte das arguições do autuado. Infração parcialmente procedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Caracterizado a utilização do crédito fiscal sem a comprovação do pagamento do imposto, conforme exigido. Infração mantida. 3. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO INTEMPESTIVO DO IMPOSTO. Caracterizada a extemporaneidade do pagamento, bem a sua distinção em relação à infração 03. Mantida a exigência. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Reconhecida pelo autuado. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Reconhecida pelo autuado. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA COM O IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Demonstrado que parte das mercadorias não se encontravam, na época, enquadradas no regime de substituição tributária. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. b) FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Caracterizada a redução da base de cálculo nas saídas das mercadorias. Infração mantida. Afastadas as arguições de nulidade e não acolhido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/05/2011 para exigência de ICMS no valor total de R\$302.945,49, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Consta que se refere aos exercícios de 2006 e 2007. ICMS no valor de R\$103.890,91. Multa de 60%;

Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 63.929,34, sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. Multa de 60%;

Infração 03 – deixou de recolher a atualização monetária referente ao ICMS devido pela antecipação tributária, pago intempestivamente, porém espontaneamente. ICMS no valor de R\$354,85, multa de 60%;

Infração 04 – deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ICMS no valor de R\$ 51.382,66. Multa de 60%;

Infração 05 – recolheu a menos o ICMS no valor de R\$21.136,36, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60%;

Infração 06 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$13.806,07, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Multa de 60%;

Infração 07 - deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$48.266,30, relativo à entrada de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 191 a 208, apresenta defesa alinhado que, no que se refere à infração 01, constatou que já teve formalizada contra si essa mesma infração e referente ao mesmo período no Auto de Infração nº 279738.0167/09-1, lavrado contra o estabelecimento matriz da ora Impugnante (Inscrição Substituta n 52.583.449 e CNPJ n. 39.346.861.0001-6).

Alinha que, considerando a enorme quantidade de páginas que compõem os anexos do Auto de Infração nº 279738.0167/09-1, a ora Impugnante pede vênias para anexar à presente defesa um CD com os anexos onde constam os produtos autuados no Auto de Infração nº 279738.0167/09-1, para efeito de conferência com a presente infração, conforme CD em anexo (DOC. 03).

A Impugnante elaborou a planilha em anexo com a indicação dos produtos que necessitam ser excluídos da presente Infração 01, conforme anexo (DOC. 03).

Pede Diligência Fiscal para a exclusão dos valores indevidos e a elaboração de novo demonstrativa do débito.

Quanto à infração 02, assegura a necessidade de revisão da presente infração, sendo que a Infração 02 necessita ser revisada juntamente com a Infração 03, consoante se provará a seguir.

Alude que o equívoco da ora Impugnante foi ter utilizado um crédito que ainda não havia sido recolhido, tendo utilizado o crédito no último dia do mês de fevereiro de 2006, sendo que somente após o recolhimento é que deveria utilizá-lo.

Afirma que, neste caso, recolheu o ICMS, em 01/03/2006, conforme comprova o DAE em anexo (DOC. 04).

Ressalta que utilizou o crédito (antecipação parcial) em 28/02/2006 e o recolhimento do ICMS foi realizado em 01/03/2006. Portanto, o lapso temporal entre a utilização do crédito e o pagamento do ICMS foi de apenas um único dia, sendo que a Fiscalização está cobrando o imposto na sua integralidade.

Pede vênias para discordar da cobrança integral do ICMS, já que o imposto foi recolhido, entendendo que, em razão disso, o que deveria ser cobrado é a correção monetária dos dias em que utilizou o crédito e que ainda não havia sido pago (um único dia), e é justamente essa a fundamentação da lavratura da Infração 03, a seguir descrita.

Alinha que na infração 03 a própria Fiscalização reconheceu o pagamento do ICMS que gerou o crédito em discussão na presente Infração 02.

Assegura que, como o imposto foi pago (com o atraso de um único dia, mas foi pago), caso a ora Impugnante seja obrigada a pagar a Infração 02 e 03 do presente Auto de Infração, acabará pagando duas vezes o mesmo imposto.

Afirma anexar a presente defesa o comprovante do pagamento do DAE com o ICMS que gerou o crédito para esta infração (DOC. 04).

No que diz respeito à infração 03, assegura que a acusação fiscal é de falta de recolhimento da atualização monetária referente ao ICMS devido pela antecipação tributária, pago intempestivamente, porém espontâneo.

Aduz que a presente infração está correlacionada com a Infração 02, já que a Fiscalização cobra na presente Infração 03 a correção monetária do valor pago a título de ICMS com um único dia de atraso.

Entende que a presente Infração 03 deve ser julgada de forma conjunta com a Infração 02.

Quanto à infração 04, aduz que a acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas e reconhece a exigência aduzindo que efetuará o pagamento integral da presente infração.

Quanto à infração 05, alinha que a acusação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Reconhece e assegura que efetuará o pagamento integral da presente infração.

No que alude a infração 06, afirma que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que os produtos abaixo relacionados não são tributados pelo regime da Substituição Tributária - ST. No período de fevereiro 2006 até abril de 2007 não estavam no regime da ST, só a partir de maio de 2007 foram enquadrados na Substituição Tributária, *in verbis*:

“Art. 353

...

item "35 - aparelhos de telefonia celular, Smart Cards e SimCard - NCM 8525.20.2, 8523.52.00 e 8542.10.10;" efeitos a partir de 01/05/2007."

Elabora o demonstrativo abaixo com a indicação dos produtos que necessitam ser excluídos da presente Infração 06.

Tipo	Ano	Defesa
CHIP CELULAR	2006	8.061,23
CHIP CELULAR	2007	1.198,68
	TOTAL	9.259,91

Aduz anexar a presente defesa planilhas com os produtos que necessitam ser excluídos da presente Infração 06, conforme anexo (DOC. 05).

Requer a realização de Diligência Fiscal, para a exclusão dos valores indevidos e a elaboração de novo demonstrativo do débito.

No que tange a infração 07, alinha que a acusação fiscal é de falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Argumenta que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que os produtos relacionados abaixo têm redução de base de cálculo em 100% prevista no Decreto nº 7.577, de 25 de maio de 1999, *in verbis*:

“Art. 1º Nas operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, do RICMS-BA.”

Elaborou o demonstrativo abaixo com a indicação dos produtos que necessitam ser excluídos da presente Infração 07.

Data Emissão	Nota Fiscal	Item	Descrição	Valor
01/08/2006	413017	4	FILE PEIXE MERLUZA S/P IMP CONG	298,63
15/08/2006	424873	4	FILE PEIXE MERLUZA S/P IMP CONG	149,32
17/08/2006	425972	3	FILE PEIXE MERLUZA S/P IMP CONG	149,32
11/09/2006	446238	2	FILE PEIXE MERLUZA S/P IMP CONG	9,02
Total				606,28

Pelo exposto neste item, requer a realização de diligência fiscal, para a exclusão dos valores indevidos e a elaboração de um novo demonstrativo do débito.

Afirma que, com base no princípio da busca da verdade material e da ampla defesa, que o PAF seja encaminhado para diligência na ASTEC, para a elaboração dos ajustes que são necessários no cálculo do demonstrativo de débito da Fiscalização.

Com efeito, a ora Impugnante, após um esforço do seu departamento fiscal, conseguiu realizar um levantamento dos fatos englobados na autuação, mas infelizmente como só dispõe de 30 (trinta) dias para a localização de toda a documentação necessária à sua defesa, mas não conseguiu localizar todas as Notas Fiscais de Transferência.

Afirma que o fato da ora Impugnante não apresentar todas as notas fiscais de transferência não inviabiliza a realização de uma Diligência Fiscal. Com efeito, a apuração interna da ora Impugnante não se presta a ser uma contra-fiscalização, mas uma fonte de dados para se promover uma efetiva Diligência Fiscal.

Entende que a apuração real e efetiva do débito, em verdade, só ocorrerá na conclusão da Diligência Fiscal, quando será apurado o valor total do pretenso débito fiscal. Mas a Impugnante não pode re-fazer todo o trabalho da Fiscalização, até porque só dispõe de 30 (trinta) dias para apresentação da sua Defesa (Impugnação Administrativa).

Consigna que é função da Fiscalização (e não do Impugnante) promover uma revisão fiscal do Auto de Infração, pois não se pode, nesse sentido, obrigar o Impugnante a apresentar o valor final e específico do Auto de Infração, muito menos submeter a produção de uma prova a tal condição.

Pede que seja dado integral provimento à presente Impugnação Administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, às fls. 236 a 240 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo que, em relação à infração 01, reconhece a procedência parcial das alegações da Autuada contidas em sua peça defensiva constante nas fls. 191 a 208 do PAF em questão, quanto a valores cobrados indevidamente a título de Antecipação Tributária de produtos enquadrados no Regime de Tributação Antecipada do imposto (Anexos nºs 05 e 06), haja vista, que os mesmos foram objeto de autuação anterior sofrida pelo seu estabelecimento matriz, através do Auto de Infração nº 279738/0167/09-1.

Ressalta que os valores expurgados pelo Autuante contemplam o Exercício de 2006, em virtude de somente estes constarem no CD anexado pela Autuada a título de (DOC. 03), valendo ainda aludir que na respectiva mídia estão contidos também dados alienígenas à autuação em lide, os quais embora pertinentes ao Exercício de 2006 se referem a outros estabelecimentos congêneres da unidade fiscalizada, os quais logicamente, não foram objeto da autuação em lide.

Reafirma que foram mantidos em sua integralidade os valores alusivos ao Exercício de 2007 constantes no Anexo 06, em virtude da não comprovação dos valores supostamente contestados pela Autuada através do CD (DOC.03) juntado às fls. 219 a 220 do presente PAF, haja vista, a já citada ausência de tais dados na mídia indicada. Desta sorte, foi elidida parcialmente a Infração 01 remanescendo, entretanto, o montante de R\$85.754,35 encontrando-se tudo discriminados, conforme Anexo nº 15 devidamente corrigido, ora juntado à presente Informação Fiscal, e emitido em substituição ao Anexo nº 05 originariamente acostado às fls. 77 a 83 do PAF em comento.

Quanto a Infração nº 02, o autuante refuta as alegações da Autuada, porquanto a periodicidade da apuração do imposto é mensal. Ademais, como regra geral o usufruto do crédito tributário encontra-se adstrito ao suporte do ônus econômico precedente ou tempestivo, em obediência ao critério lógico/temporal. Assim sendo, não há razão para que seja admitido o benefício de um creditamento sem que fosse perfeita temporalmente a condição de usufruto. Aduz com fito de respaldar a sua construção lógica, como sejam: Materialmente no mês de fevereiro do exercício

“Y” seria possível a apropriação de crédito de ICMS contido em uma nota fiscal cuja entrada das mercadorias correspondentes, somente tivesse ocorrido no primeiro dia do mês de março do mesmo exercício “Y”? Efetivamente, pelo critério lógico temporal a resposta deveria ser NÃO! Mais outra, ao final do dia 28/02/2007 se fosse realizado um Balanço, os valores alusivos ao crédito glosado na autuação em tela, encontrar-se-iam disponíveis em seu ativo, ou já teriam sido sacrificados em função do creditamento levado a efeito? Desta sorte, não seria demasiado lembrar, que o direito tributário encontra-se calcado na verdade material, logo, no mês de fevereiro inexistiu o elemento fático que desse suporte ao creditamento da empresa, que passou a ser viável somente a partir do efetivo pagamento o qual se verificou no mês subsequente. Assim sendo, o Autuante reafirma a manutenção *in totum* da Infração 02 no valor de R\$63.929,34.

Para a Infração nº 03, refuta as alegações de defesa da Autuada por serem descabidas de elementos fáticos, uma vez que equivocadamente correlaciona fatos distintos, como sejam: a imputação da Infração 03, refere-se à extemporaneidade no pagamento de valores referentes a Antecipação Tributária de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária, ao passo que, a Infração 02 teve como mote, a utilização indevida de crédito fiscal, relativa a antecipação parcial do ICMS, figuras distintas, que na presente Autuação não estabelecem qualquer relacionamento. Destarte, o Autuante reafirma a manutenção *in totum* da Infração 03 no valor de R\$454,85.

No que diz respeito à Infração nº 04, afirma que a autuada reconhece integralmente a procedência da Autuação em lide, e informa que procederá ao recolhimento dos valores correspondentes, no valor de R\$51.382,66;

Em relação à Infração nº 05 a autuada reconhece integralmente a procedência da Autuação em lide, e informa que procederá ao recolhimento dos valores correspondentes, no valor de R\$21.135,36.

No que alude a infração nº 06, o autuante reconhece a procedência das alegações da autuada contidas em sua peça defensiva constante das fls. 198 a 200 do PAF em questão, quanto aos valores supostamente apropriados de forma indevida, alusivos a entradas de Chips Smart Card e Sim Card, NCM'S 8525.20. 2 , 8523.52.00 e 8542.101.10 cuja inclusão no rol dos produtos enquadrados no Regime de Substituição Tributária verificou-se com a edição do Dec. 10.333 de 26/04/07 efeitos a partir de 01/05/07. Assim sendo, afirma que foram produzidos os Anexos nºs 13 e 14 em substituição aos Anexos 03 e 04 acostados originariamente ao PAF. Efetuados os necessários ajustes, a partir dos expurgos procedidos, remanesceu o valor devido alusivo à Infração 06 de R\$ 4.626,17.

Em se tratando da infração nº 07, o autuante refuta as alegações da Autuada, quanto a existência de equívoco na Autuação concernente à falta de estorno do crédito fiscal de ICMS, sobre entradas de mercadorias cujas saídas gozam do benefício fiscal da Redução da Base Cálculo em 100%. Argui que o arrazoado da Autuada equivoca-se quanto a interpretação do dispositivo contido no Art. 1º do Decreto 7.577 de 25/05/1999, cuja citação do teor do normativo legal, somente serve para respaldar o acerto do Autuante. Ressalva que, se as mercadorias (Filé de Peixe) goza do benefício da Redução da Base nas saídas internas, logicamente, que os créditos auferidos nas suas entradas obrigatoriamente terão que ser estornados ou não apropriados regra consoante com o disposto no Art. 97, Inc. I, alínea “b” do RICMS-Dec. 6.284/97. Conclui, assim, que diante da apropriação efetuada pela Autuada, que acertadamente procedeu a glosa dos valores pertinentes. Reafirma, por conseguinte, a manutenção *in totum* da presente Infração 07 importando no valor de R\$ 48.266,30.

Conclui que, diante das reiteradas solicitações da Autuada quanto a determinação de Diligência Fiscal a cargo da ASTEC, cujo crivo decisório é prerrogativa desse colendo Conselho, o Autuante no desempenho das suas funções obedecendo piamente ao princípio da busca da verdade material que norteia os procedimentos fiscais, efetuou o refazimento dos Anexos nºs 03, 04 e 05

originariamente acostados ao PAF em lide, produzindo em substituição, os Anexos nºs 13, 14 e 15 representando os competentes Demonstrativos de Débito devidamente corrigidos ora juntados ao PAF em lide, importando em um crédito total remanescente de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor de R\$275.549,03 (Duzentos e setenta e cinco mil, quinhentos e quarenta e nove reais e três centavos) acrescidos dos consectários legais pertinentes.

O autuado, às fls. 272 a 282, volta a se manifestar afirmando que o autuante reconheceu, no bojo da sua Informação Fiscal, a procedência parcial dos argumentos da defesa quanto aos valores cobrados indevidamente a título de antecipação tributária de produtos enquadrados no regime de tributação antecipada, tendo em vista que os referidos valores já foram objeto de autuação anterior pelo estabelecimento matriz, conforme Auto de Infração nº 279738.0167/09-1.

Afirma ter anexado à sua defesa uma planilha com a indicação dos produtos que necessitavam ser excluídos da Infração 01, bem como CD com os produtos constantes (DOC. ANEXADO À DEFESA).

Aduz que, devido à enorme quantidade de páginas que compõem os anexos do Auto de Infração nº 279738.0167/09-1, a autuada, por equívoco, gravou no CD anexado à sua defesa apenas as informações referentes ao exercício de 2006, esquecendo-se de colocar as informações relativas ao exercício de 2007.

Assim, com o objetivo de colaborar com a busca da verdade material, elaborou o anexo demonstrativo com a indicação dos produtos relativos ao exercício de 2007 e que necessitam ser excluídos da Infração 01.

Auto Matriz	DATA	Nota_fiscal	Cfop	ICMS_ST_Indevido
279738.0167_09-1	16/01/2007	530816	6409	396,86
279738.0167_09-1	22/01/2007	535055	6409	330,34
279738.0167_09-1	26/01/2007	538558	6409	512,22
279738.0167_09-1	01/02/2007	542351	6409	391,30
279738.0167_09-1	07/02/2007	546648	6409	712,22
279738.0167_09-1	13/02/2007	551274	6409	501,09
279738.0167_09-1	15/02/2007	553445	6409	54,59
279738.0167_09-1	19/02/2007	555871	6409	695,90
279738.0167_09-1	02/03/2007	563309	6409	1.133,86
279738.0167_09-1	23/03/2007	578927	6409	989,08
279738.0167_09-1	02/04/2007	585433	6409	659,38
279738.0167_09-1	12/04/2007	593939	6409	424,42
279738.0167_09-1	21/04/2007	600928	6409	993,09
279738.0167_09-1	26/04/2007	603998	6409	357,25
279738.0167_09-1	02/05/2007	607764	6409	714,50
279738.0167_09-1	07/05/2007	611696	6409	1.071,75
279738.0167_09-1	11/06/2007	638041	6409	695,90
279738.0167_09-1	14/06/2007	641186	6409	754,73
279738.0167_09-1	26/06/2007	649515	6409	852,80
279738.0167_09-1	28/06/2007	651295	6409	376,78
279738.0167_09-1	04/07/2007	655920	6409	799,84
279738.0167_09-1	10/07/2007	660767	6409	912,88
279738.0167_09-1	19/07/2007	668430	6409	760,73
279738.0167_09-1	23/07/2007	670567	6409	891,27
279738.0167_09-1	31/07/2007	676789	6409	940,22
279738.0167_09-1	02/08/2007	678897	6409	178,65
279738.0167_09-1	07/08/2007	682424	6409	1.213,44

279738.0167_09-1	08/08/2007	683525	6409	41,48
279738.0167_09-1	10/08/2007	685642	6409	839,50
279738.0167_09-1	17/08/2007	691324	6409	1.230,62
279738.0167_09-1	10/09/2007	709646	6409	1.158,24
279738.0167_09-1	19/09/2007	717287	6409	1.180,62
279738.0167_09-1	27/09/2007	723739	6409	524,33
279738.0167_09-1	02/10/2007	727510	6409	539,33
279738.0167_09-1	09/10/2007	733644	6409	1.292,39
279738.0167_09-1	16/10/2007	738871	6409	613,53
279738.0167_09-1	23/10/2007	744313	6409	1.127,00
279738.0167_09-1	01/11/2007	751510	6409	450,80
279738.0167_09-1	05/11/2007	752855	6409	1.081,92
279738.0167_09-1	13/11/2007	760352	6409	616,50
279738.0167_09-1	19/11/2007	765332	6409	784,95
279738.0167_09-1	27/11/2007	772642	6409	539,33
Total				30.335,78

Pelo exposto neste item, a autuada requer a homologação dos valores excluídos na Informação Fiscal, bem como requer a realização de Diligência Fiscal, para a exclusão dos valores indevidos do ano de 2007 e a elaboração de novo demonstrativa do débito.

No que tange a infração 02, afirma que a autuante não acatou as razões de defesa da autuada sob o fundamento de que a periodicidade de apuração do ICMS é mensal.

Aduz que esse argumento por si só não serve para afastar o fundamento da defesa apresentada, pois conforme restou comprovado, no bojo da defesa, não houve prejuízo ao Erário Público.

Alinha que a acusação fiscal é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Em virtude de apropriação irregular de crédito fiscal de ICMS a título de Antecipação Parcial do imposto no mês de fevereiro de 2006 sem a efetivação tempestiva do competente pagamento, estando tudo discriminado conforme Anexo n 07 e cópias Xerox das páginas nº 01 a 03 do livro RAICMS e Relação de DAES – Março de 2006 todos juntados ao presente PAF.

Entende que comprovou, no bojo da sua defesa, a necessidade de revisão da Infração 02, que necessita ser revisada juntamente com a Infração 03.

Repete que o equívoco da autuante foi ter utilizado um crédito que ainda não havia sido recolhido, tendo utilizado o crédito no último dia do mês de fevereiro de 2006, sendo que somente após o recolhimento é que deveria utilizá-lo.

Repete os argumentos já articulados na primeira manifestação, concluindo por requer a exclusão da Infração 02.

Em relação à infração 03, reitera as razões da sua defesa no sentido de que o imposto foi pago (com o atraso de um único dia, mas foi pago), caso a autuada seja obrigada a pagar a Infração 02 e 03 do Auto de Infração, acabará pagando duas vezes o mesmo imposto.

Pelo exposto neste item, a autuada requer a exclusão da Infração 03.

Reconhece as infrações 04 e 05 e quanto a infração 06 afirma que a autuante concordou, no bojo da sua Informação Fiscal, com os argumentos da defesa, no sentido de inclusão indevida de valores supostamente apropriados de forma indevida, relativos às entradas dos produtos Chips Smart Card e Sim Card e efetuou a exclusão dos valores indevidos.

Pelo exposto neste item, a autuada requer a homologação dos valores excluídos na Informação Fiscal.

No que se refere à infração 07, repete os argumentos aduzidos na defesa inicial, bem como o pedido de diligência.

Pede o INTEGRAL PROVIMENTO à Impugnação Administrativa.

O autuante, às fls. 289 a 293, apresente nova informação fiscal argumentando que afirmando que, diante da renovação das alegações de defesa interpostas pela autuada, insurgindo-se contra o Auto de Infração nº 206911.0001/11-5, apresenta nova informação fiscal aduzindo que, em relação a infração 01, em virtude da renovação das alegações da Autuada, mediante a disponibilização de mídia contendo as informações alusivas a valores cobrados indevidamente a título de Antecipação Tributária de produtos enquadrados no Regime de Tributação Antecipada do imposto (Anexo nº 06), haja vista, que os mesmos foram objeto de autuação anterior sofrida pelo seu estabelecimento matriz, através do Auto de Infração nº 279738/0167/09-1, assegura o autuante, que, diante da apresentação de provas materiais, reconheceu a pertinência das alegações alusivas ao Exercício de 2007, constantes do “CD” apresentado pela Autuada (fls.283) do presente processo, produziu e faz juntada ao presente PAF, do Anexo nº 16 com a efetivação dos devidos expurgos, em substituição ao Anexo nº 06, originariamente constante às folhas 103 a 113 do presente PAF. Complementa que, desta sorte, foi elidida parcialmente a Infração 01 com a exclusão de valores alusivos ao Exercício de 2007, remanescendo, entretanto, o montante de R\$55.418,52; estando tudo discriminado, conforme Anexos nºs. 15 e 16 devidamente corrigidos, juntados à presente Informação Fiscal, e emitidos em substituição aos Anexos nºs 05 e 06 (fls. 77 a 83 e 103 a 113) do PAF em comento.

Em relação à infração 02, reitera a sua manifestação contida na Informação Fiscal constante das fls. 236 a 240 e refuta as alegações da Autuada, presentes às fls. 276 a 278 do presente PAF. Assim sendo, reafirma a manutenção *in totum* da Infração 02 no valor de R\$63.929,34.

Para a infração 03, reafirma a sua manifestação contida na Informação Fiscal constante das fls. 236 a 240 e refuta as equivocadas alegações da Autuada, contidas às fls. 279 do presente PAF. Assim sendo, o Autuante reafirma a manutenção *in totum* da Infração 03 no valor de R\$454,85.

No que é pertinente a infração 04, reitera o seu reconhecimento quanto à procedência da Autuação em lide, e informa que procederá ao recolhimento dos valores correspondentes, no valor de R\$51.382,66.

Quanto a Infração 05, reitera o seu reconhecimento quanto à procedência da Autuação em lide, e informa que procederá ao recolhimento dos valores correspondentes no valor de R\$21.135,36.

Em relação à infração 06, reitera o seu reconhecimento quanto à procedência das alegações da Autuada contidas em sua peça defensiva constante das fls. 198 a 200 do PAF, conforme manifestação exarada em Informação Fiscal prestada anteriormente e constante das fls. 239 do PAF em questão em questão. Remanescendo, entretanto, o total de R\$4.626,17 alusivos à Infração nº 06.

No que tange a infração 07, reitera a sua manifestação contida na Informação Fiscal prestada às fls. 236 a 240 e refuta as alegações da Autuada, contidas às fls. 276 a 278 do presente PAF. Considera que, embora desnecessário fosse, permite-se o Autuante aludir, que a Autuada, persiste no seu propósito descabido, de ignorar o basilar princípio constitucional-tributário da não-cumulatividade que rege a gravação do ICMS. Destarte, o Autuante reafirma a manutenção *in totum* da Infração nº 07 no valor de R\$48.266,30.

Conclui que, diante das reiteradas solicitações da Autuada quanto a determinação de Diligência Fiscal a cargo da ASTEC, cujo crivo decisório é prerrogativa desse colendo Conselho, o Autuante, no estrito desempenho das suas funções institucionais e obedecendo piamente ao princípio da busca da verdade material, que norteia os procedimentos fiscais, efetuou o refazimento dos Anexos nºs 03, 04, 05 e 06 originariamente acostados ao PAF em lide, produzindo em substituição, os Anexos nºs 13, 14, 15 e 16 representando os competentes Demonstrativos de Débito

devidamente corrigidos e juntados ao PAF em lide, importando em um crédito total remanescente de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor de R\$245.213,20 (Duzentos e quarenta e cinco mil, duzentos e treze e treze reais e vinte centavos) descritos pormenorizadamente, mediante a juntada dos novos demonstrativos pertinentes.

O autuado, às fls. 317 a 324 volta a se manifestar argüindo que em relação a infração 01, autuante, diante da apresentação de provas materiais pela autuada, no bojo da sua manifestação sobre a Informação Fiscal anterior de fls. 236/240, concordou com os argumentos da defesa, no sentido de inclusão indevida de valores relativos ao exercício de 2007.

Requer a homologação dos valores excluídos nas Informações Fiscais de fls. 236/240 e fls. 289/308, bem como informa que efetuará o pagamento do saldo devedor no valor de R\$55.418,52.

Quanto à infração 02, reitera a sua manifestação anterior e os termos da sua defesa.

Entende que o argumento de periodicidade de apuração do ICMS que é mensal, por si só não serve para afastar o fundamento da defesa apresentada, pois conforme restou comprovado, no bojo da defesa, não houve prejuízo ao Erário Público.

A autuada reitera as razões da sua defesa, no sentido de demonstrar o equívoco da autuante.

Em relação a infração 03 reitera os argumentos já alinhados.

Mais uma reconhece as infrações 04 e 05.

Quanto à infração 06, requer a homologação dos valores excluídos na Informação Fiscal, bem como informa que efetuará o pagamento do saldo devedor no valor de R\$4.626,16.

Aduz que em relação à infração 07 o autuante não acatou as razões de defesa da autuada. A autuada passa a demonstrar o equívoco da autuante, já articulados anteriormente.

Pelo exposto neste item, a autuada reitera o seu requerimento de realização de Diligência Fiscal, para a exclusão dos valores indevidos e elaboração do novo demonstrativo do débito.

Pede que seja dado integral provimento à Impugnação Administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 07 infrações, todas por descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devidamente relatadas.

Verifico que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia, até porque, conforme art. 142 do RPAF/BA, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Além do mais, em relação ao que foi apresentado pelo impugnante, o autuante acolheu e efetuou os ajustes quanto às infrações 01 e 06, apresentando os respectivos demonstrativos e quanto às infrações 02, 03 e 07, o próprio entendimento quanto ao mérito torna desnecessária qualquer diligência.

Acertadamente, o autuante, em relação à infração 01, reconhece os valores cobrados indevidamente a título de Antecipação Tributária de produtos enquadrados no Regime de Tributação Antecipada do imposto (Anexos nºs 05 e 06), haja vista que os mesmos foram objeto de autuação anterior sofrida pelo seu estabelecimento matriz, através do Auto de Infração nº 279738/0167/09-1.

Assim, corretamente o autuante reconhece a procedência parcial das alegações da Autuada tanto no exercício de 2006 quanto em relação ao exercício de 2007, constantes do “CD” apresentado pela Autuada no anexo 03 e à fls.283 do presente processo, produzido e constante do presente PAF, do Anexo nº 16 com a efetivação dos devidos expurgos, em substituição ao Anexo nº 06, originariamente constante às folhas 103 a 113 do presente PAF. Foi elidida parcialmente a Infração 01 com a exclusão parcial dos valores alusivos aos Exercícios de 2006 e 2007, conforme planilhas às fls. 248 a 256 e 294 a 301 dos autos, remanescendo, entretanto, o montante de R\$55.418,73.

Novo demonstrativo de débito da infração 01, com os devidos ajustes.

Exercício 2006	ICMS		Exercício 2007	ICMS
Ocorrência	Vr. Devido		Ocorrência	Vr. Devido
janeiro	1.967,92		Janeiro	2.586,51
fevereiro	2.624,48		Fevereiro	1.886,87
março	3.321,11		Março	2.110,95
abril	1.735,56		Abril	1.697,43
maio	2.730,24		Maiο	2.700,65
junho	3.337,25		Junho	2.181,17
julho	1.318,28		julho	778,07
agosto	2.484,96		agosto	2.573,83
setembro	2.110,85		setembro	1.515,05
outubro	3.084,82		outubro	843,86
novembro	2.739,16		novembro	1.488,75
dezembro	2.632,71		dezembro	4.968,21
TOTAL	30.087,35		TOTAL	25.331,37

Diante do exposto, a infração 01 foi reduzida para R\$55.418,72, cabendo a sua manutenção parcial.

Quanto à infração 02, deve ser observada a visão rigorosa quanto à utilização de créditos, basta verificar a previsão contida no art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96 que determina a aplicação da multa de 60% sobre o valor do crédito utilizado indevidamente, que não resulte em descumprimento de obrigação principal. Isso demonstra que, no presente caso havendo descumprimento de uma obrigação principal, não há como não exigir a utilização indevida do crédito com a cobrança do imposto. O crédito foi utilizado antes do pagamento do imposto antecipado, portanto em momento em que não poderia ser aproveitado, tornou indevido o crédito fiscal utilizado, com redução do imposto recolhido, não restando outra providência ao autuante senão a de efetuar a presente exigência. Assim, não carece competência ou mesmo recurso legal, a essa unidade fracionaria do CONSEF, para efetuar as compensações dos créditos fiscais indevidos com os valores eventualmente recolhidos intempestivamente pelo sujeito passivo, o que poderá ser possível alvo de restituição, mediante procedimento próprio previsto no RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela procedência da infração 02.

Nessa mesma linha, a infração nº 03 refere-se à extemporaneidade no pagamento de valores referentes à Antecipação Tributária Integral de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária, ao passo que a Infração 02 foi imputada por utilização indevida de crédito fiscal, relativa a antecipação parcial do ICMS, infrações de natureza distintas, evidenciado pela planilha à fl. 111 dos autos, acentuado pelo autuante em sua informação fiscal, que na presente exigência não contemplam o caráter excludente de uma das infrações, conforme pretende imputar o autuado, pois o pagamento da aludida correção não torna os créditos devidos, visto que se trata de fatos distintos. Por outro lado, se torna indispensável para corrigir a extemporaneidade relativa aos valores que foram pagos em atraso a aplicação do art. 137 do RICMS/BA.

Diante do exposto, considero procedente a infração 03.

No que é pertinente a infração 04 e 05, as mesmas são reconhecidas pelo autuado. Assim, considerando que foram imputadas em obediência aos atos normativos e leis desse Estado, bem como obedecendo ao devido processo legal, considero-as procedente.

Em relação à infração nº 06, o autuante, acertadamente, reconhece a procedência das alegações da autuada contidas em sua peça defensiva constante das fls. 198 a 200 do PAF em questão, quanto aos valores supostamente apropriados de forma indevida, alusivos a entradas de Chips Smart Card e Sim Card, NCM'S 8525.20. 2 , 8523.52.00 e 8542.101.10 cuja inclusão no rol dos produtos enquadrados no Regime de Substituição Tributária verificou-se com a edição do Dec. 10.333 de 26/04/07 efeitos a partir de 01/05/07. Assim sendo, afirma que foram produzidos os Anexos nºs 13 e 14 em substituição aos Anexos 03 e 04 acostados originariamente ao PAF. Efetuados os necessários ajustes, a partir dos expurgos procedidos, constantes das planilhas às fls. 257 a 265 dos autos, remanescendo o valor devido alusivo à Infração 06 de R\$4.626,16, conforme demonstrativo de debito a seguir:

2006		2007
jan		10,27
fev	74,67	6,08
março	322,9	30,02
abril	178,30	53,81
maio	291,93	1.159,5
junho	161,11	797,09
julho		1.120,10
agosto	21,34	118,67
setembro		52,83
outubro	1,05	36,70
novembro	9,17	85,69
dezembro	35,63	59,20
Totais	1.096,14	3.530,02

Diante do exposto, a infração 06 é parcialmente procedente, devendo ser exigido o ICMS no valor de R\$4.626,16.

No que alude a infração nº 07, resta acolher as arguições do autuante, não havendo o equívoco arguido na autuação, na medida em que ficou evidenciado o não estrondo dos créditos fiscais de ICMS relativa às entradas de mercadorias, cujas saídas gozam do benefício fiscal da Redução da Base Cálculo em 100%. Realmente equivocou-se o impugnante ao interpretar do dispositivo contido no Art. 1º do Decreto 7.577 de 25/05/1999 em seu favor, pois o mesmo determina a redução da base de cálculo em 100%, com observância do disposto nos art. 97 a 100 do RICMS/BA. Ocorre que o art. 100, II do RICMS determina exatamente que o contribuinte deve estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

A mercadoria filé de peixe goza do benefício da Redução da Base nas saídas internas, logicamente, que os créditos auferidos nas suas entradas tributadas obrigatoriamente terão que ser estornados. Acertadamente o autuante procedeu à exigência dos valores relativos aos créditos fiscais que não foram proporcionalmente estornados.

Cabe, por conseguinte, a manutenção da infração 07.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, totalizando R\$245.213,40, tendo em vista as modificações introduzidas nas infrações 01 e 06.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0001/11-5**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$245.213,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alíneas “a”, e “d”, e VII, alínea “a”, “b”, VIII da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR