

**PROCESSO** - A. I. Nº 170623.0061/10-8  
**RECORRENTE** - PRISMA COMERCIAL DE PRESENTES LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0151-05/12  
**ORIGEM** - INFAS VAREJO  
**INTERNET** - 15/08/2013

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0232-11/13

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ÓTICOS. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Alegações recursais não comprovadas. Desobediência ao art. 123, RPAF/1999. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a prejudicial de decadência. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão 0151-05/12), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 30/09/2010 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$ 101.471,91, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo designadas.

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/1997. Está dito que o contribuinte comercializa produtos de ótica e que no período fiscalizado (janeiro de 2005 a fevereiro de 2008) estava sujeito à substituição tributária por antecipação. Informam os auditores que, *"através de conciliação efetuada entre os livros fiscais de entradas de mercadorias e as notas fiscais entregues pelo contribuinte e informações prestadas pelos fornecedores no Sistema SINTEGRA Nacional, constatamos as seguintes ocorrências que acarretaram a falta de recolhimento do ICMS, a saber: 1) Várias notas fiscais de entradas de produtos sujeitos à antecipação, recebidas a título de Oferta, Cortesia, Brindes e Bonificação; 2) Diversas Notas de aquisição de mercadorias recebidas pelo contribuinte sem o registro no LRE, durante o período fiscalizado. Em atendimento a nossa solicitação, através de circularização, os fornecedores enviaram todas as cópias das notas fiscais emitidas e enviadas em favor do contribuinte sob fiscalização. Os valores apurados constam nos anexos 1 e 1A"*. R\$70.025,98 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do tributo decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidade da Federação, destinadas ao ativo fixo. Segundo os autuantes, *"em atendimento a nossa solicitação, através de circularização, os fornecedores enviaram todas as cópias das notas fiscais emitidas e enviadas em favor do contribuinte sob fiscalização. Apuramos que diversas notas fiscais não haviam sido escrituradas no LRE e que algumas notas fiscais eram referentes às aquisições de Ativo Fixo da empresa, sem os devidos recolhimentos do diferencial de alíquotas"*. R\$31.445,93 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

A 5ª JJF apreciou a lide na pauta de 15/05/2012 (fls. 1.026 a 1.040), tendo a ilustre relatora prolatado o voto transscrito a seguir, unanimemente acatado.

*“Quanto ao pedido da realização de 2ª diligência, para verificar a aquisição de materiais para a reposição de peças em garantia, fica negado, haja vista que o contribuinte não obedeceu aos ditames do art. 516 do RICMS, não há qualquer prova documental que comprove a necessidade do atendimento deste pleito. Nos termos do art. 147, I, “b”, do RPAF/99, Decreto nº , “Deverá ser indeferido o pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.”*

*No que concerne pedido de declaração de decadência, dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a outubro de 2005, pois, segundo o sujeito passivo, o lançamento relativo a este período estaria fulminado por este instituto, nos moldes do art. 156, V e 150, §§ 1º e 4º, ambos do CTN, que dispõe sobre a homologação do lançamento, 05 (cinco) anos, contados da ocorrência de cada fato gerador.*

*De fato, o instituto da decadência relaciona-se à extinção do direito de a autoridade fiscal constituir o crédito tributário por meio do lançamento, nos termos do art. 173 do CTN.*

*Ocorre que a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN, que trata do lançamento por homologação dos tributos, diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso presente, a fiscalização apurou a falta de pagamento do ICMS, por meio de levantamento fiscal, constituiu o crédito tributário, mediante lançamento de ofício,e, neste caso, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com prazo final em 31/12/2010. O contribuinte foi notificado do lançamento em , e portanto não há o que se falar em decadência, e nem houve a extinção do crédito tributário.*

*Ressalto que este é o entendimento do CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo do Acordão nº CJF 0102/12-05.*

*No mérito, na infração 01, está sendo exigido ICMS em decorrência de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexos 88 do RICMS/97.*

*O Contribuinte comercializa produtos de óptica e no período fiscalizado, exercício de 2005 até fevereiro de 2008, estava sujeito à substituição tributária por antecipação, haja vista que incluídos no item 31 do art. 353, II do RICMS/97, item revogado pela Alteração nº 93, (Decreto nº 10.459 de 18/09/2007, DOE de 19/09/2007), efeitos a partir de 01/03/2008.*

*Através de conciliação efetuada entre os livros fiscais de entradas de mercadorias e as notas fiscais entregues pelo contribuinte e informações prestadas pelos fornecedores no Sistema SINTEGRA Nacional, os autuantes constataram as seguintes ocorrências que acarretaram a falta de recolhimento do ICMS, a saber: 1) Várias notas fiscais de entradas de produtos sujeitos à antecipação, recebidas a título de Oferta, Cortesia, Brindes e Bonificação; 2) Diversas Notas de aquisição de mercadorias recebidas pelo contribuinte sem o registro no LRE, durante o período fiscalizado.*

*Tendo em vista a negativa de aquisição das mercadorias objeto da infração, foi realizada diligência, para que fossem trazidas aos autos provas robustas de que, efetivamente, foram realizadas tais compras, pelo estabelecimento autuado, não obstante a falta de regularização dessas entradas nos livros fiscais e nos registros contábeis.*

*Deste modo, foi efetuada a circularização dos fornecedores que enviaram cópias das notas fiscais emitidas, e outros documentos emitidos na transação comercial com o autuado, situações que foram esclarecidas com a realização da diligência, realizada pelos autuantes.*

*Assim, consta nas fls. 738/760, que os autuantes iniciaram a diligência, em especial, no tocante à falta de recolhimento da antecipação tributária, decorrente da entrada de mercadorias recebidas a título de, “oferta” e “doação”. Também relativas às “remessas de produto em garantia”, que, segundo o autuado, a confusão aconteceu por uma simples falta de atenção do mesmo e do fornecedor, ao descumprirem as disposições regulamentares que tratam dos procedimentos a serem adotados em caso de remessa, devolução e substituição de produtos em garantia.*

*Os autuantes até reconhecem que seria possível o cometimento de algum equívoco, quanto aos procedimentos legais para os casos de “troca e remessa de produtos em garantia”, em um ou outro caso, mas o que foi constatado , é que é uma situação totalmente diferente, pois o mesmo erro ocorreu 92 vezes e, coincidentemente, com o mesmo fornecedor, a empresa LUXOTTICA DO BRASIL LTDA, sendo que, em todas essas operações, uma sequência de equívocos teriam sido cometidas, ao mesmo tempo, pelas duas partes envolvidas, situação no mínimo, muito difícil de acontecer, para não dizer impossível.*

*O art. 516 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados nos casos de substituição de peças, em virtude de garantia, e os diligentes verificaram que não foram obedecidos pelo contribuinte.*

Assim, devido à total ausência de elementos probatórios, referente às alegações lançadas pelo autuado, os autuantes mantiveram todas as notas fiscais recebidas pelo contribuinte, contendo produtos comercializados pelo mesmo, com as seguintes descrições: “oferta” e “doação”, sem a comprovação do recolhimento da substituição tributária por antecipação. Todas essas notas fiscais podem ser encontradas no “Anexo 2 Diligência”, com a seguinte observação: “Imposto Devido – Alegação não comprovada com documentos comprobatórios”.

Pontuam que as Notas Fiscais nºs 120126, de 11/05/05; 351367, 351368, 351374, 351377, de 28/08/06; 354560, 354561, 354562, 354563, 354566, 354568, de 23/09/06; 100392, de 13/12/07; 368394, de 18/12/06; 372671, de 16/01/07; 32460, de 31/07/07 e 425184, de 13/02/08, foram excluídas do demonstrativo de cálculo, em função da comprovação do recolhimento do imposto, vide fls. 615/618, 620/623, 638/640, 652/654 e DOC VIII, tudo detalhado. As Notas Fiscais nºs 38177, de 30/03/05; 100045, de 22/03/07 e 9652, de 17/12/07, foram excluídas do demonstrativo de cálculo, pois, até a presente data, os fornecedores não atenderam às solicitações para comprovação da operação mercantil. Também foram excluídas do demonstrativo de cálculo, as Notas Fiscais nºs 143195, de 30/11/96; 143196, de 30/11/06; 152375, 152376, 152384, de 11/06/07 e 14402, de 20/09/07, por se tratarem de “material promocional propaganda”, 419312, de 19/06/06; 116071, de 13/02/07; 481642, de 28/03/07 e 517545, de 07/09/07, por se tratarem de “remessa para troca” e as 437703, de 12/09/06 e 84760, de 28/11/06, por se tratarem de “Retorno Conserto”, conforme consta no “Anexo 02 Diligência”.

Nas Notas Fiscais nºs 75681, de 04/04/07 foi excluída do demonstrativo de cálculo, por se tratar de “assistência técnica”, constante no DOC VI. Também a de nºs 104554, de 11/01/07; 73515, de 07/05/07 e 79702, de 29/06/06, constante no DOC II, as 115772, de 17/01/05; 121061, de 24/05/05; 125465, de 08/08/05; 125890, de 19/08/05 e 126231, de 26/08/05, constante no DOC III e a 23914, de 21/09/06, constante no DOC IV, todas foram excluídas do demonstrativo de cálculo, pois foram “baixadas por devolução” de acordo com a Declaração do Fornecedor, relação analítica que consta no “Anexo 02 Diligência”.

Em relação às Notas Fiscais nºs 32814, de 27/07/06 e 139536, de 04/09/06, estas ficam mantidas no demonstrativo de Débito, pois se referem à “bonificação” e não foram contestadas pelo autuado.

As Notas Fiscais nºs 139439, de 31/08/06, “Doação”, vide fl. 183; 406079, de 24/04/06, “Oferta”, vide fl. 161 e 502662, de 06/07/07, “Oferta”, vide fl. 185, ficam mantidas no demonstrativo de débito, pois tais cópias se encontram nos autos.

Em relação às Notas Fiscais nºs 7710, de 11/05/05 e 9989, de 27/04/06, emitidas pela empresa BIZ DO BRASIL ÓPTICA LTDA., foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC I, que as mesmas foram emitidas para empresa PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente. Transcrevem a declaração.

Com relação às Notas Fiscais nºs 877195, 877196, 877198, 14083, 879051, 883058, 883060, 889434, 890169, 904778, 915562, 21744, 920758, 922637, 924553, 935489, 14216, 48170, 50398, 62207, 62789, 62790, 62791, 70304 e 70312, emitidas pela empresa LUXÓTICA DO BRASIL, foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC II, que as mesmas se referem a revendas de produtos ao cliente PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente. Reproduzem novamente a declaração.

Nas Notas Fiscais nºs 119571 e 134828, emitidas pela empresa MARCHON BRASIL LTDA., as mesmas se referem às vendas, efetivamente efetuadas à empresa PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., com pedidos do cliente, entregues no endereço da empresa e com os devidos pagamentos, sendo que o mesmo aconteceu com as Notas Fiscais nºs 10815 e 23107, emitidas pela empresa MARCOLIN DO BRASIL LTDA., informação do fornecedor, através de declaração DOC IV.

As Notas Fiscais nºs 237241, 237242, 237243, 237245, 237253, 239682, 239684, 243617, 258322, 258323, 258324, 258326, 258327, 258328, 258329, 258330, 258331, 268692, 329200, 329203, 331524, 342461, 326557, 326558, 326559, 326560, 326561, 326562, 326563, 326565, 326566, 326567, 326568, 326569, 328399, 329198, 329204, 356702, 360281, 360282, 360285, 360288, 363339 e 363340, emitidas pela empresa SÁFILO DO BRASIL LTDA., informam que receberam espelhos com conteúdo das mesmas, extraídos do sistema fiscal da empresa, cópias de diversos ARs.- Avisos de Recebimentos dos Correios.

Na Nota Fiscal nº 58202, emitida pela empresa WILVALE COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA., afirma que receberam cópia da nota fiscal, AR – Aviso de Recebimento do Correio e extratos da conta-corrente comprovando os pagamentos das 6 parcelas referentes à nota fiscal em questão, que constam no DOC VI em anexo.

Após a coleta dos documentos acima especificados, os autuantes mantêm parcialmente a infração, e retificam os valores originalmente exigidos, excluindo os de cujas notas fiscais não restaram comprovadas as aquisições, conforme abaixo:[planilha de fls. 1.038/1.039].

Concordo com os valores apurados na diligência, posto que, comprovado que os contatos e pedidos foram feitos diretamente pelo proprietário ou funcionários da empresa PRISMA, e as cópias dos Ars, além de outros documentos anexados aos autos, entregues pelo fornecedor, se constituem em provas irrefutáveis do

recebimento das mercadorias por parte da empresa autuado. Portanto, não resta, nesse sentido, dúvida quanto à responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto no valor de R\$ 67.072,07. Procedente em parte a infração 01.

Na infração 02, exige-se ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidade da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A infração está embasada em aquisições detectadas por meio de circularização, onde os fornecedores enviaram todas as cópias das notas fiscais emitidas e enviadas em favor do contribuinte sob fiscalização.

A fiscalização apurou que diversas notas fiscais não haviam sido escrituradas no LRE e que algumas notas fiscais eram referentes às aquisições de Ativo Fixo da empresa, sem os devidos recolhimentos do diferencial de alíquotas.

Quanto a esta infração, na diligência os autuantes reconhecem a cobrança indevida de diferença de alíquotas, referentes às Notas Fiscais nºs 919075, 921836, 921837, 921840, 921841, 921843, 921844, 921847, 921848, 921850, 921852, 921853, 923343, 924714, 928216, 935270 e 2221, pois tinham como destinatário outro contribuinte em nosso Estado.

Já no que se refere à Nota Fiscal nº 6459, de 28/11/06, emitida pela empresa NEWART DO BRASIL LTDA., sediada no estado de Santa Catarina, que não se destinavam ao Ativo Fixo, mas sim, para distribuição de brindes, embora os autuantes a mantenham, entendo que deve ser excluída, haja vista que não cabe a cobrança do diferencial de alíquotas de brindes, que devem ser tributados nas saídas.

Nas Notas Fiscais nºs 887517, 887518 e 897721, foram excluídas do demonstrativo de cálculo em função da comprovação do recolhimento do imposto, vide fls. 678/680, 682/683 e 684/685, e as 883059 e 883082, de 28/08/07, foram excluídas do demonstrativo de cálculo em função de terem sido devolvidas, vide fls. 705/713 e declaração do fornecedor DOC VII, tudo detalhado no “Anexo 04 Diligência”.

Registraram os autuantes que não procede a alegação de que as Notas Fiscais nºs 887517 e 887519, de 12/09/07, ambas no valor de R\$ 69.822,28, foram emitidas em duplicidade. Basta uma simples verificação nas cópias dos documentos fiscais, acostados aos autos, às fls. 287 e 288, para constatar que se trata de aquisição de produtos com descrição e características totalmente diferentes, em cada nota fiscal, sendo que a única coincidência é o valor total da nota fiscal. A primeira nota fiscal, se refere à aquisição dos seguintes produtos: Bomba 220V/80Hz EUA; Caneta de leitura óptica; código de barra de 00 até 200; Eletro válvula 220v com corpo de metal; Estabilizador bivolt 3kva; gabarito para ajuste raynilkappa; Leitor Kappa L10; Lensometro digital LM 5000; Lente de ajuste EAS; Paquimetro mitutoyo e Swuing II, tendo como valor total dos produtos R\$ 67.672,28 + IPI R\$ 2.150,21, perfazendo um total R\$ 69.822,49.

Quanto à segunda (887519) se refere à aquisição dos produtos: Caneta Óptica e Facetadora Kappa M10, tendo como valor total dos produtos de R\$ 69.822,49, sem a incidência de IPI.

Os autuantes enviaram solicitação ao fornecedor desses equipamentos, empresa MULTI-ÓPITICA DISTRIBUIDORA LTDA (ESSILO), a respeito do status dessas notas fiscais e receberam uma declaração, vide DOC VII, constatando que as mesmas foram liquidadas (887517 - 12/09/2007 - 69.822,49; 889519 - 12/09/2007 - 69.822,49 Notas agrupadas no boleto 40478 e liquidadas em 36 parcelas).

Assim, não resta dúvida que as notas fiscais se referem a transações comerciais distintas e que ambas foram quitadas junto ao fornecedor. Nesse sentido, considerando que o imposto relativo à Nota Fiscal nº 887517 teve o seu recolhimento comprovado, resta pendente de recolhimento o ICMS referente à Nota Fiscal nº 889519, motivo pelo qual a cobrança do débito fica mantida no demonstrativo de cálculo “Anexo 03 Diligência”.

Acompanho o levantamento retificado pelos autuantes, mas excluo o valor de R\$120,00, relativo ao mês de novembro de 2006, referente à NF nº 6459, fl. 283, pois constato que se trata da mercadoria “massageador para mãos”, material para brindes, do que resulta a exigência do ICMS no valor de R\$ 8.393,86, conforme quadro abaixo: [planilha de fl. 1.040].

Deste modo, julgo procedente em parte a infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 1.052 a 1.074, o qual guarda similaridade com a peça defensiva, de fls. 417 a 433.

Inicialmente, suscita nulidade por agressão ao princípio da verdade material, bem como prejudicial de decadência do direito de lançar valores atinentes a fatos ocorridos entre 01/01/2005 e 20/10/2005.

No mérito da infração 1, alega que cometeu meros equívocos, 92 (noventa e dois) ao todo, referentes à descrição das operações realizadas com a sociedade LUXÓTICA DO BRASIL LTDA. (itens recebidos em garantia, não sujeitos à comercialização). Por isso, pede que seja convertida a exigência para a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias (art. 42, XI da Lei 7.014/1996).

Em seguida, alega a necessidade de diligência.

Sem especificar os fundamentos da Decisão recorrida dos quais decorrem o inconformismo, volta a mencionar matérias de fato já julgadas em primeira instância: (i) item 24, de fl. 427, idêntico ao item 31, de fl. 1.068; (ii) item 25, de fl. 428, idêntico ao item 32, de fl. 1.068 (Notas Fiscais n°s 883.058 e 883.060), para depois, mais uma vez, argumentar que os elementos constantes do processo não provam os efetivos recebimentos.

No que concerne à segunda infração, reclamando direito de crédito, ressalta os erros do Fisco que ensejaram a alteração do valor e afirma que as Notas Fiscais n°s 887.517 e 887.519 foram computadas em duplicidade, pois seriam relativas ao mesmo fato.

Encerra requerendo o provimento recursal.

Instada a se manifestar, a Procuradoria do Estado opina pelo improviso, no Parecer de fls. 1.079 a 1.082, afastando as teses de nulidade ou de decadência e, quanto ao mérito, assinalando que a diligência de fls. 738 a 760 saneou o procedimento.

No tocante às remessas em garantia, devem ser observadas as normas do art. 516 do RICMS/1997, fato que não ocorreu, o que conclui principalmente devido à quantidade dos alegados equívocos (92 (noventa e dois)), envolvendo apenas operações com um fornecedor (LUXÓTICA DO BRASIL LTDA.).

Por fim, enfatiza que as Notas Fiscais n°s 887.517 e 887.519 não se referem à mesma operação (fls. 287/288), pois os itens delas constantes possuem descrições e características diferentes, sendo que a única coincidência diz respeito aos valores.

## VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, constato que os autuantes e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos, efetuaram as devidas correções, indicando os documentos e demonstrativos, bem como os seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Não há erros insanáveis relativamente às acusações objeto do Recurso. As suas respectivas descrições evidenciam de forma compreensível os fundamentos jurídicos e fáticos, bem como o método utilizado para a determinação da base de cálculo.

O contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os levantamentos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente o seu direito de defesa e de Recurso; inclusive, manifestando-se em minúcias quanto ao mérito. Portanto, seja no próprio Auto de Infração, seja na Decisão recorrida, que abordou todos os aspectos ventilados pelo impugnante (ora recorrente), preliminares, prejudiciais e de mérito, nada existe que possa ensejar prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, que restaram garantidos.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, encartados no art. 2º, RPAF/1999.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Aliás, cumpre esclarecer que há grave vício de forma e conteúdo na petição em enfoque (Recurso Voluntário), seguramente apta a ensejar o não conhecimento caso o Processo

Administrativo Fiscal seguisse os rigores do CPC, constantes, por exemplo, do art. 544, § 1º, I.

Isso porque reproduz os exatos termos defensivos, mostrando-se, portanto, contrária ao princípio da dialeticidade recursal. Traz, no seu bojo, situações fáticas julgadas em primeira instância: (i) item 24, de fl. 427, idêntico ao item 31, de fl. 1.068; (ii) item 25, de fl. 428, idêntico ao item 32, de fl. 1.068 (notas 883.058 e 883.060).

Transcrevo, mais uma vez, o que decidiu a JJF acerca dos precitados documentos.

*“Com relação às Notas Fiscais nºs 877195, 877196, 877198, 14083, 879051, 883058, 883060, 889434, 890169, 904778, 915562, 21744, 920758, 922637, 924553, 935489, 14216, 48170, 50398, 62207, 62789, 62790, 62791, 70304 e 70312, emitidas pela empresa LUXÓTICA DO BRASIL, foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC II, que as mesmas se referem a revendas de produtos ao cliente PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente (...).”*

Ora, ou a Decisão concernente a tais situações não tem fundamento, e por isso é nula, ou tem, cabendo dessa forma àquele que vem aos autos para combatê-la no mérito especificar os motivos dos quais decorrem o inconformismo. Caso contrário, causa turbação na contenda e induz a Câmara a fazer às vezes da Junta, atividade que não faz parte de suas atribuições legais.

Quanto ao período decadencial, deve ser observado que o art. 150, § 4º do CTN dispõe sobre lançamento por homologação, sendo que tal atividade (de homologar) guarda relação com o recolhimento necessária e antecipadamente efetuado. Sem o pagamento anterior, não há que se falar em homologação, pois nada existe para ser homologado.

Assim, nas hipóteses de falta de pagamento ou pagamento a menor a contagem do instituto em comento deve ser efetuada com base no art. 173, I do referido Código.

Rejeitada, por conseguinte, a prejudicial de decadência.

Com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), indefiro o pedido de diligência, pois os elementos ora presentes nos autos são suficientes para formar a convicção dos conselheiros.

No mérito, decido que é acertada a Decisão de piso.

Através dos fatos que ensejaram a infração 1, foram claramente desobedecidos os comandos do art. 516 do RICMS/1997. Não há razões nem fundamentos para a pretendida conversão para a penalidade por descumprimento de obrigação acessória do art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

Restou demonstrado, conforme assinalado pela Junta, que os pedidos foram levados a efeito diretamente pelo sócio ou empregados da sociedade recorrente (vide fl. 807). Os avisos de recebimento (fls. 873 a 876, 926 etc.), extratos bancários (fls. 927 a 932), comprovantes de pagamento e as cópias de livros dos fornecedores (fls. 842/843), além de outros documentos (fl. 1.033), configuram provas suficientes das entradas das mercadorias.

Na revisão fiscal, os autuantes retiraram dos levantamentos as notas cujas respectivas aquisições não foram comprovadas, assim como os valores atinentes ao ICMS-ST (substituição tributária) recolhidos antes da ação fiscal.

Alinho-me com o posicionamento da PGE / PROFIS, uma vez que nas remessas em garantia devem ser observadas as normas do citado artigo regulamentar, fato que não ocorreu, conclusão a que chego também devido à quantidade dos alegados equívocos de descrição das transações empresariais (92 (noventa e dois)), envolvendo apenas operações com um fornecedor (LUXÓTICA DO BRASIL LTDA.).

Quanto à infração 2, as Notas Fiscais nºs 887.517 e 887.519 não se referem ao mesmo fato (fls. 287/288), pois os itens delas constantes possuem descrições e características bastante diferentes e sequer há coincidência de valores.

Não há que se falar em crédito no momento da cobrança da diferença de alíquotas, inclusive por serem institutos - crédito e imposto por diferença de alíquotas – distintos, na natureza e nos

respectivos cálculos. O primeiro decorre do princípio da não cumulatividade, é direito do contribuinte. Intocável, desde que regularmente escriturado no livro CIAP, observando-se as especificidades dos lançamentos correlatos. O segundo é devido por ser a operação destinada ao assim chamado “*consumidor final*”, que arca com a diferença entre a alíquota interna, de 17%, e a interestadual, que pode ser de 7% ou de 12%.

Por conseguinte, repito, crédito é um direito do qual não se está a tratar neste processo.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 170623.0061/10-8, lavrado contra **PRISMA COMERCIAL DE PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$75.465,93, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

MARIA DULCE HASSELAMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS