

A. I. N° - 298627.0004/13-6
AUTUADO - C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - VINICIUS MIRANDA MORGADO e EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21/07/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-05/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não há exceções na legislação que permita a utilização do crédito por conta do destaque do ICMS em mercadorias vendidas com substituição tributária. As vendas das mercadorias que entraram com substituição tributária foram efetuadas sem débito de imposto. Infração 1 procedente. **b)** REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Para efeitos de somatório do crédito fiscal, vale o que está registrado no livro registro de entrada, a menos que a defesa provasse que no somatório dos créditos totais de entrada não consta o valor do crédito em dobro. Infração 2 procedente. **c)** IMPOSTO DESTACADO EM VALOR SUPERIOR AO CORRETAMENTE CALCULADO EM DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Tomando-se o exemplo apresentado na Nota Fiscal nº 30.757, comprova-se a correção do lançamento efetuado e a improcedência dos argumentos defensivos. Infração 3 procedente. **d)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR EM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração 4 não impugnada. **e)** FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Infração 5 não impugnada. 2. OPERAÇÕES ESCRITURADAS EM LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração 6 não impugnada. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 7 não impugnada. **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. **a)** Infração 6 não impugnada. **c)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração 9 não impugnada. 3. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES COM PRODUTOS DE INFORMÁTICA. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. **b)** BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. O impugnante alega que são mercadorias de informática com redução de base de cálculo por conta do benefício do art. 87, previsto para as mercadorias do Anexo 5-A. É preciso que haja coincidência exata do número inteiro da NCM, ou quando estiver citado apenas o grupo, que haja correspondência com a descrição. Não pode a incidência da lei que autoriza diminuição da carga tributária ir “além” da fórmula ou hipótese expressas

em seu texto. Infrações 8 e 11 procedentes. **4.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração 10 não impugnada. **5.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações 12 e 13 não impugnadas. **6.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infrações 14, 15, 16 e 17 não impugnadas. **7.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Trata-se de celulares, mercadorias submetidas a este regime tributário. Infração 18 procedente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. MULTA. Impossível atestar a verdade material com base em alegações meramente descritas e sem provas. Neste caso, se o autuante utilizou-se de arquivos magnéticos onde consta o código da mercadoria como sendo TABLET, mas por um erro de montagem do arquivo, não representa a verdade, deve o impugnante apresentar cópia das notas fiscais, mas não o fez neste processo. Infração 19 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 25/11/2013, foi efetuado lançamento de imposto e multa no valor total de R\$316.402,45 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, sendo lançado o valor total de R\$20.093,39 acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, sendo lançado o valor total de R\$191,88 acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal, sendo lançado R\$53.162,27, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, sendo lançado R\$299,53, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do documento comprobatório do referido crédito, sendo lançado R\$68.650,41 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher os prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado o valor de R\$1.888,94 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$67.040,31 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado R\$29.241,50, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo lançado R\$292,28, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 10 - Recolheu a menos o imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$13.740,44, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 11 - Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, sendo lançado R\$7.053,24, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 12 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo lançado R\$63,86, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 13 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, sendo lançado R\$63,86, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 14 - Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício em aberto, sendo lançado o valor de R\$9.877,45 acrescido da multa de 70% nos exercícios de 2008 e 2009 (R\$1.341,72 e R\$4.888,37) 100% (exercício de 2011 – R\$3.647,36).

INFRAÇÃO 15 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também na contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$18.493,60, no exercício de 2010, acrescido da multa de 100%.

INFRAÇÃO 16 - Falta de recolhimento na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada da documentação fiscal e consequentemente sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária apurado mediante levantamento quantitativo de estoque de mercadorias em exercício fechado sendo lançado R\$20.381,81 acrescido da multa de 70% em 2008 e 2009 (R\$3,16 e R\$234,44) e 100% em 2011 e 2012 (R\$20.036,39 e R\$107,62).

INFRAÇÃO 17 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$5.105,64 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 18 - Deixou de efetuar 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 a 89, sendo lançado o valor de R\$153,41, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 19 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo lançado o valor de R\$493,33.

A impugnante apresenta defesa à fls. 412/427 e diz que será demonstrado que o Auto de Infração é preliminarmente nulo, bem como no mérito, improcedente, conforme razões adiante demonstradas.

Que foi notória a inobservância ao direito maior à ampla defesa do contribuinte, bem como ao contraditório e ao princípio da legalidade. Assim, vale-se dos princípios expressos nos arts. 5º, LV, e 37, caput, da CF e alega que a validade do processo administrativo tributário está condicionada ao perfeito cumprimento do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Que apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato especificado no lançamento à norma existente, em que pese esta obrigação legal, o Autuante não forneceu as provas necessárias e essenciais para comprovar as irregularidades supostamente cometidas pela empresa Impugnante.

Alega em seguida, que as supostas infrações contidas no presente Auto de Infração abrangem os períodos compreendidos entre janeiro de 2008 a dezembro de 2011. Contudo, deve-se reconhecer a extinção parcial do crédito tributário relativo aos períodos compreendidos entre janeiro de 2008 a outubro de 2008 por força do art. 156, V, c/c art. 150, § 4º, todos do CTN, que tratam da decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, e consequentemente sua extinção e transcreve os arts. 150 e 156 do RICMS.

Ocorre que, no caso concreto, a Recorrente tomou ciência do Auto de Infração em 22/11/2013, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo Fisco, dos créditos referentes aos períodos anteriores a novembro de 2008.

Não obstante, esses meses, ainda que decaídos, estão sendo objeto de cobrança, pelo que deve ser desconstituída nessa parte por força do art. 150, § 4º, c/c art. 156, V e VII ambos do CTN. Logo, considerando que a Impugnante tomou ciência do presente Auto de Infração em 22/11/2013, quando já estavam tacitamente homologados (CTN, art. 150, § 4º e STF, Súmula Vinculante nº 8), e extinto (CTN, art. 156, V, c/c art. 150, § 4º, parte final), os lançamentos correspondentes aos meses de janeiro a outubro de 2008, bem como os fatos geradores ocorridos até 21.11.2008, impõe-se a desconstituição da cobrança do crédito tributário relativo aos fatos geradores desses períodos em relação a todas as infrações, como forma indispensável da proteção da Justiça, sendo o que desde já requer.

No mérito, sabe-se que o crédito tributário deve ser líquido e certo e que são inúmeras as irregularidades na apuração do crédito tributário que demonstram sua iliquidez. A partir deste momento da defesa, o impugnante não se reportar ao número do item do lançamento, mas diretamente ao conteúdo, necessitando associar o assunto questionado à descrição da infração.

Pelo uso indevido de crédito fiscal oriundos de aquisições com pagamento de ICMS-ST, alega que as notas fiscais referentes às aquisições vinham com destaque do ICMS. Em razão do princípio da verdade material, trás à baila alguns exemplos dessas notas (**doc. 04**) que estão entre as analisadas pelo Auditor nos Anexos 01 a 04 do Auto de Infração.

Que dessa forma, a empresa adquirente, ora Impugnante, teria sim direito ao referido crédito destacado, decorrente do princípio da não cumulatividade, o art. 155, II, e § 2º, inciso I, da Constituição Federal, c/c art. 20 da Lei Complementar nº 87/96.

Que ademais, caso esse nobre Tribunal concluísse por alguma irregularidade, não poderia prosperar a pretensão do Fisco em cobrar o crédito supostamente indevido em sua totalidade (17%). Isso porque a Impugnante se debitava, quando da venda dessas mercadorias, com uma carga tributária resultante em 7% por força da redução da base de cálculo prevista na legislação. Senão vejamos o art. 87 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97:

Em anexo apresenta as Memórias de Fita Detalhe (**doc. 05**) do período auditado (2008 a 2011), provando que a Impugnante se debitou de 7% nas saídas. Dessa forma, caso esse Tribunal concordasse com alguma cobrança, nunca poderia permitir a mesma no patamar de 17%.

No que diz respeito aos creditamentos indevidos em virtude de duplicidades nos lançamentos de entrada, mais precisamente com relação à Infração 2, o Fisco acusa a Impugnante de utilizar-se indevidamente de crédito fiscal em decorrência da Nota Fiscal nº 22 (emissão: 26/05/210) lançada em duplicidade no Registro de Entrada da empresa Impugnante.

Alega que trata-se de mais um equívoco fático cometido pela fiscalização, porque a referida nota fiscal foi escriturada somente uma vez conforme o Registro SINTEGRA em anexo (doc. 06) e dessa forma, a Impugnante utilizou-se uma única vez do crédito destacado no documento em questão.

Quanto à utilização de créditos em valores superiores ao destacado, por exemplo, na Infração 3, ocorre que, mais uma vez o fiscal se equivocou, como será demonstrado. Sabe-se que o Convênio ICMS 57/95 veio a dispor sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados em todos os Estados da Federação.

Que o referido Manual determina (item 7) que a estrutura do arquivo magnético compõe-se de diversos tipos de registros, entre eles o tipo 50 (destinado a especificar as informações de totalização do documento fiscal) e o tipo 54 (destinado a especificar as informações individuais de cada produto constante no documento fiscal). O equívoco da fiscalização foi em não verificar o imposto efetivamente destacado. Explica-se: para determinar a base de cálculo do imposto destacado, o Auditor somou todos os registros 54 e verificou que o valor estava maior do que o totalizado no registro 50. Dessa forma, ele concluiu que a empresa Impugnante estava se creditando a maior.

Diz que, devido a um equívoco da equipe fiscal, de fato o valor da base de cálculo das NF's (considerando o somatório dos registros 54) estava maior que o totalizado no registro 50. Porém, o imposto foi destacado corretamente como pode ser verificado das NF's em anexo (doc. 07). Dessa forma, restando provado que se tratou apenas de um erro acessório da empresa Impugnante, sem repercussão no pagamento do tributo, requer que essa infração seja julgada improcedente visto que o imposto foi destacado corretamente e, conseqüentemente, a apropriação do crédito foi devida.

Quanto ao recolhimento a menos em virtude de aplicação de alíquotas menores nas saídas, assevera que houve outro equívoco da autuação e que não assiste razão à fiscalização quanto à acusação em questão uma vez que a quase totalidade das mercadorias, as quais o Agente Fiscal se referiu nas infrações desse tipo eram beneficiadas, por força da legislação, com redução de base de cálculo prevista no art. 87 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que reduz a base de cálculo em equipamentos de informática relacionados no Anexo 5-A de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Atesta que o Auditor, erroneamente, não levou em conta o benefício para muitos produtos elencados nas Infrações 8 e 11. Que a fim de demonstrar com maior clareza os equívocos cometidos, a Impugnante elaborou (com base nas planilhas elaboradas pelo Auditor) planilhas onde aponta, item por item, a efetiva carga tributária líquida correta para cada mercadoria (doc. 08 – Infração 8 e doc. 9 – Infração 11) e a base legal utilizada.

Sendo assim, evidencia-se que a Impugnante aplicou a carga tributária líquida nas saídas em questão em conformidade com a legislação baiana, não restando outra alternativa a esse Tribunal senão julgar improcedentes tais denúncias.

Quanto à falta de recolhimento de ICMS por antecipação (parcial e total) referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, mais precisamente em relação às Infrações 18 e 19, observa-se que há equívocos por parte da Fiscalização em relação à metodologia de cálculo utilizada para se chegar ao valor do imposto antecipado. Que outro erro cometido pelo Auditor foi considerar produtos enquadrados na sistemática de substituição tributária como sujeitos à antecipação parcial.

Que tais equívocos estão detalhadamente descritos nas planilhas em anexo (doc. 10), elaboradas a partir do levantamento elaborado pela Fiscalização. Diante do exposto, inúmeros foram os equívocos na apuração do crédito tributário, que o tornam ilíquido e incerto, o que leva a autuação para o caminho sem volta da improcedência.

Quanto à multa, assevera que deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida pelo infrator e nesses termos é inadmissível a imposição de multa desproporcional ao suposto ilícito cometido. Logo, e considerando que a infração à legislação tributária deve ser punida da mesma forma que o é a infração à legislação penal, é necessária a dosimetria da pena por força do princípio da proporcionalidade. Aliás, a jurisprudência pátria já consagrou a necessidade de analisar a intenção do contribuinte, se era de sonegar ou não.

Requer que seja dado provimento a presente Impugnação, para que, seja decretada a improcedência ou a total nulidade do Auto de Infração sob exame, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que a Impugnante encontra-se em perfeita harmonia com a legislação vigente.

Caso não seja esse o entendimento dessa Junta de Julgamento Fiscal do Egrégio CONSEF, o que se cogita pelo princípio da eventualidade, requer seja excluída, ou no mínimo reduzida, a confiscatória multa aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento). Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Os autuantes apresentam a informação fiscal fls. 488/541 quando afirmam que anexaram todos os demonstrativos de cálculo e levantamentos elaborados, no total de 99 (noventa e nove) anexos, juntamente com a documentação de provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos, conforme fls. 75/401 do PAF. Os referidos demonstrativos de débito foram entregues ao contribuinte, conforme Recibo de entrega dos anexos do Auto de Infração por meio de arquivos eletrônicos, vide fls. 402/405 deste PAF e, portanto não vêm razões para cerceamento de defesa e nulidade do lançamento.

Que quanto a arguição de decadência, considerando que a Impugnante tomou ciência do presente Auto de Infração em 22/11/2013, quando já estavam tacitamente homologados, código Tributário do Estado da Bahia – COTEB fixou prazo para a homologação do lançamento. Desta forma, não pode ser arguida a determinação do artigo 150, § 4º, do CTN, que se aplica apenas quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2008, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/13 para constituir o crédito tributário. Na questão que ora se discute, o crédito fiscal foi constituído em 02/10/2013, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração e a respectiva ciência do representante legal do Defendente, não havendo, portanto, a alegada decadência. A partir da defesa, associam os temas com as infrações pertinentes, de modo a facilitar a identificação do que foi defendido.

Que na Infração 01 - Uso indevido de crédito fiscal de ICMS oriundos de aquisições com pagamento de ICMS-ST, aduz o impugnante que os Auditores, não observaram que as NF's referentes às aquisições vinham com destaque do ICMS. Colaciona algumas cópias de notas fiscais (doc. 04) que estão entre as analisadas pelos Auditores nos Anexos 01 a 04 do Auto de

Infração, e no entendimento da impugnante, tal fato denota que, a empresa adquirente, teria sim direito ao referido crédito destacado.

Que a infração 1 refere-se à glosa do crédito de ICMS apropriado indevidamente em relação a entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, na modalidade de antecipação total, no período de 2008 a 2011, como segue: "CD e DVD" (Exercícios 2008/2009/2010/2011), "PILHA e BATERIA" (Exercícios 2008/2009/2010/2011), "ARTIGOS DE PAPELARIA E MATERIAL DE ESCRITÓRIO", (CELULAR e CHIP" (Exercícios 2010/2011), todos com saída posterior sem tributação, sendo, dessa forma, vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes, conforme art. 97, inciso IV e art. 353, inciso II, itens 20, 28, 35 e 38, do RICMS-BA, aprovados pelo Decreto nº 6.284/97.

Desta forma, uma vez efetuada a substituição tributária, por antecipação, encerra-se a fase de tributação nas operações subsequentes, conforme disposto no art. 356 do RICMS-BA, aprovados pelo Decreto nº 6.284/97.

Com relação às cópias das notas fiscais anexadas pela impugnante, informamos que são apenas 03 (três) Notas Fiscais de entrada de mercadorias, onde constam o produto "CD e DVD", n^{os} 18560, de 03/03/08; 23501, de 01/04/08; 26501, de 16/04/08, em todas as referidas notas fiscais, foram destacados, INDEVIDAMENTE, o imposto da operação, contrariando frontalmente o artigo 356 do RICMS-BA, aprovados pelo Decreto nº 6.284/97, supracitado.

Quanto às Memórias de Fita Detalhe (**doc. 05**), anexados pela impugnante, do período auditado (2008 a 2011), informam que não podem servir como elemento de prova em favor do autuado, posto que, na extração das informações não foram respeitados o formato e especificações contidas no Ato COTEPE nº 17/94, assim como o registro de assinatura digital.

Ainda assim, constataram nos arquivos anexados ao PAF, em meio magnético, vide fls. 486, a existência de saídas das mercadorias autuadas sem o destaque do imposto, conforme exemplos citados na informação fiscal.

Que os exemplos dos ECF colocados na informação fiscal, demonstram de forma cabal que as mercadorias objeto da autuação fiscal, tiveram saídas sem a tributação do imposto, por estarem enquadradas no regime de substituição tributária, por antecipação total.

Que na infração 2 - Creditamentos indevidos em virtude de duplicidades nos lançamentos de entrada refere-se à glosa do crédito de ICMS apropriado indevidamente em função de lançamento de nota fiscal, em duplicidade, nos registros fiscais de entrada de mercadorias, como segue:

- Em Maio/2010: Lançamento fiscal nº 00195, em 31/05/2010, Nota Fiscal nº 22, emitida em 25/05/2010, no valor de R\$1.599,00, com crédito destacado de R\$191,88, Emitente: INDÚSTRIA GRÁFICA CEARENSE E EDITORA LTDA. – CNPJ Nº 07.969.348/0001-30, conforme cópia do livro fiscal, anexado ao PAF às fls. 401.
- Em Junho/2010: lançamento fiscal nº 00001, em 01/06/2010, Nota Fiscal nº 22, emitida em 25/05/2010, no valor de R\$1.599,00, com crédito destacado de R\$191,88, Emitente: INDÚSTRIA GRÁFICA CEARENSE E EDITORA LTDA. – CNPJ Nº 07.969.348/0001-30, conforme cópia do livro fiscal, anexado ao PAF às fls. 401.

Portanto, ocorreu o lançamento em duplicidade do crédito fiscal ora questionado, sendo considerado indevido, para efeito da autuação, o lançamento nº 00001, efetuado em 01/06/2010. Desta forma, diante das provas incontestáveis, que deram suporte a autuação fiscal, queda-se evidente que a mesma não merece nenhum reparo por essa Junta de Julgamento Fiscal.

Que na infração 3 - utilização de créditos em valores superiores ao destacado, informam que as alegações da impugnante, não merecem acolhimento, posto que guardam nenhuma relação com a verdade material dos fatos.

Que o procedimento adotado pelos autuantes, consiste na checagem analítica dos créditos fiscais do ICMS, referentes às entradas de mercadorias, informados no SINTEGRA, registros n^{os} 50 e 54 e, posteriormente, cotejados com os lançamentos escriturados no registro fiscal de entrada, de onde constatou-se que, para diversas aquisições realizadas no período fiscalizado, o destaque do imposto constante nas notas fiscais estavam em valores superiores aos corretos e, em outros casos o destaque do imposto estava correto, porém foi escriturado em valores superiores ao destacado, resultando na autuação ora discutida.

Que as notas fiscais anexadas pela impugnante, às fls. 443/453, cotejadas com os livros fiscais, vide fls. 401, atestam o procedimento indevido relatado acima, conforme exemplos abaixo:

- 1) Nota Fiscal n^o 25055, de 08/04/2008, no valor de R\$32.145,45, com Base de Cálculo no valor de R\$13.560,13 e ICMS destacado na nota fiscal e escriturado no livro fiscal, no valor de R\$4.451,80, vide fls. 443 deste PAF. Considerando a alíquota de 17% o imposto correto deveria ser de R\$2.305,22, resultado equação: $\text{BASE DE CÁLCULO} \times \text{ALÍQUOTA} = \text{ICMS}$ ($\text{R\$13.560,13} \times 0,17 = \text{R\$2.305,22}$), gerando uma diferença de imposto destacado a maior, no valor de R\$2.146,58, conforme cópia do livro fiscal abaixo:
- 2) Nota Fiscal n^o 35303, de 09/06/2008, no valor de R\$26.263,44, com Base de Cálculo no valor de R\$10.813,97, ICMS destacado na nota fiscal, no valor de R\$3.629,80, vide fls. 447 deste PAF e escriturado no livro fiscal, no valor de R\$4.464,78. Considerando a alíquota de 17% o imposto correto deveria ser de R\$1.838,37, resultado equação: $\text{BASE DE CÁLCULO} \times \text{ALÍQUOTA} = \text{ICMS}$ ($\text{R\$10.813,97} \times 0,17 = \text{R\$1.838,37}$), gerando uma diferença de imposto escriturado a maior, no valor de R\$2.626,41, conforme cópia do livro fiscal abaixo:
- 3) Nota Fiscal n^o 43359, de 24/07/2008, no valor de R\$39.102,38, com Base de Cálculo no valor de R\$15.998,85, ICMS destacado na nota fiscal, no valor de R\$2.719,79, vide fls. 452 deste PAF e escriturado no livro fiscal, no valor de R\$6.647,40. Considerando a alíquota de 17% o imposto correto deveria ser de R\$2.719,80, resultado equação: $\text{BASE DE CÁLCULO} \times \text{ALÍQUOTA} = \text{ICMS}$ ($\text{R\$15.998,85} \times 0,17 = \text{R\$2.719,80}$), gerando uma diferença de imposto escriturado a maior, no valor de R\$3.927,60, conforme cópia do livro fiscal abaixo:
- 4) Nota Fiscal n^o 43877, de 28/07/2008, no valor de R\$28.192,50, com Base de Cálculo no valor de R\$11.608,26 e ICMS destacado na nota fiscal e escriturado no livro fiscal, no valor de R\$4.526,04, vide fls. 449 deste PAF. Considerando a alíquota de 17% o imposto correto deveria ser de R\$1.973,40, resultado equação: $\text{BASE DE CÁLCULO} \times \text{ALÍQUOTA} = \text{ICMS}$ ($\text{R\$11.608,26} \times 0,17 = \text{R\$1.973,40}$), gerando uma diferença de imposto destacado a maior, no valor de R\$2.552,64, conforme cópia do livro fiscal abaixo:

Que diante das explicações oferecidas, baseadas na legislação pertinente e alicerçada nos exemplos acima demonstrados, assim como em todos os itens constantes nos anexos 06 a 09, fica provado de forma inequívoca a infração cometida pelo contribuinte, não sendo necessário nenhuma correção no débito ora reclamado.

Quanto à infração 8 - Recolhimento a menor em virtude de aplicação de alíquotas menores nas saídas, a infração 8 refere-se a recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias através de ECF, sendo que o contribuinte utilizou alíquota de 7% quando o correto seria a aplicação da alíquota de 17%, para os produtos dessa natureza.

Já a infração 11 refere-se a recolhimento a menor de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base cálculo, nas saídas de mercadorias através de notas fiscais modelo 1 e 55, não amparadas por esse benefício fiscal.

Dizem que as alegações da impugnante não merecem prosperar, visto que foram alicerçadas em interpretações, totalmente equivocadas e confusas da legislação vigente à época das operações mercantis objeto da autuação fiscal.

Que as operações internas envolvendo aparelhos e equipamentos de informática são tratadas no inciso V, do artigo 87, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e, na época das operações mercantis que constam na autuação fiscal, que deixa muito claro de que o benefício da redução da base de cálculo se destinava, somente, às operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, inclusive automação e suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, sendo estes os indicados no Anexo 5-A.

Que assim sendo, considerando que JOYPAD, JOYSTICK, PORTA RETRATO DIGITAL, SUPORTE AJUSTÁVEL P/CPU, SERVIDOR DE IMPRESSÃO PARALELA, XBOX 360 KINECT e TABLETS não estão elencados de forma expressa no anexo 5-A e também não são *equipamentos de processamento de dados e seus periféricos ("hardware")*, inclusive automação, não resta qualquer tipo de dúvida que o benefício referente à redução de 58,82% da base de cálculo (carga tributária correspondente a 7%) não se aplica aos referidos produtos, utilizados na fundamentação do Autuado.

Que com o objetivo de sepultar definitivamente qualquer dúvida que ainda paire sobre esta infração, estamos transcrevendo na íntegra o parecer da DITRI nº 20.809/2011 que responde a consulta sobre a aplicabilidade do benefício fiscal da redução da base de cálculo estabelecida no RICMS-BA/97, art. 87, inciso V, nas operações com "TABLET - MIC. PORTATIL, NCM Nº 8471.41.90. Portanto, o produto TABLET passou a ter direito ao benefício fiscal da redução de 29,41% da base de cálculo (carga tributária correspondente a 12%), a partir de 01/11/2011, conforme art. 87, inciso XLIV, do RICMS/BA:

"(...)

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (*notebook e tablet*), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Nota: A redação atual do inciso XLIV do art. 87 foi dada pela Alteração nº 149 (Decreto nº 13407, de 01/11/10, DOE de 02/11/11), efeitos a partir de 01/11/11.

Redação anterior dada ao inciso XLIV do art. 87 pela Alteração nº 118 (Decreto nº 11481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09), efeitos de 01/04/09 a 31/10/11:

"XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (*notebook*), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);".

Que com relação ao produto TABLET, aplicaram a redução da base de cálculo prevista no artigo 87, inciso XLIV, do RICMS/BA, a partir de 01/11/2011, como pode ser verificado nos anexos 18 e 27 que dão suporte à infração em questão.

Quanto aos demais itens questionados pela impugnante, prestam os seguintes esclarecimentos:

- JOYPAD: Classificação fiscal código NCM nº 9504.10.99, conforme Notas Fiscais nºs 70304 - 23/12/08, 5467 - 06/03/08, 10432 - 14/01/08, 118497 - 16/10/09, 76571 - 05/02/09, 143199 - 11/03/10, 24095 - 11/09/10, 29110 - 06/10/10, 67720 - 24/04/11, 98890 - 20/09/11 e 82011 - 06/07/11. Verificamos no anexo 5-A e não consta essa classificação fiscal no rol de produtos contemplados pela redução da base de cálculo;
- JOYSTICK: Classificação fiscal código NCM nº 9504.10.99, conforme Notas Fiscais nºs 25871 - 14/04/08, 43286 - 25/07/08, 13092 - 22/12/08, 71188 - 05/01/09, 87175 - 14/04/09, 31244 - 16/10/10, 41935 - 11/12/10, 59298 - 14/03/11, 72221 - 17/05/11, 116058 - 10/12/11. Verificamos no anexo 5-A e não consta essa classificação fiscal no rol de produtos contemplados pela redução da base de cálculo.
- RETRATO DIGITAL: De acordo com as notas fiscais de aquisição do produto, constantes nos arquivos SINTEGRA, entregues pelo contribuinte, segue a classificação fiscal código NCM nº 8528.51.20 e 8528.59.20, conforme Notas Fiscais nºs 129107 - 12/12/09, 130693 - 22/12/09, 135695 - 27/01/10, 80298 - 28/06/11.

Afirmam que a NCM utilizada pelos remetentes das mercadorias, está condizente com a Tabela de Incidência do imposto sobre produtos industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006.

Verificam que no anexo 5-A e não consta nenhuma classificação fiscal com essa descrição no rol de produtos contemplados pela redução da base de cálculo e que a classificação fiscal que consta no referido anexo NCM nº 8528.5 é exclusiva para monitores de vídeo que sejam utilizados com uma máquina automática para processamento de dados, que em hipótese nenhuma pode ser confundido com porta retrato digital, que não necessita de outra máquina principal ou acessória para desempenhar suas funções.

Apresentam a Tabela de Incidência do imposto sobre produtos industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006, onde consta, no capítulo 85, a classificação correta para ser utilizada nas operações com porta retrato digital:

- SUPORTE AJUSTÁVEL P/CPU: Classificação fiscal utilizada pelo mesmo, código NCM nº 8473.30.99, conforme Notas Fiscais nºs 78322 - 14/02/09, 130375 - 19/12/09, 9111 - 22/06/10, 138446 - 10/02/10, 48210 - 15/01/11.
- SERVIDOR DE IMPRESSÃO PARALELA: Classificação fiscal código NCM nº 8517.62.59, conforme Notas Fiscais nºs 90377 - 05/05/09 e 115953 - 30/09/09. Verificamos no anexo 5-A e não consta essa classificação fiscal no rol de produtos contemplados pela redução da base de cálculo;
- X BOX 360 KINECT: Classificação fiscal código NCM nº 9504.10.10, conforme Notas Fiscais nºs 130478 - 19/12/09, 131532 - 31/12/09, 23933 - 28/03/10, 32050 - 21/10/10, 115772 - 09/12/11. Verificamos no anexo 5-A e não consta essa classificação fiscal no rol de produtos contemplados pela redução da base de cálculo;

Que, portanto, diante dos esclarecimentos acima, suportados pelos documentos fiscais que constam no processo, fica evidenciado que o procedimento adotado para apuração do débito fiscal, constantes nas infrações 8 e 11, não merecem nenhum reparo, dessa forma, pleiteamos pela procedência total das respectivas infrações.

Quanto às Infrações 18 e 19 - Falta de recolhimento de ICMS por antecipação (parcial e total) referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, após a análise dos referidos anexos apensados pela Defendente, identificaram que no demonstrativo nº 99, o Autuado entende que o produto JOYSTICK tem a redução da base de cálculo de 58,82% estabelecida no inciso V do artigo 87 do RICMS/BA e por este motivo não teria ICMS a recolher, referente à antecipação parcial. Entretanto, como já foi esclarecido nesta informação fiscal, este produto não está incluído no anexo 5 A.

Com relação ao demonstrativo nº 98, não conseguiram identificar o suposto erro apontado pela Impugnante, já que na coluna “nossa observação” indica “valor correto ST” a maior do que as diferenças de ICMS apuradas pelos Autuantes nesta infração, referente à antecipação total (infração nº 18).

No que tange ao demonstrativo nº 102, a Autuada alega que a mercadoria que consta nesta tabela não é TABLET 7 3G 16GB P1000 CNZ (Nota Fiscal nº 188.917) e sim celular GALAXY. Esta última mercadoria se submete a tributação pelo regime de antecipação tributária total, diferentemente do primeiro produto, cuja forma de apuração do ICMS é pelo regime normal de tributação, estando, assim, sujeito à antecipação parcial.

Examinando o arquivo SINTEGRA da Defendente, identificaram que na Nota Fiscal nº 188.917 consta a mercadoria com descrição TABLET 7 3G 16GB P1000 CNZ, código nº 225.584. Aprofundando sobre a questão, constatamos que em diversas notas fiscais o código nº 225.584 apresentava a descrição em conformidade com a descrição do SINTEGRA (Notas Fiscais nºs 116.954, 117812, 118.122 e 118.834).

Dessa forma, concluíram que a Impugnante, por meio de suas lojas da rede (dentro e fora do estado), utilizou em suas notas fiscais duas descrições de mercadorias para o mesmo código de produto (TABLET DES GALAXY P1000 3G SAMSUNG OU CELULAR DES GALAXY TAB P1000 SAMSUNG), apesar de constar uma única descrição para o produto de código nº 225.584 no registro nº 75 referente ao exercício de 2011: TABLET 7 3G 16GB P1000 CNZ. E consultando o sítio <http://www.samsung.com/br/consumer/cellular-phone/cellular-phone-tablets/tablet/GT-P1000MSLZTO>, verificamos que o próprio fabricante (SAMSUNG) classifica seu produto como TABLET.

No caso em tela, os Autuantes enquadraram a mercadoria como TABLET e, conseqüentemente, efetuaram o lançamento com base na infração referente à falta da antecipação parcial do ICMS no mês de maio de 2011. O enquadramento da mercadoria como Celular ensejaria um lançamento com base na infração referente à falta da antecipação total do ICMS, cujo valor seria inferior ao consignado no Auto de Infração, já que este produto goza do benefício da redução da base de cálculo de 29,41% e uma MVA baixa (15,57% para o caso em discussão), conforme pode ser verificado em quadro que apresentam na informação fiscal.

Que além disso, todas as saídas posteriores de celulares não teriam a incidência do ICMS, pois a antecipação tributária total encerra a fase de tributação. Assim sendo, com base nas informações prestadas, entendem que as infrações 18 e 19, devem ser mantidas em sua totalidade.

Com relação às multas aplicadas em virtude das infrações cometidas pelo Autuado, alegamos que sua previsão está contemplada no art. 42, da Lei Estadual nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, não estando no âmbito de nossas atribuições, a redução dos percentuais de multas estabelecidos nos dispositivos legais.

Com relação às Infrações de nºs 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, informam que a impugnante não apresentou nenhuma alegação e/ou contestação específica, o que caracteriza que concordou plenamente com o débito apurado. Ante o exposto, mantemos a totalidade destas infrações, pleiteando deste Egrégio Conselho de Fazenda a procedência das mesmas.

VOTO

O impugnante pede em preliminar que o Auto de Infração seja nulo, argumentando cerceamento de defesa pela incompreensão do enunciado e ausência de provas em um auto com 19 infrações, sem contudo apontar quais infrações não teriam provas ou estão incompreensíveis, assim, entendendo que o impugnante se refere à totalidade do Auto de Infração, indistintamente.

Assim, tomando como exemplo a primeira infração - *utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, sendo lançado o valor total de R\$20.093,39 acrescido de multa de 60%* e consultando os demonstrativos de fls. 75/85, não vislumbro qualquer cerceamento de defesa, visto a descrição estar absolutamente clara – crédito indevido – a motivação, pelo fato das mercadorias creditadas estarem no regime de substituição tributária, e os demonstrativos conterem a relação com notas fiscais que comprovam as operações.

Para defender-se, bastaria ao impugnante demonstrar que não é o adquirente das mercadorias citadas nas notas fiscais, ou que as mercadorias não estão na substituição tributária, ou ainda que estejam, que poderiam ter o crédito aproveitado, segundo a legislação vigente, apontado o dispositivo legal que o respaldasse, razão pela qual refuto a alegação de nulidade do lançamento.

Em preliminar de decadência, arguiu que tomou ciência do Auto de Infração em 22/11/2013, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo Fisco, dos créditos referentes aos lançamentos correspondentes aos meses de janeiro a outubro de 2008, bem como os fatos geradores ocorridos até 21.11.2008, impõe-se a desconstituição da cobrança do crédito tributário relativo aos fatos geradores desses períodos em relação a todas as infrações.

O prazo decadencial, embora seja motivo de discórdia em decisões judiciais, a jurisprudência deste Conselho aponta no sentido de obedecer ao disposto no art. 107 - Auto de Infração, do

Código Tributário do Estado da Bahia, conforme excerto de julgamento em segunda instância, abaixo:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0387-12/10

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em dezembro de 2008, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes ao exercício de 2003, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos neste período. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque exegético. O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150. A Bahia assim procedeu ao editar o seu Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei 3956/81.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo para homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A falta de pagamento integral de tributo cujo lançamento se dê por homologação no prazo regulamentar faz surgir para a Fazenda Pública o direito subjetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício. Esse direito do Estado, sob pena de extinção, deve ser exercido em determinado lapso de tempo. O tempo deve ser contado, como já visto, segundo o que dispõe o artigo 173, I do CTN, ou seja, em cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Por tal razão, a decadência dos fatos geradores, relativos aos meses do exercício de 2003, em questão, somente se operaria após o dia 31/12/2008.

Ocorre que os procedimentos que deram início a fiscalização, bem como a própria ciência do Auto de Infração, ocorreram antes, dentro do exercício de 2008, não havendo contestação quanto a esse fato pelo autuado, já que consta sua ciência do Auto de Infração no mês de dezembro de 2008, às fls. 277 e 278 dos autos. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, não prosperando, portanto, os argumentos defensivos.

Apesar das decisões dos tribunais, acerca da matéria, aludida pelo impugnante, não foi não ter sido consolidada ou mesmo unificado entendimento. É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de decadência e adentro o mérito da impugnação, quando inicialmente registro que a peça defensiva não deixa claro quais infrações estariam sendo impugnadas, apresentando defesa genérica de assuntos que estão relacionados a algumas das infrações aqui expostas.

Os autuantes, na informação fiscal, fizeram cotejo entre os temas da impugnação e os itens relacionados no Auto de Infração, e constaram que não houve defesa das infrações 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 e 17. O impugnante tomou ciência da informação fiscal e não fez qualquer contestação quanto a esta assertiva dos autuantes. Ainda assim, faço um comparativo entre os assuntos propostos na defesa e o rol de infrações:

- a) Uso indevido de crédito fiscal oriundos de aquisições com pagamento de ICMS-ST – infração 1;
- b) Creditamentos indevidos em virtude de duplicidades nos lançamentos de entrada e utilização de créditos em valores superiores ao destacado – infrações 2 e 3;
- c) Recolhimento a menor em virtude de aplicação de alíquotas menores nas saídas - infrações 8 e 11;
- d) Falta de recolhimento de ICMS por antecipação (parcial e total) referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação – infrações 18 e 19.

A impugnação versa então sobre as infrações 1, 2, 3, 8, 11, 18 e 19. As demais infrações são então julgadas procedentes com fundamento nos artigos seguintes do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infrações 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 e 17 procedentes. Assim, passo ao julgamento da primeira infração, cuja acusação trata de crédito fiscal indevido, oriundo de aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

Na infração 1, decorrente do crédito utilizado em aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, diz o impugnante que o fez por conta das aquisições constarem o destaque de imposto, conforme comprova na impugnação, mas que ao lançar o crédito fiscal, o fez com 7%, enquanto o autuante, teria feito o estorno com 17%, e apresenta fitas detalhes das saídas e que assim, o estorno deveria ser feito com 7% e não 17%.

Primeiro independente de haver destaque de ICMS na nota fiscal com mercadorias em regime de ST, o crédito é vedado, nos termos do art. 97 do RICMS/BA:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados. (...)

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);

Não há exceções na legislação que permita a utilização do crédito por conta do destaque do ICMS em mercadorias vendidas com substituição tributária. Quanto à alegação de que as saídas ocorreram com alíquota de 7%, à fls. 487/514, os autuantes, após contestarem as informações do contribuinte pelos documentos estarem fora do formato legal, demonstram que as vendas das mercadorias que entraram com substituição tributária foram efetuadas sem débito de imposto, a exemplo do cupom nº 2726 de 29/11/2008, com saída de CD-R (mercadoria inclusa no regime de substituição tributária) no valor unitário de R\$1,00 sem débito de imposto. Esta mesma mercadoria teve registro de entrada com crédito conforme demonstrativos dos anexos de 1 a 4 (fls. 75/85). Infração 1 procedente.

A infração 2 decorre do crédito lançado em duplicidade. A defesa diz que a Nota Fiscal nº 22 (emissão: 26/05/210) foi escriturada somente uma vez conforme o Registro Sintegra em anexo (doc. 06). Os autuantes trazem cópias dos livros fiscais de entrada de maio e junho do exercício de 2010, com o lançamento em duplicidade do crédito fiscal às fls. 516/517, comprovando o crédito em duplicidade da Nota Fiscal nº 22 do mesmo CNPJ, em ambas situações com imposto creditado duplamente de R\$191,88.

Os arquivos magnéticos devem refletir o que consta nos livros fiscais e não o contrário. Para efeitos de somatório do crédito fiscal, vale o que está registrado no livro registro de entrada, a menos que a defesa provasse que no somatório dos créditos totais de entrada não consta o valor do crédito em dobro e isto não foi feito. Infração 2 procedente.

Na infração 3, o impugnante assevera que o valor da base de cálculo das notas fiscais (considerando o somatório dos registros 54) estava maior que o totalizado no registro 50 e que o imposto foi destacado corretamente como pode ser verificado das notas fiscais em anexo (doc. 07).

Os autuantes dizem que fizeram uma checagem analítica dos créditos fiscais do ICMS, referentes às entradas de mercadorias, informados no SINTEGRA, registro 50 e 54 e, posteriormente, cotejados com os lançamentos escriturados no registro fiscal de entrada, anexadas pela impugnante, às fls. 443/453, e cotejadas com os livros fiscais, vide fls. 401.

Tomando-se o exemplo apresentado na Nota Fiscal nº 30.757, fl. 444, a base de cálculo do imposto normal é R\$9.177,65 o débito de imposto é de R\$2.438,97. No demonstrativo dos autuantes, fl. 88, há o cálculo em que se demonstra que o valor destacado de R\$2.438,97 é cerca de R\$878,77 maior que o correto, pois aplicando-se a alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$2.438,97, o débito de ICMS a ser destacado é de R\$1.560,20. Assim, pelo exemplo dissecado, comprova-se a correção do lançamento efetuado e a improcedência dos argumentos defensivos. Infração 3 procedente.

As infrações 8 e 11, sendo a 8 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias através de ECF, quando o impugnante alega que são mercadorias de informática com redução de base de cálculo por conta do benefício do art. 87, previsto para as mercadorias do Anexo 5-A, do RICMS/BA 97, e a 11 por redução indevida da base de cálculo em mercadorias similares, do mesmo anexo do Regulamento do ICMS.

Dessa forma, fica evidente que a lide destas duas infrações, se resume mesmo a uma questão de interpretação do dispositivo do Anexo 5-A, não havendo necessidade de se aprofundar outros pormenores; no caso em discussão, a NCM nº 8471 das mercadorias indicadas na defesa possui numeração indicada para fruição do benefício de redução de base de cálculo para as seguintes mercadorias:

8471	Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet).
------	---

Nos anexos da defesa, a impugnante repetiu diversas mercadorias com esta NCM, como JOYSTICK, porta retrato digital, JOYPAD, e inclusive TABLET, todos indistintamente com a NCM nº 8471, sem no entanto apresentar qualquer nota fiscal do fabricante que comprove tais NCM, mas apenas uma listagem, que pode ser obtida mediante controles internos da empresa.

O autuante fez uma descrição minuciosa de vários itens a exemplo do JOYPAD, que é um tipo de controlador de jogo para videogames segurado com as duas mãos, normalmente utilizando os dois polegares para acionar os botões, utilizado nos consoles NINTENDO 64, PLAYSTATION, X BOX e outros e que de acordo com várias notas fiscais de aquisição, a exemplo da Nota Fiscal nº 70304, de 23/12/2008, a classificação fiscal tem código NCM nº 9504.10.99, que não consta no Anexo 5-A. Este relator, ao fazer uma consulta na internet (*sítio <http://www.brasilinformaticabh.com.br/joystick-leadership-joypad-pc-6644-usb-p-18447.html>*), encontrou a seguinte descrição para JOYSTICK: JOYSTICK *Modelo: JOYPAD PC - NCM Nº 9504.50.00.*

Assim, fica evidenciado que a lista do impugnante com as NCM relacionadas, não estão de acordo com as informações disponíveis no mercado, e seria necessário, para comprovação da tese defensiva, que trouxesse ao menos as notas fiscais de aquisição na indústria, o que poderia justificar uma diligência para apuração da verdade material, mas não fez.

O caso do TABLET é apresentado à fl. 469, nos anexos da impugnação como sendo NCM nº 8471. Realmente, se procurarmos informações, constataremos até mesmo no sítio da Receita Federal, que pertence mesmo ao grupo 8471.41.90:

EMENTA: Código NCM 8471.41.90- Máquina automática para processamento de dados portátil ("tablet"), com peso de 380 gramas, tela de visualização de 7 polegadas sensível ao toque, processador de 1.2 GHz, sistema operacional Android™ Froyo, capacidade de armazenamento de 16GB expansível para 32GB, conexões do tipo USB, Bluetooth, Wi-Fi, WAP, e DNLA, leitor para cartão de memória ("memory card"), capacidade de comunicação sem fio, dotada de câmara traseira de 3.0 MP AF e frontal de 1.3 MP, comercialmente denominado Samsung Galaxy Tablet T1000. ([http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=@DTPE+%3E+=+20110319+%3C+=+20110327&s9=NAO+DRJ/\\$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=2&u=/netahml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=24&f=G&l=20&s1=&s3=&s4=&s5=&s8=&s7=](http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=@DTPE+%3E+=+20110319+%3C+=+20110327&s9=NAO+DRJ/$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=2&u=/netahml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=24&f=G&l=20&s1=&s3=&s4=&s5=&s8=&s7=)))

No entanto, dado o caráter restritivo dos benefícios fiscais, a DITRI, em PARECER Nº 25041/2013 DATA: 03/10/2013, diz que:

Com efeito, a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Na ausência desta adequação, não há que se falar em tributação por substituição. Conclui-se, portanto, que ainda que um produto possua a mesma NCM daquele descrito na legislação respectiva, a sua inclusão no regime de substituição tributária apenas se efetivará se a sua descrição e finalidade coincidirem com aquelas especificadas pelo legislador.

Sintomático também o parecer da DITRI nº 20.809/2011, que textualiza:

Por sua vez, a redução da base de cálculo prevista no inciso XLIV, que implica numa carga tributária de 12%, aplica-se apenas às saídas internas de computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook), não alcançando igualmente as saídas dos microcomputadores portáteis, classificados no código 8471.41.90 da NCM, denominados "tablets", que, portanto, devem ser tributadas normalmente.

Assim, é preciso que haja coincidência exata do número inteiro da NCM, ou quando estiver citado apenas o grupo, que haja correspondência com a descrição. Prova disso, é que o TABLET passou a ter direito ao benefício fiscal da redução de 29,41% da base de cálculo (carga tributária correspondente a 12%), a partir de 01/11/2011, conforme art. 87, inciso XLIV, do RICMS/BA, a partir de alteração publicada em 01/11/2010:

"(...)

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Nota: A redação atual do inciso XLIV do art. 87 foi dada pela Alteração nº 149 (Decreto nº 13407, de 01/11/10, DOE de 02/11/11), efeitos a partir de 01/11/11.

Redação anterior dada ao inciso XLIV do art. 87 pela Alteração nº 118 (Decreto nº 11481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09), efeitos de 01/04/09 a 31/10/11:

"XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);" (grifamos).

Configura-se então, que nos termos da defesa, os TABLETS são as únicas mercadorias cuja NCM consta no Anexo, mas à época dos fatos geradores, a descrição não se aplicava a tais aparelhos e assim, passou a ter o benefício a partir de 01/11/2010, quando a lei textualmente concedeu o benefício.

Conforme já explicitado no voto citado pela autuante, 4ª JJF Nº 0018-04/14, em situação idêntica a esta lide e coincidentemente deste mesmo Relator - a doutrina dita que nos casos de benefícios fiscais, a interpretação deve ser literal ou restritiva, contrapondo-se à interpretação ampliativa ou extensiva. Tal entendimento, decorre do texto do art. 111 do CTN:

Art. 111 - Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias

Assim, a redução de base de cálculo equivale a uma isenção parcial e se aplica perfeitamente à interpretação ordenada pelo artigo supracitado, pois não pode a incidência da lei que autoriza diminuição da carga tributária ir “além” da fórmula ou hipótese expressas em seu texto, o que vem a se traduzir na necessária segurança jurídica nas relações entre o fisco e os contribuintes.

A interpretação literal deve ser a mais restritiva possível, na medida em que exige do intérprete que este se mantenha atrelado às expressões contidas no texto legal, dado que na acepção da interpretação restritiva, “o que é regra se presume e o que é exceção deve estar expresso em lei”. Infrações 8 e 11 procedentes.

Nas infrações 18 e 19, o impugnante diz que o erro cometido pelos autuantes foi considerar produtos enquadrados na sistemática de substituição tributária como sujeitos à antecipação parcial.

A infração 18, decorrente de antecipação por substituição tributária, aponta conforme demonstrativo fls. 343 que se trata de celulares, mercadorias submetidas a este regime tributário e a infração 19, multa percentual decorrente da falta de antecipação parcial, conforme demonstrativos de fls. 344/348, de mercadorias como JOYSTICK, TV LCD, e TABLET.

O impugnante aponta erros do autuante quanto as mercadorias consideradas, a exemplo da fl. 484, onde diz que a mercadoria da Nota Fiscal nº 188.917 se trata de celular SAMSUNG GALAXY e não de TABLET de 7 como afirma o autuante em seu demonstrativo. No entanto não trouxe comprovação do documento fiscal que prove ser celular, e não TABLET.

Impossível atestar a verdade material com base em alegações meramente descritas. Neste caso, se o autuante utilizou-se de arquivos magnéticos onde consta o código da mercadoria como sendo TABLET, mas por um erro de montagem do arquivo, não representa a verdade, deve o impugnante apresentar cópia das notas fiscais, mas não o fez neste processo.

Quanto ao JOYSTICK, discutido em infração anterior, em que este Relator concluiu que à época dos fatos não tinha redução de base de cálculo, e a NCM apresentada era prova unilateral, sem lastro documental do fornecedor, logo é mercadoria de tributação normal, sem redução de base de cálculo e, portanto, devido o ICMS antecipação parcial.

Finalmente, quanto ao pedido de redução de multa, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, deve o impugnante solicitar à instância competente, nos termos do art. 149 do RPAF, pois esta Junta de Julgamento Fiscal não pode apreciar tal pedido. Quanto à multa da infração 19, que entendo tratar-se de descumprimento de obrigação acessória, deixo de aplicar a redução por se tratar de contribuinte com práticas reiteradas de infrações à legislação, conforme comprova este mesmo auto, com 19 infrações.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298627.0004/13-6**, lavrado contra **C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$315.909,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$267.156,26, 70% sobre R\$6.467,69 e 100% sobre R\$42.285,17, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de **R\$493,33**, prevista do inciso II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR