

A. I. Nº - 55862.0021/11-3
AUTUADO - ELENITA CERQUEIRA RODRIGUES
AUTUANTE - EREMITO GONÇALVES DE ROMA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 19.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-02/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESENQUADRAMENTO DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE PARA NORMAL. APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA SOBRE OS ESTOQUES. Restou comprovado que o autuado aplicou alíquota superior a prevista a apuração do crédito fiscal. Refeitos os cálculos mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, resultando em redução do valor autuado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Comprovado que o autuado utilizou indevidamente crédito do ICMS relativo ao período em que estava enquadrado no regime de apuração do SimBahia. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2011, exige ICMS, no valor histórico de R\$154.911,52, acrescido da multa de 60%, decorrente de:

Infração 01 – 01.02.47 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$145.450,48, em razão de aplicação incorreta de alíquota sobre as mercadorias constantes no levantamento das mercadorias em estoque, no último dia útil do mês em que recebeu a comunicação de desenquadramento da condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para Normal.

Infração - Utilizou a maior crédito fiscal no valor de referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Crédito do período de Simbahia.

O autuado apresentou defesa, fls. 19 a 21, argumentando que na infração 01 o autuante calculou o valor do crédito sobre o valor do estoque da loja em 31/06/2007, quando deveria somar o estoque total, loja e depósito, que dá um montante de R\$1.085.450,81 (R\$488.452,00 loja e R\$596.998,81 depósito), e com alíquota de 17% e não 8% como foi calculado, gerando uma diferença que não procede.

Aduz que o autuante esqueceu que a Empresa tem um Depósito Fechado na Rua João Teixeira, 226, com C.G.C nº 03.135.767/0004-69 e Inscrição Estadual nº 062.229.650, onde estão documentadas e escrituradas todas as mercadorias que não estão na loja, assim sendo compõe o estoque da empresa, a soma do Inventário da Loja e do Depósito. A empresa comercializa móveis, eletrodomésticos e colchões, os móveis geralmente vêm do Sul e Sudeste do País, este vem com crédito de ICMS de 7% e 12%, lhe obrigando a pagar a Antecipação Parcial para totalizar o crédito de 17%, que é o do Estado.

Diz que a empresa foi desenquadrada de condição do Simples ou Micro Empresa Estadual, ao sair deste Sistema, ficou com seu estoque, então apurou o montante e aplicou os 17%, pois que, mesmo sendo Microempresa a firma pagou a Antecipação Parcial de tudo que adquiriu.

Estranha o fato do autuante conceder um crédito de 8%, pois que somente a Antecipação Parcial que pagou destas mercadorias gira em torno de 6 a 10,8%, fora o crédito que vem na nota de origem.

Quanto a infração 02, aduz que não assiste razão ao autuante, pois estes créditos fiscais se referem a ICMS pagos, já quando a empresa estava já na condição de normal, visto que os mesmos foram pagos em julho/2007, agosto/2007 e setembro/2007. E a empresa ficou desenquadrada em 30/06/2007, portanto em data anterior ao pagamento dos ICMS.

Toda a documentação e livros fiscais, estão à disposição do fisco e espera que nesta primeira fase o autuante reconheça a verdade, conforme cópia dos comprovantes do ICMS, doc. nº 37 a 45.

Requer revisão por fiscal estranho e que seja do CONSEF.

Ao finalizar, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O auditor autuante, fls. 65 e 66, ao prestar a informação fiscal, diz que em mais de trinta anos de experiência laboral nunca viu uma situação dessas, a empresa com dois inventários, um da loja e outro do depósito fechado, até onde conhece, o inventário é uno para cada empresa, depósito fechado não movimenta e nem controla mercadorias, apenas deve ter um controle interno, que muitas empresas nem o fazem. No caso presente, a empresa fez sim um inventário uno, e trimestral, contendo o ano inteiro de 2007, como não poderia deixar de ser, caso contrario estaria incorrendo em infração a legislação, lhe foi entregue juntamente com os demais livros fiscais quando da ação fiscalizadora, neste caso, levantou o valor do estoque remanescente em 30/06/2007, concedendo-lhe o crédito inicial pertinente do novo sistema de apuração, vez que o contribuinte não cumpriu a legislação, fazendo o devido demonstrativo na forma regulamentar. E para confirmar a veracidade dos fatos, estão acostadas ao PAF e autenticadas pela fiscalização, todas as folhas do inventário até 30/06/2007, fls. 04 a 19, as demais não as reconhece.

Frisa que a antecipação parcial não é complemento de Alíquota de mercadoria em estoque, nem tampouco dá direito a nenhum tipo de utilização de crédito por parte do contribuinte (SIMBAHIA) no período considerado, que o crédito presumido de 8% sobre o estoque remanescente em 30/06/2007, é o adequado para o seu regime simplificado de apuração no período, e por ter adquirido mercadorias em outras unidades da federação com predominância da Alíquota de 7% e 12%.

Em relação a infração 02, assevera que a interpretação dada pelo contribuinte na utilização desse recolhimento antecipação parcial tem clara evidencia de burlar a legislação pertinente, uma vez que o fato gerador é anterior ao período em que lhe é permitido à utilização do crédito por antecipação parcial.

Considerando que o inciso II do artigo 662 do RICMS/BA determina que: *II - escrituração fiscal: o depósito fechado manterá, apenas, os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências.* Considerando que a regra acima se aplica, inclusive, aos contribuintes SimBahia, regime no qual o estabelecimento autuado era optante.

Considerando que a redação da época dos fatos geradores do inciso III do artigo 408-B do RICMS/BA, determinada, em relação a alíquota a ser aplicada: **Redação anterior dada ao inciso III do art. 408-B pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00. DOE de 30 e 31/12/00), efeitos de 30/12/00 a 30/06/07:** *"III - as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria".*

O PAF foi proposta convertido em diligencia a ASTEC a fim de comprovar a existência ou não do depósito fechado e se a fiscalização teria observado o disposto no inciso III do artigo 408-B do RICMS/BA.

Mediante Parecer ASTEC nº 0164/2011, a auditora designada concluiu, fl. 78, que o contribuinte comprovou através de notas fiscais a existência do depósito fechado ligado ao sujeito passivo e informou que a fiscalização não observou o previsto III do artigo 408-B do RICMS/97.

Foram intimados para se manifestarem o autuado e o autuante, entretanto os dois silenciaram.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, em 20/03/2012, tendo esta 2ª.JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser julgado.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 02 (duas) infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, em razão de aplicação incorreta de alíquota sobre as mercadorias sujeitas ao ICMS, constantes no levantamento das mercadorias em estoque, no último dia útil do mês em que recebeu a comunicação de desenquadramento da condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para Normal.

O sujeito passivo alega que possuía depósito fechado e que o autuante não considerou o estoque do estabelecimento existente no referido depósito, tendo questionado, ainda, a alíquota de 8% aplicada sobre os estoques pela fiscalização quando da mudança de regime.

Na informação fiscal o autuante não aceita os argumentos defensivos, alegando que o inventário é uno para cada empresa e que teria aplicado a alíquota correspondente ao crédito presumido do SimBahia.

Entendo que o argumento da fiscalização não pode ser acolhido, por conflitar com o previsto no Inciso II do artigo 662 do RICMS/BA determina que:

II - escrituração fiscal: o depósito fechado manterá, apenas, os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências.

Portanto, o autuante deveria ter observado e soma os estoques existentes na loja e no depósito fechado, como argumentou a defesa.

Ocorre que a fiscalização considerou apenas parte do estoque pertencente ao sujeito passivo, qual seja, o que estava na loja do contribuinte.

Cabe ressaltar que o livro Registro de Inventário destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço, em conformidade com o Convênio SINIEF, de 15/12/70, devendo ser utilizado por todos os estabelecimentos que mantiverem mercadorias em estoque.

A diligência realizada pela ASTEC, a qual não foi contestada pelo fiscal autuante no prazo legal que lhe foi concedido, constatou a existência de movimentação entre a loja e o depósito fechado. Tal fato, em meu entender, comprova a tese da defesa, relativa à existência de mercadorias, de sua propriedade, no referido depósito, além de válida as cópias dos livros Registros de Inventário acostado às folhas 22 a 37, estabelecimento varejista, e 38 a 54, do depósito fechado.

Observo no papel de trabalho que embasou a infração, fl. 05, que o preposto fiscal considerou apenas o valor de R\$488.452,00 com estoque existente em 30/06/2007, data em que a empresa deixou o regime de apuração do ICMS. O correto seria considerar o valor de R\$ 488.452,00, fl. 36, do estoque existente no estabelecimento varejista (loja que efetivamente efetuava as vendas, Inscrição Estadual nº 57.420.525) e o valor de R\$ 596.998,81, fl. 53, do estoque existente no depósito fechado (Inscrição Estadual 62.229.650), que somados totaliza R\$ 1.085.356,81.

O então vigente artigo 408-B, do RICMS/97, com a redação dada pelo Decreto nº 7.466/98, efeitos de 01/01/99 a 30/06/07, estabelecia que:

"Art. 408-B. Na hipótese de alteração de inscrição, passando o contribuinte da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, uma vez determinado o desenquadramento da condição anterior, deverá o contribuinte, no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, especificando, separadamente:

I - as mercadorias cujas operações subseqüentes sejam isentas ou não-tributadas;

II - as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353;

Redação anterior dada ao inciso III do art. 408-B pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00. DOE de 30 e 31/12/00), efeitos de 30/12/00 a 30/06/07:

"III - as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria".

Portanto, o argumento do contribuinte que deveria ser aplicada a alíquota de 17% não tem amparo legal, pois a alíquota vigente em suas aquisições era de 7%.

O Inciso III acima transcrito determina que *para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, não existindo* previsão para se adicionar o percentual relativo aos valores recolhidos a título de Antecipação Parcial do ICMS com pretensão a defesa.

Assim, entendo que deve ser aplicada a alíquota de 7% sobre o valor de R\$1.085.356,81, o que representa um crédito fiscal no valor de R\$75.974,98. Como o contribuinte utilizou o valor de R\$184.526,64, ou seja, valor superior ao devido, a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$108.551,66 (R\$184.526,64 - R\$75.974,98).

Por fim, recomendo que a Inspetoria Fazendária analise a possibilidade de nova ação fiscal, considerando que a diligência da ASTEC constatou a existência de rasuras em documentos fiscais.

Assim, entendo que a infração é parcialmente subsistente em R\$108.551,66.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado a maior crédito fiscal de ICMS, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, no período do período de Simbahia.

O sujeito passivo aduz que tem direito ao crédito fiscais, sustentando que os valores são referentes ao período em que estava enquadrado no regime normal de apuração.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, pois as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS acostadas às folhas 06, 07 e 08 dos autos comprovam que os recolhimentos são referentes as operações realizadas nos meses de abril, maio e junho de 2007, período em que o autuado estava enquadrado do SimBahia, ou seja, não poderia ter utilizado os referidos créditos.

Logo, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	108.551,66
2	PROCEDENTE	9.461,04
SOMA		118.012,70

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 **55862.0021/11-3**, lavrado contra **ELENITA CERQUEIRA RODRIGUES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$118.012,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR