

A. I. N° - 207140.0027/12-7
AUTUADO - LAKELAND BRASIL S. A.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 17/12/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0315-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS A NÃO CONTRIBUINTE DE OUTRO ESTADO. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 12% EM VEZ DE 17%. Considerando a previsão constante no RICMS/BA quanto à caracterização do que seja contribuinte, inclusive em relação ao intuito comercial, ficou comprovado que o autuado realizou operações de saídas de mercadorias para destinatários localizados em outra unidade da Federação, não contribuintes do imposto. Item Subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO PROVENIENTE DO CIAP SEM COMPROVAÇÃO DA ENTRADA DO BEM NO ATIVO PERMANENTE. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. O defendant não comprovou a legitimidade dos créditos fiscais utilizados. Infrações caracterizadas. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 4. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2012, refere-se à exigência de R\$376.714,29 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O autuado realizou operações de saídas de mercadorias para destinatários localizados em outra unidade da Federação, não contribuintes do imposto, tendo aplicado a alíquota de 12% em vez de 17%, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$235.208,38. Multa de 60%.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Lançamentos efetuados no livro Registro de Apuração do ICMS no campo 006 – “Outros Créditos”, relativos a créditos provenientes do CIAP de 2006 a 2010, sem a comprovação parcial das entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$26.402,37. Multa de 60%.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Entrada de mercadorias importadas do exterior sem o devido pagamento do ICMS, escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS em valores superiores ao efetivo pagamento do imposto, nos meses de outubro de 2009; fevereiro e março de 2010. Valor do débito: R\$54.710,04. Multa de 60%.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Operações de entradas de mercadorias importadas do

exterior sem o devido pagamento do ICMS, nos meses de outubro de 2009; janeiro a março de 2010. Valor do débito: R\$55.930,57. Multas de 50% e 60%.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Deixou de tributar um item da Nota Fiscal 18.926, referente a operação de entrada de mercadoria importada do exterior. Valor do débito: R\$4.462,93. Multa de 60%.

À fl. 70 o autuado informou que reconhece parte do débito apurado no presente Auto de Infração, conforme planilha que acostou aos autos, requerendo a emissão de DAE para pagamento do valor reconhecido. Parte da infração 03 e as infrações 04 e 05.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 92, apresentou impugnação às fls. 80 a 91. Quanto à infração 01 alega que na lista de supostos destinatários que não são contribuintes, constante no Anexo I do Auto de Infração, verificou que constam na referida lista destinatários contribuintes do imposto, razão pela qual a utilização da alíquota interestadual de 12% é correta, não sendo totalmente procedente a infração, sem esquecer daqueles contribuintes com inscrição especial.

A título de amostragem informa que encontrou os seguintes CNPJ qualificados como destinatários, que possuem inscrição estadual perante a Secretaria da Fazenda de seus respectivos estados: 03.784.145/0001-19, 08.317.226/0001-22, 33.182.809/0053-63, 04.529.761/0001-96, 09.551.724/0001-06, 00.899.223/0001-32, 01.263.042/0001-88, 01.640.625/0001-80 e 02.242.366/0001-00. O defensor elabora quadro indicando as respectivas inscrições estaduais; transcreve o art. 15, II da Lei 7.014/96 e alega que eventuais destinatários que à época da fiscalização estivessem com problemas cadastrais não ratificam a autuação. Entende que o simples fato de algum destinatário estar inapto no sistema da SEFAZ não implica perda da qualidade de contribuinte do ICMS, porque o contribuinte, mesmo irregular, tem o dever de registrar a entrada da mercadoria e deverá efetuar o pagamento do ICMS, podendo sofrer fiscalização, mesmo em relação ao período de inaptidão.

Também alega que a suspensão e o cancelamento da inscrição são fenômenos temporários, que podem ser revertidos a qualquer tempo, inclusive de ofício pela Secretaria da Fazenda. Que eventual irregularidade cadastral dos adquirentes não pode servir de fundamento para aplicação de pena ao vendedor, pelo fato de o adquirente estar inapto no cadastro, o que não significa que ao vender a mercadoria, não vai recolher o ICMS. Entende, ainda, que a simples suspensão ou cancelamento de inscrição de contribuinte em cadastro não gera, automaticamente, a desconsideração ou glosa do crédito. Quanto a esta matéria, cita ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e conclui que a eventual condição temporária de inaptidão cadastral não retira a qualidade de contribuinte de determinado estabelecimento.

O defensor afirma que cabe ao autuante demonstrar que os estabelecimentos adquirentes seriam, de fato, não contribuintes e provar que não houve a real remessa de mercadoria a estes adquirentes. Alega que a infração não pode prosperar porque não trouxe segurança ao lançamento. Por cautela, requer a realização de perícia fiscal à ASTEC para outro Auditor Fiscal estranho ao feito esclarecer quantos destinatários existentes no Anexo I possuem inscrição estadual perante a Secretaria da Fazenda de seu respectivo Estado.

Infração 02: Alega que a autuação fiscal gerou grave preterição do direito de defesa, uma vez que no Anexo II do Auto de Infração existe apenas a indicação dos itens cujo crédito foi considerado, limitando-se quanto aos demais créditos glosados a mera indicação, mês a mês, do valor do crédito indevido utilizado, sem a demonstração ou indicação de quais bens ou grupos de bens não foram considerados como vinculados ao ativo imobilizado. Afirma que restou impossível demonstrar que os créditos glosados se referem a entradas que foram destinadas ao ativo imobilizado, também ficando impossibilitado de demonstrar que o levantamento fiscal possui suporte em documentos fiscais.

Reproduz o art. 18 e incisos I a IV do RPAF/BA e diz que a fiscalização imputa duas condutas contraditórias, uma vez que afirma que houve apropriação de crédito em valor superior ao permitido pela legislação e, ao mesmo tempo, afirma que houve o creditamento sem comprovação parcial das entradas de bens destinados ao ativo imobilizado. Requer seja julgada nula esta infração 02, reafirmando que houve preterição do direito de defesa e ausência de elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração, na forma o art. 18, incisos II e IV do RPAF.

Infração 03: O defendant alega que uma leitura mais detida do texto desta infração revela que são imputadas três condutas ao autuado, quais sejam: a) utilização indevida de crédito fiscal pela falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito; b) utilização de crédito de bens importados em valores superiores ao efetivo pagamento do imposto, e c) falta de pagamento do ICMS sobre a importação.

Entende que se verifica que a situação jurídica da infração 03 é análoga à situação da infração 02, isto é, nula pela falta de elementos que dêem segurança à infração. Salienta que não ficou claro a que se referem os valores lançados, levando-se a uma insegurança da infração, sendo nula na forma do art. 18, IV, “a” do RPAF.

O autuado afirma que está demonstrada a necessidade da realização de diligência fiscal, com fulcro no art. 145 do RPAF, para que a ASTEC ou outro Auditor estranho ao feito, com base nos documentos a serem apresentados pela empresa, esclareça quantos destinatários existentes no Anexo I possuem inscrição estadual perante a Secretaria da Fazenda de seu respectivo Estado e, por isso, são considerados contribuintes do imposto, ensejando a remessa com aplicação da alíquota de 12%. Cita o art. 147 do RPAF/BA, e conclui requerendo a nulidade das infrações 02 e 03. Reitera o pedido de realização da diligência fiscal e após a realização da mencionada diligência requerida, seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 108 a 114 dos autos. Após reproduzir os itens constantes no Auto de Infração e fazer uma síntese das alegações defensivas, esclarece que em relação à infração 01 constatou que as atividades das empresas relacionadas pelo autuado e havidas como contribuintes do ICMS estavam incluídas na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/03, ou seja, desenvolvem atividades de prestação de serviços com incidência do ISS e não do ICMS. Afirma que apesar de as empresas citadas terem inscrição estadual, suas atividades não caracterizam a condição de contribuintes do ICMS, uma vez que não realizavam operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, cujas operações pudessem ser definidas como fato gerador do ICMS.

Salienta que o fato de a empresa ter inscrição estadual não pode induzir à presunção de que tal registro constitua condição única para torná-la contribuinte regular do ICMS. Reproduz o art. 15 da Lei 7.014/96 e assegura que além do fato de as empresas destinatárias relacionadas na defesa não serem contribuintes do ICMS, sequer tinham inscrição estadual à época das operações de saídas de bens e/ou mercadorias promovidas pelo autuado, conforme levantamento que apresentou às fls. 111/112. Pede a subsistência deste item da autuação fiscal.

Quanto à infração 02, o autuante informa que o defendant, ao deixar de apresentar parte da documentação fiscal inviabilizou a identificação dos bens correspondentes e a homologação dos respectivos créditos por parte do Fisco. Entende que o autuado deve comprovar a regularidade dos créditos fiscais lançados a mais, mediante apresentação de documentação fiscal idônea, correspondente aos bens do ativo imobilizado vinculados à atividade produtiva. Entende que deve ser rejeitada a arguição de nulidade em razão dos elementos de prova questionados pelo defendant, que tem obrigação de apresentá-los.

Sobre a infração 03, informa que se trata de situação análoga à infração 02. Diz que foi realizada a apuração dos créditos fiscais utilizados e constatou-se a falta de pagamento de parte do ICMS relativo à importação (crédito a maior). Salienta que o autuado, mesmo tomando ciência da

autuação, não apresentou a documentação comprobatória, ou seja, falta de apresentação de documentos, concluindo o Fisco que o pagamento do imposto era inexistente, glosando os créditos utilizados indevidamente.

Argumenta que “o que o autuado entende por falta de elementos, na verdade temos três elementos que fundamentam a infração e que não foram contestados. Assim, em outras palavras, o que tem demais não vicia”. Afirma que deve ser rejeitada a arguição de nulidade, que não houve recolhimento de parte do ICMS nas operações de importação e o crédito fiscal foi utilizado indevidamente.

Por fim, o autuante pede a procedência das infrações 01 a 03 e que sejam rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas pelo autuado. Juntou cópias de consultas de cadastros relativos aos contribuintes tratados na infração 01.

O defendantte foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 128 a 136 do PAF. Quanto à infração 01, alega que os argumentos do autuante não servem para derrubar as alegações defensivas, ao contrário, ratificam a fragilidade da autuação. Diz que a simples previsão de prestação de serviço incluída na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 não impede a configuração dos adquirentes como contribuintes do ICMS, porque não quer dizer que o adquirente apenas preste serviços e que dentre estes, preste serviços previstos na lista de serviços. Comenta sobre o art. 2º, IV da Lei Complementar 87/96 e ressalta que existem exceções previstas nas próprias Leis Complementares 116/2003 e 87/96, nas quais haverá a incidência do ICMS sobre a mercadoria utilizada na prestação do serviço, conforme se verifica no art. 1º, § 2º e art. 2º, inciso V, respectivamente. O impugnante entende que não houve qualquer indicação de contraprova pela qual se pudesse concluir que os destinatários não seriam contribuintes do ICMS, prova que não foi produzida pela fiscalização, e conforme o art. 15, II, da Lei 7.014/96 a alíquota aplicável para destinatários que possuam inscrição perante o Fisco estadual é de 12%, razão pela qual entende que a infração é improcedente. Apresenta o entendimento da jurisprudência nacional, quando o comprador está regularmente cadastrado e se posteriormente é constatada irregularidade na sua constituição, não pode o vendedor, que realizou a transação de boa-fé, emitindo nota fiscal de produtor para fazer acompanhar a mercadoria, ser responsabilizado.

O autuado alega que não deve ser considerado o argumento do autuante de que as empresas arroladas na defesa sequer tinham inscrição estadual na época das operações de saída, porque a fiscalização alcançou os exercícios de 2008 a 2011 e quase a maioria das inscrições indicadas na autuação existem desde 2008 ou 2009. Diz que a infração 01 não pode prosperar porque a fiscalização não trouxe qualquer segurança ao lançamento e as informações prestadas às fls. 108 a 124 não servem para dar sustentação ao lançamento. Por cautela, requer a realização de perícia fiscal para demonstrar a procedência das alegações defensivas, pedindo que a ASTEC ou outro Auditor estranho ao feito esclareça quantos destinatários existentes no Anexo I possuem inscrição estadual perante a Secretaria da Fazenda de seu respectivo Estado.

Infração 02: Alega que a informação fiscal em nada modifica os argumentos de defesa, haja vista que sequer foi indicado se os valores lançados se referem a suposta apropriação de crédito em valor superior ao permitido pela legislação ou se houve creditamento sem comprovação das entradas, permanecendo a insegurança da infração, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, sua ocorrência. Também alega que a suposta falta de apresentação de documentação fiscal não foi indicada desde o início da ação fiscal, somente sendo trazido à tona agora, ficando ratificada a nulidade da autuação.

Infração 03: Afirma que não procedem as alegações do autuante porque a autuação não foi colocada nos termos da informação fiscal, dando a entender que foram aplicadas infrações contraditórias. Entende que não pode vingar a assertiva de que existem três elementos que fundamentaram a infração, quando se verifica que tais elementos são contraditórios e, por lógica, não poderiam compor uma mesma infração. Alega que a infração 03 não pode prosperar porque a

fiscalização não trouxe qualquer segurança ao lançamento e as informações fiscais às fls. 108 a 124 não servem para sustentar o lançamento.

Por fim, o defensor reitera o pedido de diligência fiscal, e requer seja determinada a nulidade das infrações 02 e 03, diante da preterição do direito de defesa e ausência de elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração, na forma do art. 18, II e IV do RPAF/BA.

À fl. 143 esta JJF encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. Quanto à infração 01, verificasse a existência de empresas com atividades mistas. Se foram adquiridas mercadorias para comercialização ou consumo ou se é o caso das exceções previstas nas Leis Complementares 116/2003 e 87/96, nas quais haverá a incidência do ICMS sobre a mercadoria utilizada na prestação do serviço.
2. Em relação à infração 02, no levantamento fiscal foram apurados os créditos fiscais, indicando o número de cada NF, o respectivo bem do ativo e o crédito fiscal de 1/48. Confrontando o total apurado com o crédito lançado no livro RAICMS, foi apurada a diferença exigida no Auto de Infração. O autuado deve ser intimado a comprovar a legitimidade dos valores lançados a mais no livro RAICMS.
3. Nos demonstrativos elaborados pelo autuante foi apurado crédito fiscal em valor superior ao recolhimento comprovado (infração 03), e o defensor não apresentou a documentação comprobatória do direito ao crédito fiscal, em relação ao valor excedente, resultando na glosa dos créditos considerados indevidos. Intimar o autuado a comprovar a legitimidade dos créditos utilizados a mais, nos meses de outubro de 2009 e março de 2010, de acordo com o levantamento fiscal efetuado, tendo em vista que houve reconhecimento do débito quanto ao mês 02/2010.
4. Após o cumprimento da diligência, foi solicitado que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado cópia do encaminhamento da diligência e de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, indicando o prazo de dez dias para o defensor se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento, o autuante prestou informação à fl. 1465, dizendo que em relação ao item 1, após pesquisa no cadastro de contribuintes do ICMS, constatou que, dentre as empresas listadas como não contribuintes, nenhuma desenvolvia atividade mista com inscrição estadual habilitada em outras unidades da Federação, quando das operações indicadas no Auto de Infração. Quanto os adquirentes tinham inscrição estadual habilitada, suas atividades estavam no campo de incidência do ISS e as mercadorias eram adquiridas para consumo em seus estabelecimentos. As demais eram entidades de órgãos públicos que não exercem atividades comerciais.

No que tange aos itens 02 e 03, informa que o autuado foi intimado a comprovar a legitimidade dos créditos fiscais de ICMS correspondentes às infrações 02 e 03, porém não se manifestou.

O defensor foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 215 a 217, alegando que a resposta fiscal de fl. 146 não atende ao quanto solicitado na diligência encaminhada por esta JJF, uma vez que a resposta se limitou a afirmações gerais, sem a concreta indicação de quais contribuintes utilizaram as mercadorias que foram adquiridas para uso e consumo e não para comercialização, e tanto neste caso, quanto na hipótese de ausência de atividades mistas, não houve a produção de qualquer contraprova.

Salienta que o levantou a existência de presunção de que a venda ou remessa para adquirentes com isenção estadual é idônea, presunção que deveria ser elidida pela Fiscalização, ou seja, caberia ao Fisco demonstrar que os estabelecimentos adquirentes seriam, de fato, não contribuintes e/ou provar que não houve a real remessa de mercadoria a estes adquirentes, demonstração que não foi feita pela fiscalização, quando da lavratura do Auto de Infração. Entende que os argumentos da fiscalização não servem para derrubar as alegações defensivas, ao contrário, ratificam a fragilidade da autuação no tocante à infração 01.

Diz que caberia à Fiscalização indicar a contraprova pela qual pudesse concluir que os destinatários não seriam contribuintes do ICMS, razão pela qual, conforme o art. 15, da Lei 7.014/96, a alíquota aplicável para destinatários que possuam inscrição perante o Fisco estadual, que assim são presumidamente contribuintes do imposto, é de 12%, razão pela qual entende o defendant que a infração 01 não é procedente.

Finaliza apresentando o entendimento de que, novamente, restou demonstrada a fragilidade da infração 01, pela ausência de elementos que dêem segurança ao lançamento.

Em nova informação fiscal às fls. 220/221, o autuante disse que foram acostados aos autos os espelhos dos cadastros das empresas nas Secretarias da Fazenda dos seus respectivos Estados, onde fiou demonstrada a situação cadastral de cada empresa, mas o defendant presume que o autuante não demonstrou que as empresas adquirentes não seriam contribuintes de fato.

Afirma que a prova da acusação se faz evidente com a simples leitura dos documentos de fls. 16 a 20, combinado com os documentos de fls. 151 a 211, que não foram contestados de forma objetiva pelo autuado. Entende que o autuado deveria indicar qual a empresa adquirente que, no seu entender, tem atividade mista e tinha inscrição estadual na época das operações.

Face aos argumentos apresentados pelo autuando as provas apresentadas pelo autuante, pede a procedência do presente Auto de Infração.

Analisado em pauta suplementar do dia 26/11/2013, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, observo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os demonstrativos e documentos acostados aos autos.

O autuado suscitou a nulidade da infração 02, alegando que a fiscalização imputa duas condutas contraditórias, uma vez que afirma que houve apropriação de crédito em valor superior ao permitido pela legislação e, ao mesmo tempo, afirma que houve o creditamento sem comprovação parcial das entradas de bens destinados ao ativo immobilizado. Entende que a situação jurídica da infração 03 é análoga à situação da infração 02, isto é, nula pela falta de elementos que dêem segurança à infração. Salienta que não ficou claro a que se referem os valores lançados, levando-se a uma insegurança da infração.

Quanto à infração 02, o autuante informou que o defendant, ao deixar de apresentar parte da documentação fiscal inviabilizou a identificação dos bens correspondentes e a homologação dos respectivos créditos por parte do Fisco. Sobre a infração 03, informa que se trata de situação análoga à infração 02. Diz que foi realizada a apuração dos créditos fiscais utilizados e constatou-se falta de pagamento de parte do ICMS relativo à importação (crédito a maior).

Em nova manifestação, o autuado alegou que a suposta falta de apresentação de documentação fiscal não foi indicada desde o início da ação fiscal, somente sendo trazido à tona agora, ficando ratificada a nulidade da autuação. Em relação à infração 03, também alegou que a autuação não foi colocada nos termos da informação fiscal, dando a entender que foram aplicadas infrações contraditórias.

Em relação à infração 02, no levantamento fiscal foram apurados os créditos fiscais, indicando o número de cada NF, o respectivo bem do ativo e o crédito fiscal de 1/48. Confrontando o total apurado com o crédito lançado no livro RAICMS, foi encontrada a diferença exigida no Auto de Infração. Ou seja, consta no mencionado Demonstrativo às fls. 21 a 45 do PAF o crédito apurado pelo Fisco, o crédito lançado pelo defendant no livro RAICMS e o crédito indevido.

Quanto à infração 03 foi apurado crédito fiscal em valor superior ao recolhimento comprovado, e o defensor não apresentou a documentação comprobatória do direito ao crédito fiscal, em relação ao valor excedente, resultando na glosa dos créditos considerados indevidos. Nos demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 21 a 45 do PAF, foram indicados os valores relativos ao ICMS recolhido, o imposto creditado e o ICMS creditado a mais, apurado-se crédito fiscal em valor superior ao recolhimento efetuado, relativamente às importações, inexistindo nos autos a documentação comprobatória do direito ao crédito fiscal em relação ao valor excedente.

Não acato as alegações defensivas, porque os demonstrativos elaborados pelo autuante são compreensíveis, e as explicações apresentadas nas informações fiscais apenas confirmam o resultado apurado no levantamento fiscal. Ademais, se percebe que o autuado entendeu as acusações fiscais e tratou dos fatos que ensejaram a exigência fiscal.

Constatou que o presente PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Em relação ao pedido de diligência fiscal por preposto da ASTEC, fica indeferido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada a existência de dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Consta, na descrição dos fatos que o autuado realizou operações de saídas de mercadorias para destinatários localizados em outra unidade da Federação, não contribuintes do imposto, tendo aplicado a alíquota de 12% em vez de 17%, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011. Demonstrativo às fls. 14 a 20 do PAF.

O autuado alegou que a lista de supostos destinatários que não são contribuintes, constante no Anexo I do Auto de Infração, verificou que constam na referida lista destinatários contribuintes do imposto, razão pela qual a utilização da alíquota interestadual de 12% é correta. A título de amostragem o defensor informou os CNPJs qualificados como destinatários, que possuem inscrição estadual perante a Secretaria da Fazenda de seus respectivos estados, e elaborou um quadro indicando as respectivas inscrições estaduais.

Na informação fiscal, o autuante disse que as atividades das empresas relacionadas pelo autuado e havidas como contribuintes do ICMS estavam incluídas na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/03, ou seja, desenvolvem atividades de prestação de serviços com incidência do ISS e não do ICMS. Afirma que apesar de as empresas citadas terem inscrição estadual, suas atividades não caracterizam a condição de contribuintes do ICMS, uma vez que não realizavam operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Conforme estabelece o art. 50, inciso II do RICMS/97, vigente à época dos fatos, aplica-se a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto.

Neste caso, deve ficar caracterizado que o destinatário da mercadoria, embora seja inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, ou não seja inscrito, preenche os requisitos correspondentes à realização com habitualidade ou em volume que caracterize o intuito comercial, conforme estabelece o art. 36 do RICMS/97:

Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize,

com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O levantamento fiscal indica que as mercadorias foram destinadas a não contribuintes do ICMS como, órgãos públicos, empresas com atividade de vigilância e segurança, defesa civil, condomínios prediais, e de acordo com os esclarecimentos prestados pelo autuante, dentre as empresas listadas como não contribuintes, nenhuma desenvolvia atividade mista com inscrição estadual habilitada em outras unidades da Federação, quando das operações indicadas no Auto de Infração. Quando os adquirentes tinham inscrição estadual habilitada, suas atividades estavam no campo de incidência do ISS e as mercadorias eram adquiridas para consumo em seus estabelecimentos. As demais eram entidades de órgãos públicos que não exercem atividades comerciais.

Considerando a previsão constante no RICMS/BA quanto à caracterização do que seja contribuinte, inclusive em relação ao intuito comercial, ficou comprovado que o autuado realizou operações de saídas de mercadorias para destinatários localizados em outra unidade da Federação, não contribuintes do imposto, aplicando a alíquota de 12% em vez de 17%. Assim, concluo pela subsistência deste item do Auto de Infração.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Lançamentos efetuados no livro Registro de Apuração do ICMS no campo 006 – “Outros Créditos”, relativos a créditos provenientes do CIAP de 2006 a 2010, sem a comprovação parcial das entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Demonstrativo às fls. 21 a 45 do PAF.

O defensor alegou que não houve a demonstração ou indicação de quais bens ou grupos de bens não foram considerados como vinculados ao ativo imobilizado. Afirma que restou impossível demonstrar que os créditos glosados se referem a entradas que foram destinadas ao ativo imobilizado, também ficando impossibilitado de demonstrar que o levantamento fiscal possui suporte em documentos fiscais.

O autuante esclareceu na informação fiscal que o defensor, ao deixar de apresentar parte da documentação fiscal inviabilizou a identificação dos bens correspondentes e a homologação dos respectivos créditos por parte do Fisco. Entende que o autuado deve comprovar a regularidade dos créditos fiscais lançados a mais, mediante apresentação de documentação fiscal idônea, correspondente aos bens do ativo imobilizado

No levantamento fiscal foram apurados os créditos fiscais, sendo indicado o número de cada Nota Fiscal, o respectivo bem do ativo e o crédito fiscal de 1/48. Confrontando-se o total apurado com o crédito lançado no livro RAICMS, foi apurada a diferença exigida no Auto de Infração. Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou diligência solicitando que o autuante intimasse o autuado a comprovar a legitimidade dos valores lançados a mais no livro RAICMS.

O defensor não comprovou os valores creditados a mais, e nas razões de defesa, apenas alegou que a suposta falta de apresentação de documentação fiscal não foi indicada desde o início da ação fiscal.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que o demonstrativo às fls. 21 a 45 do PAF não apresenta dificuldade à sua compreensão, tendo sido apurado o valor do crédito fiscal, o crédito lançado no livro RAICMS e o crédito fiscal considerado indevido. Portanto, concluo pela subsistência deste item do Auto de Infração.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Entrada de mercadorias importadas do exterior sem o devido paramento do ICMS, escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS

em valores superiores ao efetivo pagamento do imposto, nos meses de outubro de 2009; fevereiro e março de 2010. Demonstrativo às fls. 46 a 52 do PAF.

O defensor alega que uma leitura mais detida do texto desta infração revela que são imputadas três condutas ao autuado, quais sejam: a) utilização indevida de crédito fiscal pela falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito; b) utilização de crédito de bens importados em valores superiores ao efetivo pagamento do imposto, e c) falta de pagamento do ICMS sobre a importação.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que foi realizada a apuração dos créditos fiscais utilizados e constatou-se a falta de pagamento de parte do ICMS relativo à importação (crédito a maior). Diz que o autuado, mesmo tomando ciência da autuação, não apresentou a documentação comprobatória, ou seja, falta de apresentação de documentos, concluindo o Fisco que o pagamento do imposto era inexistente, glosando os créditos utilizados indevidamente.

De acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 21 a 45 do PAF, foi apurado crédito fiscal em valor superior ao recolhimento efetuado, relativamente às importações, e o defensor não apresentou a documentação comprobatória do direito ao crédito fiscal em relação ao valor excedente, resultando na glosa dos créditos considerados indevidos.

Por determinação desta JJF, o defensor foi intimar o autuado a comprovar a legitimidade dos créditos utilizados a mais, nos meses de outubro de 2009 e março de 2010, de acordo com o levantamento fiscal efetuado, tendo em vista que houve reconhecimento do débito quanto ao mês 02/2010. Entretanto, não houve apresentação pelo defensor da comprovação solicitada. Dessa forma, concluo pela subsistência deste item da autuação.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Operações de entradas de mercadorias importadas do exterior sem o devido pagamento do ICMS, nos meses de outubro de 2009; janeiro a março de 2010.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Deixou de tributar um item da Nota Fiscal 18.926, referente a operação de entrada de mercadoria importada do exterior.

À fl. 70 o autuado informou que reconhece parte do débito apurado no presente Auto de Infração, conforme planilha que acostou à fl. 71, requerendo a emissão de DAE para pagamento do valor reconhecido. Parte da infração 03 e as infrações 04 e 05. Assim, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que não há lide a ser decidida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207140.0027/12-7, lavrado contra **LAKELAND BRASIL S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$376.714,29**, acrescido das multas de 50% sobre R\$33.685,17 e 60% sobre R\$343.029,12, previstas no art. 42, incisos I, “a”; II, “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA