

A. I. Nº - 2069690001/12-4
AUTUADO - PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTES - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 21.11.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0264-02/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** PAGAMENTO A MENOS. Confirmada a Denúncia Espontânea de parte do valor exigido. Reduzido o valor reclamado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Reconhecida pelo impugnante, infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Não foram acolhidas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE PAGAMENTO. Reconhecida pelo impugnante. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. Reconhecida pelo impugnante, infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Reconhecida pelo impugnante, infração caracterizada. **c)** BENEFÍCIO FISCAL. TERMO DE ACORDO ATACADISTA. UTILIZAÇÃO ACIMA DOS 10%. Demonstrada a utilização nas aquisições de crédito fiscal acima do fixado no aludido acordo. Infração caracterizada. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Não ficou demonstrado o pagamento do imposto que originou a utilização do crédito fiscal. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Apesar de negar que as mercadorias são destinadas a uso e consumo, são classificadas como tal, com a indicação do CFOP, bem como não consegue o sujeito passivo, com a descrição das mesmas, desenquadrá-las como uso e consumo, pelo contrário reafirma tal destinação. Infração caracterizada. Afastadas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$161.788,62 em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. O ICMS no valor de R\$3.388,78. Com multa de 60%;

2. Efetuou o recolhimento a menor 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. Totalizando uma infração de R\$64.219,44. Multa de 60%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. O ICMS no valor de R\$8.330,34. Com multa de R\$ 60%;
4. 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. O ICMS no valor de R\$550,96. Com multa de R\$ 60%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. O ICMS no valor de R\$6.198,77. Com multa de R\$ 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. O ICMS no valor de R\$12.143,64. Com multa de R\$ 60%;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento(s) fiscal (is). O contribuinte beneficiário de Termo de Acordo Atacadista firmado c/ o Estado da Bahia e utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS acima do limite permitido pela Legislação do Imposto – neste caso, limitado a 10% do valor da operação, conforme disposto no art. 6º do Dec. Nº 7.799/2000. O ICMS no valor de R\$2.365,71. Com multa de R\$ 60%;
8. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. O ICMS no valor de R\$55.952,45. Com multa de R\$ 60%;
9. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O ICMS no valor de R\$8.638,52. Com multa de R\$60%.

A defesa argui, às fls. 764 a 774, que o item 01 (infração 01) em comento foi adimplido quando da ação fiscal anterior, como se vê do DAE no valor de R\$10.003,52, apenso, bem como extrato de denúncia espontânea, também apensa. O item número 01 no valor de R\$449,92 também foi pago, como se vê do DAE que vai apenso.

Alude que, todo crédito tributário foi pago, restando o referido item totalmente sem efeito ou nulo.

“INFRAÇÃO 02 – 07-01-02 EFETUOU O RECOLHIMENTO A MENOR 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.”

Entende que, da narrativa dos fatos aflora sua nulidade inconfundível, na medida em que o auditor não especificou a infração cometida, lançando mão da conjunção alternativa “e/ou” para confundir o defendente e dificultar sua defesa, já que a acusação ficou dúbia e confusa.

Consigna que não especificou o fiscal se o autuado efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

Salienta que o auto de infração, como ato administrativo, regrado e vinculado depende de requisitos e condições sem os quais perde sua validade administrativa e eficácia jurídica. É o caso em questão, onde a falta de clareza e a incerteza da acusação fulminaram de nulidade o suposto ilícito fiscal que aqui se rebate.

Coaduna como visto acima que a acusação é indecisa e inexata, não conferindo ao autuado os meios e recursos necessários para que o mesmo pudesse se defender, chegando ao absurdo de não revelar exatamente o suposto ilícito cometido, apontando duas situações diferentes e distintas, sem especificar exatamente o suposto ato ilícito que deu ensejo a autuação fiscal.

Assegura que, a narrativa do fato motivador do ilícito veio acompanhada de dúvida, por isso mesmo que beneficia o autor, porque no direito tributário pátrio as dúvidas devem ser dirimidas sempre a favor do contribuinte e não do fisco (*in dubio pro contribuinte*), a teor do comando gravado no artigo 112, I a IV, do CTN (Lei Complementar nº 5.172/66).

Acrescenta, ainda, que deve esse item do auto de infração ser declarado totalmente nulo, porque não aponta com clareza e certeza a suposta acusação, imperando a dúvida, a dificultar a defesa do autor, sem que o mesmo possa aferir se as mercadorias apontadas no suposto ilícito foram originadas de outra unidade da federação ou do exterior. É o que se requer.

INFRAÇÃO – 03 – 07.15.01 – DEIXOU DE EFETUAR O RECOLHIMENTO DO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, REFERENTE ÀS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ADQUIRIDAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. NÃO ANTECIPAÇÃO PARCIAL CONFORME PLANILHA ANEXO. (2004 a 2007).

Consigna que a infração foi paga acrescida de consectários legais, conforme DAE anexo no valor de R\$11.668,64, devendo, por isso mesmo, ser extinta.

INFRAÇÃO 04 – 07.01.01 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 RELACIONADAS NOS ANEXOS 88 E 89.

Alude que a infração foi paga acrescida de consectários legais, conforme DAE anexo no valor de R\$800,76, devendo, por isso mesmo, ser extinta.

INFRAÇÃO 05 – 01.02.18 – UTILIZOU INDEVIDAMENTE CRÉDITO FISCAL DE ICMS RELETIVO A AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS.

Salienta que a infração foi paga acrescida de consectários legais, conforme DAE anexo no valor de R\$ 8.932,26, devendo, por isso mesmo, ser extinta.

INFRAÇÃO 06 – 01.02.06 UTILIZOU INDEVIDAMENTE CRÉDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A MERCADORIA(S) ADQUIRIDA(S) COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Assegura que a infração foi paga acrescida de consectários legais, conforme DAE anexo no valor de R\$16.929,98, devendo, por isso mesmo, ser extinta.

INFRAÇÃO 07 – 01.02.41 – UTILIZOU INDEVIDAMENTE CRÉDITO FISCAL DE ICMS EM DECORRÊNCIA DE DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NO (S) DOCUMENTO (S) FISCAL (IS).

Entende que a infração em comento deve ser julgada totalmente improcedente.

Aduz que, embora o autuado não acoste aos autos do PAF as notas fiscais que rechaçam a pretensão fiscal, seguem, como meio de prova, o KARDEX com os números das notas fiscais, dando conta que foram emitidas, *in totum*, com destaque de ICMS à alíquota de 17%. Assim foram tributadas, não havendo que se cogitar de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is). Pela improcedência.

INFRAÇÃO 08 – 01.02.74 – UTILIZOU A MAIOR CRÉDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO OU DO EXTERIOR.

Assinala que o valor do crédito tributário no importe de R\$ 41.785,20, refere-se a crédito tributário lançado e ainda não comprovado. Dita infração será apurada no decorrer do PAF para chegar-se aos motivos de tal aberração. É o que se requer.

Afirma que, no que se refere ao item no valor de R\$ 6.400,61, vê-se na DMA, de abril, apenas, a existência de saldo credor no valor de R\$ 6.431,71. Dito crédito não foi utilizado no mês de maio/2010, como se vê da DMA desse período que também vai apenas.

Ressalta que o referido crédito só foi utilizado na DMA do mês de junho/2010, não havendo que se falar, destarte, em crédito indevido. Ocorre que, segundo a defesa, os demais créditos foram

utilizados na apuração, assim como o foi o débito correspondente na venda das mercadorias, não havendo que se falar em prejuízo ao erário.

INFRAÇÃO 09 - 06.02.01 – DEIXOU DE RECOLHER ICMS DECORRENTE DA DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS, NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO ATIVO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO.

Entende, portanto, que a autuação acima é de todo improcedente. Alude que, se trata de máquinas, equipamentos, materiais de merchandising, como bens para exposição tipo expositor, precificador, gondola etc, não havendo que se falar em mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento, consoante notas fiscais que vão apenas num total de 76 documentos.

Conclui que seja julgado totalmente improcedente o auto de infração acima epigrafado, eis que os créditos tributários exigidos ou foram adimplidos ou são improcedentes.

A autuante, nas fls. 901 a 913, afirma que o contribuinte reconhece e efetua o pagamento correspondente às Infrações 03, 04, 05 e 06, contestando as Infrações 01, 02, 07, 08 e 09.

Aduz que as alegações da defesa e os documentos por ela acostados, se pode ver que o DAE no valor de R\$ 10.003,52 refere-se a recolhimento de ICMS antecipação parcial recolhido a menor objeto de denúncia espontânea datada de 31/05/2010, referente períodos compreendidos nos exercícios de 2008 e 2009, como se vê nas folhas 778 a 780. Entende que a Denúncia abrange o período de janeiro/2008 a dezembro/2009, não havendo nenhum item referente ao exercício de 2010, as planilhas anexadas que demonstrariam os cálculos referem-se ao período de janeiro a dezembro/2009 (fls. 782/783) e janeiro a abril/2010, não havendo nenhum demonstrativo referente ao exercício de 2008.

Afirma ainda que no auto de infração, foi demonstrada a apuração da *infração 01* no ANEXO I, conforme informado na descrição da *Infração 01* (fls. 12 a 93), onde temos as informações de data de entrada, nº da nota fiscal, descrição da mercadoria, e todas as informações do cálculo do Imposto. Alega ter constatado que o contribuinte errou no cálculo do ICMS antecipação parcial em relação às mercadorias com IPI, sendo que o valor dessa parcela (IPI) não fora incluída na base de cálculo do ICMS pelo contribuinte.

Assinala a oposição aos demonstrativos anexados pela defesa com os demonstrativos do auto de infração e ANEXO I, no qual o ICMS devido apurado por esta fiscalização referente ao exercício de 2009 já foi objeto da Denúncia Espontânea nº 600000.2390/10-0, com recolhimento do ICMS através do DAE no valor de R\$ 10.003,52, que inclui denúncia de valores referentes ao exercício de 2008 também (fls. 01/02, 12/93, 778/783). Entende que permanecem inalterados os valores apurados por esta fiscalização referentes ao ICMS a recolher compreendidos no exercício de 2010, totalizando R\$1.109.01.

Assegura que o alegado pagamento em relação ao item número 01 no valor de R\$ 449,92, referente período 03/2009, já integra a citada Denúncia Espontânea nº 600000.2390/10-0. Entretanto, tal fato não implica em prejuízo para o contribuinte, pois utiliza os valores referentes ao pagamento de ICMS antecipação parcial como crédito em sua escrita fiscal.

Destaca que após análise da documentação acostada à Defesa e exclusão dos débitos referentes ao exercício de 2009, já denunciados, o Demonstrativo de Débito referente à *Infração 01* passa a ser:

D. Ocorr.	D. Vencto.	B. cálculo-	Aliq. (%)	Multa (%)	V. Hist. em Real APÓS I.FISCAL	Observação
31/3/2009	25/4/2009	2.646,58	17	60	0	Pg D.Esp.-alterado
31/5/2009	25/6/2009	157,17	17	60	0	Pg D.Esp.-alterado
30/11/2009	25/12/2009	972,17	17	60	0	Pg D.Esp.-alterado
31/12/2009	25/1/2010	675,58	17	60	0	Pg D.Esp.-alterado
31/1/2010	25/2/2010	816	17	60	138,72	Defesa/Mantido
31/3/2010	25/4/2010	550,76	17	60	93,63	Defesa/Mantido
30/4/2010	25/5/2010	3.774,88	17	60	641,73	Defesa/Mantido
31/5/2010	25/6/2010	458,23	17	60	77,9	Defesa/Mantido
30/6/2010	25/7/2010	142,52	17	60	24,23	Defesa/Mantido
31/7/2010	25/8/2010	781,17	17	60	132,8	Defesa/Mantido

31/1/2009	25/2/2009	6.484,05	17	60	0	Pg D.Esp.-alterado
28/2/2009	25/3/2009	2.474,88	17	60	0	Pg D.Esp.-alterado
TOTAL.					1.109,01	

Assim, entende que a autuante solicita retificação na Infração 01, nos termos do demonstrativo de débito acima.

Observa que a defesa transcreve apenas parte da descrição da infração para alegar que haveria nulidade da autuação em relação à *infração 02*. Para melhor entendimento, transcreve o texto completo constante no auto de infração:

“Infração 02 – 07.01.02

Efetuou o recolhimento a menor 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.

Efetuou recolhimento a menor do ICMS substituição tributária, por antecipação, nas aquisições interestaduais de bebidas alcoólicas nos meses de junho, julho e out/2009, e referente a aquisições de fraldas descartáveis e absorventes higiênicos no período de jan, fev e abril/2010, conforme demonstrado no ANEXO I (bebidas) e ANEXO II (fraldas e absorventes).”

Argumenta que a descrição da infração no auto de infração é bastante clara. Não deixa nenhuma dúvida quanto à infração cometida, o enquadramento da infração e a multa aplicada. Afirma que no ANEXO I temos o demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária referente às aquisições de bebidas alcoólicas referentes aos meses de junho, julho e outubro/2009; já no ANEXO II temos o demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária referente às aquisições de fraldas descartáveis e absorventes higiênicos oriundos de estados não signatários de Convênio com o estado da Bahia, onde apresentamos de forma detalhada as informações de data de entrada das mercadorias, nº da Nota Fiscal, Unidade da Federação de origem, mercadoria e todos os dados necessários ao cálculo do ICMS devido (folha 94), além de cópia dos DANFES das notas fiscais relacionadas no ANEXO II. (fls. 95/130).

Diante do exposto, entende que toda a argumentação do Advogado sobre o ato administrativo ser regrado e vinculado, condições, etc., é apenas para postergar o pagamento do ICMS devido, já que a descrição da infração está bastante clara, demonstrada de forma detalhada nos ANEXO I e ANEXO II e comprovada no PAF.

Logo, conclui que não há que falar-se em nulidade da autuação relativa a essa infração, a descrição da infração é clara e precisa, está corretamente enquadrada e a multa aplicada é a prevista na legislação, estando demonstrada no auto de infração (Anexo I e Anexo II) e comprovada por meio de cópia dos documentos (Notas Fiscais e DANFES das NF-e), sendo entregue ao contribuinte autuado cópia de todos os demonstrativos anexos ao auto de infração.

Afirma que a autuação está correta, a infração está claramente descrita, enquadrada e demonstrada no auto e comprovada no PAF. A autuante mantém integralmente a autuação.

Quanto à infração 07, alude que não corresponde à verdade dos fatos a alegação da Defesa de ser totalmente improcedente essa infração; de que, “embora o autuado não acoste aos autos do PAF as notas fiscais que rechaçam a pretensão fiscal, seguem, como meio de prova o KARDEX com os números das notas fiscais, dando conta que foram emitidas, *in totum*, com destaque de ICMS à alíquota de 17%, e teriam sido tributadas, e não teria havido utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is).

Para melhor entendimento foi transcrito o texto da descrição da Infração 07:

Infração 07 – 01.02.41

“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is).

O contribuinte é beneficiário de Termo de Acordo Atacadista firmado c/ o Estado da Bahia e utilizou crédito fiscal de ICMS acima do limite permitido pela legislação do Imposto – neste caso, limitado a 10% do valor da operação, conforme disposto no art. 6º do Decreto nº 7.799/2000. Tudo conforme demonstrado no ANEXO V”.

Salienta que a descrição da infração é clara, sendo o contribuinte beneficiário de termo de acordo atacadista, goza de benefício de redução da base de cálculo do ICMS nas saídas das mercadorias. Para isso, o crédito do ICMS a que tem direito nas entradas das mercadorias é limitado a 10%%, de acordo com o artigo 6º do Dec. 7.799/2000. Caso contrário, levaria a um acúmulo indevido de crédito de ICMS.

Consigna que a alegação da Defesa de que as saídas correspondentes às entradas em questão teriam ocorrido com tributação normal (17%), o que se comprovaria pelos KARDEX anexado à defesa, também não corresponde aos fatos.

Assegura que analisado os documentos anexados pela defesa (fls. 789 a 809), foi possível perceber que tratar-se de “Kardex Físico-Financeiro ...”, onde foi viável obter além da identificação da empresa, a “descrição” da mercadoria e colunas com as informações “”OPERAÇÃO DATA”, “TES”, “C.F”, “DOCUMENTO NÚMERO”, “ENTRADAS QUANTIDADE”, “CUSTO MÉDIO DO MOVIMENTO”, “SAIDAS QUANTIDADE”, “SAIDAS CUSTO TOTAL”, “SALDO QUANTIDADE”, “SALDO VALOR TOTAL””, CLI, FOR, CC, PJ OU OP”. Não há nenhuma informação relativa à tributação do ICMS.

Salienta que o demonstrativo do contribuinte autuado realmente refere-se às mercadorias constantes dos documentos fiscais relacionados no demonstrativo efetuado pela autuante (ANEXO V). Entretanto, as mercadorias ali relacionadas são tributadas normalmente pelo ICMS no Estado da Bahia, com incidência do ICMS à alíquota de 17%, mas com a base de cálculo reduzida nos termos do Decreto 7.799/2000, Atacadistas, tendo como consequência a redução da carga tributária.

Portanto, aduz que houve o crédito indevido de ICMS, acima do limite de 10%, nas entradas das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no Anexo V do auto de infração, cujas saídas deram-se com redução da base de cálculo do ICMS, e consequentemente, com carga tributária reduzida nos termos do Dec. 7.799/2000.

Afirma que a autuação está correta não havendo nenhuma retificação a ser feita: a descrição da infração está clara, sendo demonstrada no Anexo V e comprovada pela cópia dos DANFES das notas fiscais e amostra do livro Registro de Entradas onde estão escrituradas (fls. 04, 198, 209/219 e 463 a 565).

Entende que a autuação está correta, a infração está claramente descrita, enquadrada e demonstrada no auto e comprovada no PAF. A autuante mantém integralmente a autuação.

Afirma que a Infração 08 está devidamente demonstrada no ANEXO VII (fls. 220/221 do PAF).

Coaduna, a contestação da infração pela Defesa que não tem nenhum suporte fático ou legal. Afirma que sua alegação já é uma confissão de ter cometido a infração quando diz que “o valor do crédito tributário no importe de R\$41.785,20, refere-se a crédito tributário lançado e ainda não comprovado. Dita infração será apurada no decorrer do PAF para chegar-se aos motivos de tal aberração. É o que se requer.” (fls. 772/773) grifo nosso.

Assegura que há um pressuposto básico para utilização de crédito fiscal de ICMS, que é a existência do crédito de ICMS que deve ser comprovada por documento fiscal idôneo. No caso específico, onde o autuado escriturou o valor no campo “outros créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS como “antecipação parcial”, o direito ao crédito corresponde ao valor do imposto efetivamente antecipado, nos termos do art. 352-A, devidamente comprovado.

Vale ressaltar que não foi encontrado em todo o período fiscalizado, pesquisando nos arquivos da SEFAZ (Relação de DAES – INC) e na documentação do contribuinte, o recolhimento de ICMS antecipação parcial naquele valor, integralmente ou a soma de DAES dessa receita, cujo crédito pudesse ter sido escriturado e utilizado naquele período. Também afirma que não foi encontrado nada na documentação apresentada pela autuada que pudesse justificar ou respaldar o crédito no

valor de R\$41.785,20 utilizado no mês de janeiro/2009, sendo o crédito objeto de questionamento pela autuante ao contribuinte no curso da ação fiscal, sem que o mesmo apresentasse qualquer justificativa para tal procedimento.

Salienta ainda que pode o Julgador ver que o próprio advogado da autuada afirma que “o valor do crédito tributário no importe de R\$41.785,20, refere-se a crédito tributário lançado e ainda não comprovado ” (fls. 772/773). Portanto, afirma que é uma confissão de infração e não foi apresentada nenhuma prova, nenhum documento ou argumento que possa alterar os fatos descritos, demonstrados e comprovados no auto de infração.

A autuante mantém a autuação.

No que alude a infração 09, argumenta que a alegação da Defesa de que o item no valor de R\$6.400,61, poderia ser visto como saldo credor na DMA de abril/2010 o valor de R\$6.431,71 e, esse saldo credor não teria sido utilizado no mês de maio/2010, como poderia ser visto na DMA daquele período, conforme provariam DMAs apensadas, também não corresponde à verdade dos fatos.

Assinala ser imprescindível lembrar que a DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS é uma declaração de informação econômico-fiscal feita pelo contribuinte com base na sua escrituração fiscal, que se consolida na apuração mensal escriturada no livro Registro de Apuração do ICMS. A escrituração fiscal do contribuinte é a base para as informações prestadas à SEFAZ, as informações é que devem estar de acordo com a escrituração fiscal, e não o contrário como quer o Sr. Advogado.

Assegura que basta o Sr. Julgador verificar na cópia do livro RAICMS referente ao período em questão (abril a junho/2010 – fls. 330 a 332 do PAF), que no mês de abril/2010 foi apurado saldo credor do ICMS a transportar para o período seguinte no valor de R\$ 6.431,71; no mês de maio/2010 esse valor foi utilizado como saldo credor do período anterior e foi apurado ICMS a recolher; no mês de Junho/2010 não havia saldo credor de período anterior, foram utilizados como “outros créditos” ICMS antecipação parcial os valores de R\$ 10.173,81 (comprovado) e R\$ 6.400,61, este último sendo crédito indevido de ICMS, pois não houve pagamento correspondente, é mais um equívoco do contribuinte.

Entende ainda que o Sr. Advogado equivocou-se ao afirmar que o valor do saldo credor existente em abril/2010, e informado na DMA ref. 04/2010 só fora utilizado na DMA do mês de junho/2010. Na folha 812 do PAF foi possível perceber, segundo a autuada que o quadro da “APURAÇÃO DO IMPOSTO” ref. 04/2010 com o saldo credor de R\$6.431,71 destacado pela Defesa; na folha 814 do PAF vemos no quadro “Apuração do Imposto” da DMA ref. 05/2010, que no saldo credor do período anterior consta o valor 0,00 (zero), mas o valor do saldo credor de 04/2010 foi lançado como “estorno de débito” no valor total de R\$17.416,80, que corresponde à soma dos valores escriturados no livro RAICMS a título de estorno de débito “diferença auto Sr. Ferreira” no valor R\$ 10.985,09 adicionado ao saldo credor do período anterior ($10.985,09 + 6.431,71 = 17.416,80$); a DMA ref. 06/2010 apresenta informação na “Apuração do Imposto” (fls. 819 do PAF) como saldo credor do período anterior o valor de R\$6.400,61, sendo que esse valor está escriturado no livro RAICMS como “outros créditos” antecipação parcial. O que houve foi erro, ou divergência nos dados informados nas DMAs ref. 05 e 06/2010 no quadro de “Apuração do Imposto” em relação às informações constantes no livro RAICMS. Efetivamente o contribuinte utilizou crédito indevido de ICMS a título de antecipação parcial, não existindo esse recolhimento na documentação do contribuinte e nos arquivos da SEFAZ. (fls. 04, 220/221 e 810/823).

A autuação está correta, afirma a autuante, que a infração está claramente descrita, enquadrada e demonstrada no auto e comprovada no PAF. A autuante mantém integralmente a autuação.

Aduz que, apesar de dizer que não seriam mercadorias para uso ou consumo, a descrição que a defesa faz da destinação das mercadorias é uso e consumo da empresa, sendo que as notas fiscais de aquisição dessas mercadorias estão escrituradas com código fiscal de operações – cfop – como aquisição para uso ou consumo (cfop 2556 e 2551), conforme demonstrado no ANEXO VIII, onde constam os dados dos documentos fiscais e da escrituração: data da entrada, CNPJ do emitente, nº da nota fiscal, UF, CFOP escriturado, valor da mercadoria, B. de cálculo, alíquota de origem %, alíquota

interna %, Diferença de alíquota %, valor ICMS DIF., informação da folha do livro Registro de Entradas onde consta a escrituração e a coluna observações; além de cópia das notas fiscais ou dos DANFES das NF-e relacionadas no referido demonstrativo. (fl. 222 a 224 e 225 a 305).

Afirma que autuação está correta, a infração está claramente descrita, enquadrada e demonstrada no auto e comprovada no PAF. A autuante mantém integralmente a autuação.

Argumenta que foi demonstrado que o auto de infração em lide não é passível de nulidade, pois não há cerceamento do direito de defesa da autuada, os fatos estão descritos de forma clara e precisa, as infrações estão corretamente enquadradas e aplicadas as penalidades previstas na legislação, no prazo legal, devidamente informadas no AI. Consigna que as infrações estão clara e fartamente demonstradas e comprovadas no processo, sendo entregue ao contribuinte cópia de todos os demonstrativos feitos pela autuante e anexados ao PAF, e a documentação do contribuinte foi devolvida na forma regulamentar.

Assinala que também não pode ser acatado o pedido de improcedência total do auto de infração. Entende que como o próprio advogado da autuada diz “eis que os créditos tributários exigidos ou foram adimplidos ou são improcedentes”, parte das infrações foi reconhecida e o ICMS devido pago. Apenas a Infração 01 teve valores modificados nesta informação fiscal em decorrência da análise de documentos anexados pela Defesa, todas as demais infrações foram mantidas integralmente.

Por tudo que foi aqui exposto, a autuante mantém a autuação (infrações 02 a 09), solicitando a retificação apenas da Infração 1, nos termos informados e demonstrados acima, e espera seja o auto de infração nº 206969.0001/12-4 julgado parcialmente procedente.”

O autuado se manifesta, as fls. 918, preliminarmente que a decisão que foi favorável a procedência do auto de infração com as retificações apresentadas deve ser reformada. Senão vejamos.

Alega que o autuado reitera integralmente todos os termos da defesa, para que seja julgado totalmente improcedente o auto de infração.

Consigna que seja julgado totalmente IMPROCEDENTE o auto de infração acima epigrafado, eis que a peça acusatória foi lavrada sem os elementos probatórios que lhe dessem eficácia jurídica e validade administrativa.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, aponta 09 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devidamente relatadas, entre as quais o sujeito passivo reconhece às infrações 03, 04, 05 e 06, que foram devidamente imputadas, razão pela qual mantenho as suas procedências.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências. Não há contradição na descrição da infração 02, conforme adiante será melhor alinhado, bem como não há nas demais infrações, conforme detalhado na análise do mérito.

Quanto à infração 01, afirma ainda que no auto de infração, consta, às fls. 12 a 93, as informações de data de entrada, nº da nota fiscal, descrição da mercadoria, e todas as informações do cálculo do Imposto. A autuante constatou que o contribuinte errou no cálculo do ICMS antecipação parcial em relação às mercadorias com IPI, sendo que o valor dessa parcela (IPI) não fora incluída na base de cálculo do ICMS pelo contribuinte.

Demonstra o impugnante que o ICMS devido apurado por esta fiscalização referente ao exercício de 2009 já foi objeto da Denúncia Espontânea nº 600000.2390/10-0, com recolhimento do ICMS através do

DAE no valor de R\$10.003,52, que inclui denúncia de valores referentes ao exercício de 2008 também (fls. 01/02, 12/93, 778/783). Devendo permanecer inalterados os valores apurados referentes ao ICMS a recolher compreendidos no exercício de 2010, totalizando R\$ 1.109,01.

Conforme alinha a autuante: o *alegado pagamento em relação ao item número 01 no valor de R\$ 449,92, referente período 03/2009, já integra a citada Denúncia Espontânea nº 600000.2390/10-0. Entretanto, tal fato não implica em prejuízo para o contribuinte, pois utiliza os valores referentes ao pagamento de ICMS antecipação parcial como crédito em sua escrita fiscal.*

Após a exclusão dos débitos referentes ao exercício de 2009, já denunciados, o Demonstrativo de Débito detalhando os valores excluídos e os mantidos, conforme elaborado pelo autuante e acima relatado na informação fiscal, quanto à infração 01.

O novo demonstrativo de débito da infração 01 passa a ser:

Data ocorr.	Data venc	B. Calculo	Aliqu.	Multa	Valor Hist.
31/1/2010	25/2/2010	816	17	60	138,72
31/3/2010	25/4/2010	550,76	17	60	93,63
30/4/2010	25/5/2010	3.774,88	17	60	641,73
31/5/2010	25/6/2010	458,23	17	60	77,90
30/6/2010	25/7/2010	142,52	17	60	24,23
31/7/2010	25/8/2010	781,17	17	60	132,80
Total da infração 01					1.109,01

Assim, a infração 01 é parcialmente procedente.

Quanto à infração 02, não há que se falar em nulidade da autuação relativa a essa infração, a descrição da infração é clara e precisa, está corretamente enquadrada e a multa aplicada é a prevista na legislação, estando demonstrada no auto de infração (Anexo I e Anexo II) e comprovada por meio de cópia dos documentos (Notas Fiscais e DANFES das NF-e), sendo entregue ao contribuinte autuado cópia de todos os demonstrativos anexos ao auto de infração.

Consta no anexo 01, elaborado pelo autuante o demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária referente às aquisições de bebidas alcoólicas referentes aos meses de junho, julho e outubro/2009; já no anexo II temos o demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária referente às aquisições de fraldas descartáveis e absorventes higiênicos oriundos de estados não signatários de Convênio com o estado da Bahia, onde o autuante apresenta, de forma detalhada, as informações de data de entrada das mercadorias, nº da Nota Fiscal, Unidade da Federação de origem, mercadoria e todos os dados necessários ao cálculo do ICMS devido (folha 94), além de cópia dos DANFES das notas fiscais relacionadas no ANEXO II.(fls. 95/130).

O fato da descrição da infração indicara que o sujeito passivo deve efetuar a antecipação nas aquisições de outro estado ou do exterior, não indica qualquer dualidade, na medida em que as notas fiscais, que foram relacionadas, indicam as unidades federativas de origem. Além do mais a descrição é padrão e foi informado na continuação da descrição da infração, segundo parágrafo, que as aquisições foram interestaduais.

Considero mantida integralmente a infração 02

Quanto à infração 07, o sujeito passivo é beneficiário de termo de acordo atacadista, goza de benefício de redução da base de cálculo do ICMS nas saídas das mercadorias. Para isso, o crédito do ICMS a que tem direito nas entradas das mercadorias é limitado a 10% , de acordo com o artigo 6º do Dec. 7.799/2000. Caso contrário, levaria a um acúmulo indevido de crédito de ICMS.

A alegação da Defesa de que as saídas correspondentes às entradas em questão teriam ocorrido com tributação normal (17%), o que se comprovaria pelos KARDEX anexado à defesa não cabe acolhimento, pois em relação aos documentos anexados pela defesa (fls. 789 a 809), se constata que tratar-se de “Kardex Físico-Financeiro”, onde, conforme alinhado pela autuante, foi viável obter além da identificação da empresa, a “descrição” da mercadoria e colunas com as informações

““OPERAÇÃO DATA”, “TES”, “C.F”, “DOCUMENTO NÚMERO”, “ENTRADAS QUANTIDADE”, “CUSTO MÉDIO DO MOVIMENTO”, “SAIDAS QUANTIDADE”, “SAIDAS CUSTO TOTAL”, “SALDO QUANTIDADE”, “SALDO VALOR TOTAL””, CLI, FOR, CC, PJ OU OP”. Não há nenhuma informação relativa à tributação do ICMS.

Apesar das mercadorias constantes do demonstrativo apresentado pelo impugnante, se referir às mercadorias constantes dos documentos fiscais relacionados no demonstrativo efetuado pela autuante no anexo V, as mercadorias ali relacionadas são tributadas normalmente pelo ICMS no Estado da Bahia, com incidência do ICMS à alíquota de 17%, mas com a base de cálculo reduzida nos termos do Decreto 7.799/2000, Atacadistas, tendo como consequência a redução da carga tributária. Assim, houve o crédito indevido de ICMS, acima do limite de 10%, nas entradas das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no Anexo V do auto de infração, cujas saídas deram-se com redução da base de cálculo do ICMS, e consequentemente, com carga tributária reduzida nos termos do Dec. 7.799/2000.

Cabe, por conseguinte, a procedência da infração 07.

Em relação à infração 08, está devidamente demonstrada no ANEXO VII (fls. 220/221 do PAF), diferente do afirmado pelo impugnante. Realmente, conforme relata a autuante em sua informação fiscal, o sujeito passivo confessa, ou melhor, reconhece a infração ao afirmar que *“o valor do crédito tributário no importe de R\$ 41.785,20, refere-se a crédito tributário lançado e ainda não comprovado. Dita infração será apurada no decorrer do PAF para chegar-se aos motivos de tal aberração.”* (fls. 772/773).

O autuado escriturou o valor no campo “outros créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS como “antecipação parcial”, o direito ao crédito corresponde ao valor do imposto efetivamente antecipado, nos termos do art. 352-A, contudo, a autuante pesquisou e não encontrou em todo o período fiscalizado, nos arquivos da SEFAZ (Relação de DAEs – INC) e na documentação do contribuinte, o recolhimento de ICMS antecipação parcial naquele valor, integralmente ou a soma de DAEs dessa receita, cujo crédito pudesse ter sido escriturado e utilizado naquele período.

Não foi encontrado nada na documentação apresentada pela autuada que pudesse justificar ou respaldar o crédito no valor de R\$ 41.785,20 utilizado no mês de janeiro/2009, o próprio impugnante afirma que *“o valor do crédito tributário no importe de R\$41.785,20, refere-se a crédito tributário lançado e ainda não comprovado”* (fls. 772/773).

Diante do exposto, fica mantida a infração 08.

No que alude a infração 09, quanto à alegação da Defesa de que o item no valor de R\$6.400,61, poderia ser visto como saldo credor na DMA de abril/2010 o valor de R\$ 6.431,71 e, esse saldo credor não teria sido utilizado no mês de maio/2010, como poderia ser visto na DMA daquele período, conforme provariam DMAs, não cabe acolhimento, pois a DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS é uma declaração de informação econômico-fiscal feita pelo contribuinte com base na sua escrituração fiscal, que se consolida na apuração mensal escriturada no livro Registro de Apuração do ICMS. Conforme afirma o autuante, a escrituração fiscal do contribuinte é a base para as informações prestadas à SEFAZ, as informações devem estar de acordo com a escrituração fiscal, e não o contrário como quer impugnante.

Em consonância com o autuante: *“basta verificar na cópia do livro RAICMS referente ao período em questão (abril a junho/2010 – fls. 330 a 332 do PAF), que no mês de abril/2010 foi apurado saldo credor do ICMS a transportar para o período seguinte no valor de R\$6.431,71; no mês de maio/2010 esse valor foi utilizado como saldo credor do período anterior e foi apurado ICMS a recolher; no mês de Junho/2010 não havia saldo credor de período anterior, foram utilizados como “outros créditos” ICMS antecipação parcial os valores de R\$10.173,81 (comprovado) e R\$6.400,61, este último sendo crédito indevido de ICMS, pois não houve pagamento correspondente, é mais um equívoco do contribuinte.”*

Não cabe a afirmação do autuado de que o valor do saldo credor existente em abril/2010, e informado na DMA ref. 04/2010 só fora utilizado na DMA do mês de junho/2010.

É possível verificar, conforme relata a autuante, à fls. 812 dos autos, que o quadro da “APURAÇÃO DO IMPOSTO” ref. 04/2010 com o saldo credor de R\$6.431,71 destacado pela Defesa; na folha 814 do PAF vemos no quadro “Apuração do Imposto” da DMA ref. 05/2010, que no saldo credor do período anterior consta o valor 0,00 (zero), mas o valor do saldo credor de 04/2010 foi lançado como “estorno de débito” no valor total de R\$17.416,80, que corresponde à soma dos valores escriturados no livro RAICMS a título de estorno de débito “diferença auto Sr. Ferreira” no valor R\$10.985,09 adicionado ao saldo credor do período anterior ($10.985,09 + 6.431,71 = 17.416,80$); a DMA ref. 06/2010 apresenta informação na “Apuração do Imposto” (fls. 819 do PAF) como saldo credor do período anterior o valor de R\$6.400,61, sendo que esse valor está escriturado no livro RAICMS como “outros créditos” antecipação parcial.

Houve divergência nos dados informados nas DMAs ref. 05 e 06/2010 no quadro de “Apuração do Imposto” em relação às informações constantes no livro RAICMS.

Fica evidente que o contribuinte utilizou crédito indevido de ICMS a título de antecipação parcial, não existindo esse recolhimento na documentação do contribuinte e nos arquivos da SEFAZ. (fls. 04, 220/221 e 810/823).

Apesar de o sujeito passivo alega que as mercadorias não seriam destinadas a uso ou consumo, constata a autuante, acertadamente, que: *a descrição que a defesa faz da destinação das mercadorias é uso e consumo da empresa, sendo que as notas fiscais de aquisição dessas mercadorias estão escrituradas com código fiscal de operações – cfop – como aquisição para uso ou consumo (cfop 2556 e 2551), conforme demonstrado no ANEXO VIII, onde constam os dados dos documentos fiscais e da escrituração: data da entrada, CNPJ do emitente, nº da nota fiscal, UF, CFOP escriturado, valor da mercadoria, B. de cálculo, alíquota de origem %, alíquota interna %, Diferença de alíquota %, valor ICMS DIF., informação da folha do livro Registro de Entradas onde consta a escrituração e a coluna observações; além de cópia das notas fiscais ou dos DANFES das NF-e relacionadas no referido demonstrativo. (fl. 222 a 224 e 225 a 305).*

Assim, apesar de negar que as mercadorias são destinadas a uso e consumo, são classificadas como tal, com a indicação do CFOP, bem como não consegue o sujeito passivo, com a descrição das mesmas, desenquadrá-las como uso e consumo, pelo contrário reafirma tal destinação. Infração caracterizada.

Cabe, portanto, a manutenção da infração 09.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **2069690001/12-4**, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$159.508,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, “d”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR