

A. I. Nº - 207101.0002/14-6.
AUTUADO - C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - NEUZA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11. 08. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-01/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infrações 01 e 06 subsistentes. 2. BASE DE CÁLCULO. a) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA CONTRIBUÍNTES DESABILITADOS. Alegação defensiva de que parte dos destinatários se encontrava em situação cadastral regular, à época dos fatos, não restou comprovada. Infração subsistente. b) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL PROPORCIONAL À REDUÇÃO. Apesar de assistir razão ao impugnante quanto à relação direta entre a mercadoria e o CNAE, para efeito de fruição do benefício fiscal de que cuida o Decreto nº 7.799/00, a análise das planilhas que elaborou atinentes às infrações 03 e 12 permite concluir que as mercadorias nelas discriminadas têm relação direta com a atividade econômica principal que exerce, no caso o CNAE 4652-4/00 - *Comércio Atacadista de Componentes Eletrônicos e Equipamentos de Telefonia e Comunicação* – ou com a atividade econômica secundária, CNAE Secundário 4647-8/01 - *Comércio Atacadista de Artigos de Escritório e de Papelaria* - itens 13 e 16 do Anexo único do Decreto nº 7.799/00. Diante disso, as infrações 03 e 12 são subsistentes. c) ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR AO VALOR DA ENTRADA MAIS RECENTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações 04 e 08 subsistentes. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Alegação defensiva de que as mercadorias não adentraram no seu estabelecimento não restou comprovada. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) NÃO EXIBIÇÃO, À FISCALIZAÇÃO, DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. Infração subsistente. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso/consumo. Infração subsistente. c) IMPOSTO LANÇADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Alegação defensiva de que no documento fiscal foi destacado o mesmo valor do ICMS utilizado foi acatada corretamente pelo autuante na informação fiscal, o que

resultou no refazimento dos cálculos e, consequentemente, na redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2014, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$454.472,16, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$104.537,36, acrescido da multa de 70%;
2. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo disposto no Decreto atacadista 7799/00 nas saídas para contribuintes desabilitados nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.708,69, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$42.621,41, acrescido da multa de 60%. Consta que, em descumprimento ao disposto no artigo 100, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, c/c o art. 6º do Decreto 7799/00 que dispõe sobre o tratamento tributário a ser adotado pelas empresas que assinaram o Termo de Acordo Atacadista para a Redução da Base de Cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS, tudo conforme Demonstrativo dos valores estornados;
4. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$59.207,95, acrescido da multa de 60%. Consta que, em transferências interestaduais no exercício de 2009 com valores abaixo do preço das entradas mais recentes, infringindo assim o disposto no artigo 56, inciso V, alínea “a”, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, em dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$19911,40, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Consta que se refere às NFs 35632, 304645, 11013, 80728, 287286, 249067, 1850 e 398173, capturadas pelo CFAMT e anexadas ao Auto de Infração;
6. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.047,08, acrescido da multa de 100%;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito no mês de maio de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$155.162,85, acrescido da multa de 60%;
8. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação de base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.591,60, acrescido da multa de 60%. Consta que, em transferências interestaduais no exercício de 2010 com valores abaixo do preço das entradas mais recentes,

infringindo assim o disposto no artigo 56, inciso V, alínea “a”, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de fevereiro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.034,22, acrescido da multa de 60%;

10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$28.875,10, acrescido da multa de 60%. Consta que, em razão de erro na escrituração do valor do ICMS no LRE e LRA do ICMS no exercício de 2010.

11. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.642,22, acrescido da multa de 60%.

12. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.132,28, acrescido da multa de 60%. Consta que em descumprimento ao disposto no artigo 100, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, c/c o art. 6º do Decreto 7799/00 que dispõe sobre o tratamento tributário a ser adotado pelas empresas que assinaram o Termo de Acordo Atacadista para a Redução da Base de Cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS, tudo conforme Demonstrativo dos valores estornados.

O autuado apresentou defesa (fls. 653 a 669 – vol. III) arguindo, preliminarmente, a nulidade da autuação, por afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

Aduz que antes de adentrar no mérito da autuação, algumas palavras precisam ser ditas a respeito dos princípios constitucionais que foram flagrantemente infringidos no procedimento fiscal que se busca anular. Afirma que foi notória a inobservância ao direito maior à ampla defesa do contribuinte, bem como ao contraditório e ao princípio da legalidade. Invoca os arts. 5º, LV, e 37, “caput”, da CF, reproduzindo-os. Também menciona lição de Ricardo Lobo Torres sobre o direito assegurado aos contribuintes ao contraditório e a ampla defesa. Ainda se reporta sobre comentários referentes ao exercício de defesa na esfera administrativa feitos por Odete Medauar, transcrevendo-os.

Salienta que a validade do processo administrativo tributário está condicionada ao perfeito cumprimento do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Rechaça a argumentação de que o processo administrativo está legalmente regido pelo princípio do informalismo, dizendo que este princípio não se sobrepõe ao primado constitucional do contraditório e da ampla defesa, sendo dever da Administração seguir a diretriz constitucional de ampla defesa ao contribuinte.

Observa que os atos da administração devem considerar os limites insertos no art. 37, “caput”, da CF, entre os quais se destaca o da legalidade. Aduz que o princípio da legalidade norteia os atos da administração, de modo que da lei não possam se desviar, sob pena de nulidade. Cita e reproduz lição de Hely Lopes Meirelles sobre o tema.

Diz ser indubitoso que o ato administrativo contrário ao mandamento legal não tem validade, é nulo de pleno direito.

Afirma que foi flagrante a contrariedade ao princípio da ampla defesa, que também importa na nulidade da presente autuação. Reproduz ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre o ato nulo.

Assinala que sendo a “Denúncia Fiscal” meio de constituição do crédito tributário, como ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal, conforme o art. 142 do CTN, não pode trazer dúvidas nem dificuldades sobre a compreensão dos fatos contidos no Auto de Infração, sob pena de agredir o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte.

Consigna que para ter validade o lançamento tem que ser claro, límpido, de modo tanto a estar provado, de forma indubitável, todos os fatos que nortearam a alegada infração, sendo que, quaisquer ambiguidades o invalidam. Acrescenta que, para que se afaste por completo toda e qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar de provas.

Observa que tal prova deve ser produzida pelo Fisco, consoante o art. 333, I do CPC, e não pelo contribuinte, porque é do Fisco, de acordo com a lei, o dever de lançar nos moldes do art. 142 do CTN. Invoca, nesse sentido, lições de Paulo Celso B. Bonilha e Ives Gandra da Silva Martins, reproduzindo-as. Diz também que a jurisprudência é pacífica, inclusive nos Tribunais Superiores, de que o lançamento tributário deve proceder da prova. Reproduz nesse sentido ementas de decisões do STJ, RESP nº 48.516-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 13/10/1997, p. 51.553; e do TRF da 4ª Região, AC nº 18521-1-RS, Rel. Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 13/03/1991, p. 4.457.

Afirma 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 que supostamente teria cometido. Diz que tais fatos, além de prejudicar a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário perseguido, contraria o princípio da legalidade e, sobretudo dificulta a sua ampla defesa.

Conclui que, desse modo, se o Auto de Infração foi lavrado sem a devida coerência, deixando de considerar dados relevantes, é certo que ficou extremamente prejudicado na defesa a que tem direito.

Prosseguindo, argui como preliminar de mérito, a ocorrência da decadência de parte do crédito tributário no período de janeiro a março de 2009, por força do art. 156, V, c/c o art. 150, §4º, todos do CTN. Observa que as supostas infrações contidas no presente Auto de Infração abrangem os períodos compreendidos entre janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

Alega que, 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 conseqüentemente sua extinção, deve-se reconhecer a extinção parcial do crédito tributário relativo aos períodos compreendidos entre janeiro de 2009 a março de 2009. Reproduz os referidos artigos.

Diz que emerge dos dispositivos citados que o Fisco dispõe do prazo de cinco anos para homologar a atividade do sujeito passivo, a contar do fato gerador, sendo que, ultrapassado aquele prazo, o Fisco homologa, tacitamente, o lançamento antecipado realizado pelo sujeito passivo e o crédito nele constituído é definitivamente extinto.

Observa que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, porque a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de identificar o fato gerador, a alíquota, o sujeito ativo da respectiva obrigação, efetuar o pagamento do tributo antecipado e, ao final, aguardar a homologação da apuração do tributo.

Destaca que no caso do ICMS se homologa não apenas o pagamento realizado, mas todo procedimento desenvolvido pelo contribuinte, porquanto o cálculo do imposto decorre de apuração, fundado nos documentos existentes que comprovam a legalidade dos valores considerados, atendendo aos contornos da não-cumulatividade do ICMS, na forma do art. 155, § 2º, I, da CF/88.

Alega que, no caso concreto, tomou ciência do Auto de Infração em 01/04/2014, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo Fisco, dos créditos referentes aos períodos anteriores a abril de 2009. Registra que 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.

Diz que, como visto no conteúdo da legislação transcrita, o termo inicial do lapso decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação é a data da ocorrência do fato gerador. Dessa forma, o crédito fora atingido pelo instituto da decadência pelo fato da Impugnante ter tomado

ciência do presente Auto de Infração apenas em 01/04/2014, quando já ultrapassados os 05 (cinco) anos que dispunha a Fazenda Pública para homologar o crédito tributário. Invoca e reproduz lições de Edvaldo Brito e Hugo de Brito Machado, nesse sentido.

Frisa que, desse modo, pela legislação e doutrina, se o agente público, dentro do prazo de 05 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador, não se manifestar expressamente, ocorre à homologação tácita do procedimento do contribuinte, consoante § 4º do artigo 150 do CTN, decaindo o direito de efetuar o lançamento, pois extintos os créditos tributários nos termos do art. 156, VII, do CTN.

Salienta que esse mesmo entendimento é pacífico no STJ, conforme transcrição que apresenta de julgado no EDcl no REsp 697.101/MG, Rel. Ministra Denise Arruada, Primeira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 212. Menciona que o Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco – TATE –, também tem o mesmo entendimento, conforme reprodução que apresenta.

Conclui que, desse modo, considerando que tomou ciência do presente Auto de Infração em 22/11/2013 [01/04/2014], quando já estavam tacitamente homologados, na forma do art. 150, §4º do CTN e STF, Súmula Vinculante nº 8, e extinto, na forma do art. 156, V, c/c art. 150, §4º, parte final, do CTN, os lançamentos correspondentes aos meses de janeiro a março de 2009, impõe-se a desconstituição da cobrança desse período em relação a todas as infrações, o que requer.

Rechaça a infração 02, afirmando que os contribuintes adquirentes das mercadorias estavam devidamente habilitados à época das operações.

Assevera que uma análise mais profunda e detalhada da situação cadastral das empresas às quais fornecia as mercadorias comprova que houve algum equívoco por parte da autuante.

Aduz que é de conhecimento que o meio pelo qual um comprador pode consultar a situação cadastral de qualquer contribuinte do Estado da Bahia é pelo site do SINTEGRA – Sistema Integrado sobre Informações Interestaduais com Mercadorias e Serviços, sendo que esta consulta pública oferece os principais dados do contribuinte como CNPJ, IE, endereço, razão social e etc., além da situação cadastral.

Assinala que, especificamente no que se refere à situação cadastral, é possível visualizar desde quando o contribuinte está com a situação cadastral habilitada ou não.

Frisa que, no caso concreto, se observa que, ao contrário do alegado pela autuante, grande parte das empresas às quais fornecia mercadorias estavam com situação cadastral ativa na época das operações, tendo adquirido o status de “não habilitado” em data posterior às das operações, inclusive em exercícios posteriores. Apresenta uma tabela, segundo diz, exemplificativa, que contrapõe as datas de emissão das notas fiscais com a situação cadastral das empresas, verificada na consulta pública ao SINTEGRA (doc. 04).

Afirma que se verifica, portanto, que a situação cadastral das empresas às quais fornecia mercadorias passou ter o status de não habilitada após as aludidas operações.

Sustenta que houve algum equívoco por parte da autuante, haja vista que, como resta evidente, não havia problemas com a situação cadastral da quase totalidade das empresas na época das referidas operações. Ressalta que as empresas tiveram seu status modificado para “não habilitada” depois.

Indaga que, se desse modo, mesmo diante da consulta ao portal mais utilizado para aferição de regularidade de situação cadastral, no caso o portal do SINTEGRA, não é possível ter segurança em relação aos seus clientes, onde mais poderia verificar a regularidade.

Alega que, por outro lado, ao lhe impor a responsabilidade pelo fato de as operações terem sido realizadas com empresas consideradas não habilitadas, o Fisco está lhe transferindo o poder de polícia, que é de competência exclusiva do Poder Público, de comprovar a regularidade fiscal dos seus clientes. Nesse sentido, invoca e reproduz o art. 194 do CTN.

Salienta que inexistente lei atribuindo o Poder de Polícia para o contribuinte. Reporta-se sobre lição de Hugo de Brito Machado a respeito da competência administrativa, em matéria de fiscalização,

reproduzindo o seu texto. Acrescenta que, para comprovar a ilegalidade do ato, importa invocar os arts. 7º e 142 do CTN e o art. 6º da LC 87/96, conforme reproduz.

Diz que em conformidade com os arts. 7º e 142 do CTN, não se pode delegar a pessoa jurídica de direito privado, como é o seu caso, o dever de fiscalizar, não sendo possível lhe transferir o dever de fiscalizar a regularidade do remetente. Afirma que o dever de fiscalizar e lançar, a teor dos dispositivos invocados, é atividade privativa da autoridade fiscal, não podendo, reitera, ser delegada a pessoa jurídica de direito privado.

Conclui que este item da autuação é improcedente, haja vista que, os contribuintes adquiriram o status de “não habilitado” após a ocorrência das operações.

Impugna conjuntamente as infrações 03 e 12, sustentando que boa parte das mercadorias não estava enquadrada na sistemática do Decreto nº. 7.799/00.

Observa que é acusado nestas infrações de não ter efetuado o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, que por sua vez dispõe sobre o tratamento tributário a ser adotado pelas empresas que assinaram o Termo de Acordo Atacadista para a Redução da Base de Cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS.

Salienta que, no caso, a autuante indica a desobediência ao artigo 6º do referido decreto. Reproduz o mencionado dispositivo legal. Diz que ciente da obrigatoriedade do estorno, questiona o fato de que a autuante, ao realizar o levantamento das mercadorias constantes nestas infrações, acabou por incluir muitos itens não abarcados pelos benefícios concedidos pelo Decreto nº 7.799/00 e, consequentemente, os créditos decorrentes de suas aquisições não se submeterão ao estorno indicado.

Frisa que, para que possa esclarecer quais tipos de mercadorias poderão usufruir os benefícios do Decreto nº 7.799/00, verifique-se a redação do “caput” do seu art. 1º, conforme transcreve.

Consigna que se abstrai do referido dispositivo que o benefício abrange apenas as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do Anexo Único do decreto em comento, restando evidente que os créditos relativos às operações de aquisição de mercadorias não relacionadas com os códigos de atividade em questão não deverão sofrer qualquer tipo de estorno.

Assinala que ao verificar a lista dos itens constantes nas infrações 03 e 12, percebeu que muitos dessas mercadorias não possuem qualquer relação com os códigos de atividades nos itens 1 a 16 do Anexo Único do decreto em questão. Acrescenta que anexou as planilhas contendo os itens que, muito embora elencados pela autuante nas infrações 03 (doc. 05) e 12 (doc. 06), não possuem qualquer relação com os códigos de atividades nos itens 1 a 16 do Anexo Único do referido decreto.

Conclui que tais equívocos cometidos pela Fiscalização, além de concorrem inevitavelmente para a incerteza do *quantum* devido, atentam contra a liquidez do crédito tributário, restando a este órgão julgador decretar a improcedência dessas duas infrações, por ausência de certeza do crédito tributário ou, caso os julgadores entenderem pela procedência de tais infrações, que sejam excluídos os valores correspondentes aos itens listados nas planilhas anexadas, docs. 05 e 06.

No que tange à infração 09, observa que a acusação é de que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento no mês de fevereiro de 2010.

Diz que, em que pese reconhecer que a apropriação imediata e integral de bens de uso e consumo é defesa pela legislação, é incontroverso o direito de apropriação do referido crédito à razão de um quarenta e oito avos por mês. Acrescenta que, desse modo, tendo em vista que o creditamento integral indevido se deu em fevereiro de 2010, o efeito seria o mesmo caso a estivesse se apropriando de 1/48 todo mês, haja vista que já se passaram mais de 4 anos do referido creditamento integral.

Conclui que não houve qualquer prejuízo ao Fisco baiano, sendo, consequentemente, a cobrança desse crédito absurda, pelo que deve ser decretada improcedente por este órgão julgador.

No respeitante à infração 05, alega que houve equívoco da autuante, haja vista que não houve entradas das referidas mercadorias no seu estabelecimento.

Aduz que, com base no princípio da verdade material sob o qual o presente procedimento administrativo fiscal é regido, as mercadorias indicadas pela autuante, na verdade, nunca adentraram no seu estabelecimento, conforme esclarece abaixo:

- NF nº 398173 – diz que a referida nota fiscal foi emitida pela empresa OFFICER DISTR PRODUTOS INFORMATICA S/A, porém, diante da não concretização da venda, a própria empresa emitiu a Nota Fiscal de devolução nº 459174 (doc. 07) a qual faz referência, no campo “dados adicionais”, à Nota Fiscal nº 398173. Acrescenta que, inclusive, a referida empresa registrou essa NF de devolução no seu livro Registro de Entradas (LRE), o qual anexa (doc. 08), restando esclarecido que as mercadorias, de fato, não adentraram no seu estabelecimento;

- NF nº 304645 – diz que a referida nota fiscal foi emitida pela empresa HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA., porém ocorreu o furto das mercadorias, conforme “Carta de Ocorrência” que anexa (doc. 09), restando esclarecido que as mercadorias de fato não adentraram no seu estabelecimento;

- NF nº 80728 - diz que a referida nota fiscal foi emitida pela empresa T. TANAKA S/A, porém houve desistência da operação. Acrescenta que anexou a NF de devolução nº 081852 (doc. 10) emitida pela própria T. TANAKA S/A que em seus “dados adicionais” traz a indicação de que se trata de devolução da NF nº 80728, restando esclarecido que as mercadorias, de fato, não adentraram no seu estabelecimento.

Quanto à infração 10, afirma que mais uma vez a autuante se equivoca. Menciona que o Convênio ICMS 57/95 dispõe 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, sendo tal convênio pormenorizado pelo seu Manual de Orientação, cláusula décima oitava.

Registra que o referido Manual determina no seu 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).

Afirma que o equívoco da Fiscalização foi em não verificar o imposto efetivamente destacado. Diz que para determinar a base de cálculo do imposto destacado, a autuante somou todos os registros 54 e verificou que o valor estava maior do que o totalizado no registro 50, tendo concluído, diante desse fato, que estava se creditando a mais.

Assinala que, em face do equívoco da Fiscalização, o valor da base de cálculo das NFs, considerando o somatório dos registros 54, estava maior que o totalizado no registro 50, contudo, o imposto foi destacado corretamente como pode ser verificado das NFs que anexa, (doc. 11).

Conclui que, dessa forma, restando provado que se tratou apenas de um erro acessório da empresa, requer que esta infração seja julgada improcedente, haja vista que, o imposto foi destacado corretamente e, consequentemente, a apropriação do crédito foi correta.

Reporta-se sobre a multa imposta, dizendo que o Estado não sobrevive de multas, mas sim de impostos, razão pela qual, a multa não tem caráter remuneratório, mas punitivo, e deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida pelo infrator, sendo inadmissível a imposição de multa desproporcional ao suposto ilícito cometido.

Diz que, dessa forma, 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. Acrescenta que a jurisprudência pátria já consagrou a necessidade de

analisar a intenção do contribuinte, se era de sonegar ou não. Reproduz trecho da decisão do TRF 5ª Região, AC 331152. Rel. Des. Fed. Ubaldo Cavalcante. DJ 18.01.2005.

Aduz que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, como se apresenta o caso em questão, em montante significativo.

Frisa que, desse modo, a penalidade pecuniária só pode ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação ao dano presumido, e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leve empresas ao estado de insolvência. Invoca e reproduz lição de José Carlos Graça Wagner, nesse sentido. Também transcreve a jurisprudência no mesmo sentido. Acrescenta que avulta da jurisprudência transcrita lição oportuna, porquanto cabível multa na exata proporção da penalidade cometida pelo infrator, sendo que, qualquer exigência além, configura exorbitância e ilegalidade, em afronta ao ordenamento jurídico.

Conclui que, sendo, além de atentatória aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, agressiva ao seu patrimônio, não pode ser aplicada a multa imposta, devendo ser comedida, o que requer.

Assinala que não se concebe que dentre várias alternativas de interpretação o Fisco escolha aquela que seja mais gravosa ao contribuinte, quando é princípio de direito público que, existindo dúvida quanto ao sentido da norma, a interpretação deve ser a mais benigna, sempre favorecendo ao contribuinte, conforme dicção do art. 112 do CTN, cujo teor transcreve. Menciona que é assim que entendem os Tribunais Superiores. Reproduz decisões, nesse sentido.

Diz que pelo desenvolvimento dos seus argumentos se evidencia a certeza em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da insubsistência da cobrança de valores indevidos, porquanto nenhum imposto deixou de ser recolhido, situação que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal.

Frisa que, desse modo, o direito está prenhe de certeza, entretanto, se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN, requer a aplicação da interpretação que lhe seja mais favorável, para julgar improcedente o Auto de Infração em lide.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência. Requer, ainda, caso não seja esse o entendimento desta Junta de Julgamento Fiscal, o que cogita pelo princípio da eventualidade, seja excluída, ou no mínimo reduzida, a confiscatória multa aplicada no percentual de 60% .Por fim, requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável, na forma do art. 112 do CTN.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 712 a 719 - volume III) consignando, inicialmente, as razões da autuação, identificando as infrações e os respectivos roteiros de auditoria adotados.

Contesta as preliminares de nulidades arguidas pelo autuado, afirmando que os trabalhos de fiscalização referentes foram efetuados em total obediência ao determinado no RICMS vigente, assim como no RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, principalmente ao disposto no artigo 41 do referido RPAF.

Registra, quanto à alegação defensiva referente ao artigo 5º, LV da CF, que o contribuinte acompanhou toda a fiscalização e que em 06/03/2014 entregou ao contribuinte um CD contendo o resultado final dos trabalhos de Auditoria referente aos exercícios de 2009 e 2010, assim como o Termo de Encerramento da Fiscalização, no qual estão discriminadas todas as infrações apuradas nas Auditorias aplicadas. Esclarece, ainda, que no estabelecimento do autuado em 06/03/2014 foi feita a leitura deste CD com explicações ao senhor Carlos Lisboa, Analista Fiscal preposto da empresa, sobre todas as infrações juntamente com todos as provas.

Consigna que foi concedido ao autuado o prazo de 10 dias úteis para análise e pronunciamento, fls. 30 a 34 dos autos, devidamente assinada pelo preposto e com carimbo da empresa fiscalizada.

Afirma que, dessa forma, não há que se falar em violação do inciso LV, do artigo 5º da CF e nem em cerceamento do seu direito de ampla defesa, pois o autuado tomou conhecimento das infrações com

seus valores e provas e teve 10 dias úteis para proceder a análise, porém até a data da lavratura da do Auto de Infração, em 27/03/2014, não apresentou qualquer consideração referente as infrações discriminadas no Termo de Encerramento da Fiscalização.

No que tange a alegação defensiva de que não foi fornecida a documentação necessária para comprovação das irregularidades cometidas, esclarece que todos os demonstrativos gerados nas Auditorias foram entregues ao contribuinte na data da assinatura do Auto de Infração, conforme comprova a assinatura do preposto da empresa em todos os demonstrativos das Infrações, assim como todos documentos comprobatórios da situação cadastral referente a infração 02 e as cópias das notas fiscais capturadas pelo CFMT referente a infração 05, tudo conforme disposto no artigo 41 do RPAF.

Quanto à preliminar de mérito por ocorrência de decadência de parte do crédito tributário referente ao período de janeiro a março de 2009, afirma que o autuado está totalmente equivocado quanto a aplicação do §4º do artigo 150 do CTN para a extinção dos valores apuradas nas infrações para os meses de janeiro, fevereiro e março de 2009, reproduzindo o texto do referido dispositivo legal. Salienta que os débitos referente aos meses de janeiro a março de 2009 foram apurados através de Levantamento Fiscal em Auditorias específicas e através de Ordem de Serviço expedida pela Autoridade Fiscal.

Relativamente à exigência atinente à infração 02, sustenta que o autuado incorre em equívoco, haja vista que às fls. 125 a 148 dos autos, que contêm os dados cadastrais dos contribuintes, comprovam que nas datas das emissões das notas fiscais de saídas utilizando o Benefício da Redução da Base de Cálculo prevista no Termo de Acordo-Decreto 7799, estavam todos desabilitados, com as Inscrições Estaduais baixadas ou inaptas.

Ressalta que os mesmos documentos comprobatórios anexados ao Auto de Infração, foram fornecidos ao autuado juntamente com o Demonstrativo de Débito apurado neste item da autuação.

Quanto às infrações 03 e 12, salienta que a alegação do autuado é de que boa parte das mercadorias não estava enquadrada na sistemática do Dec. 7799/00, fazendo referência aos artigos 1º e 6º do referido decreto, contudo, é totalmente descabida, haja vista que o Decreto 7799/00 não faz menção a mercadoria, mas sim a obrigatoriedade que para usufruir do Benefício da Redução da Base de Cálculo o contribuinte tenha atividade econômica constante no Anexo Único do mencionado decreto.

Observa que o autuado tem como Atividade Econômica principal o CNAE 4652-4/00 -Comércio Atacadista de Componentes Eletrônicos e Equipamentos de Telefonia e Comunicação, e como CNAE Secundário 4647-8/01 - Comércio Atacadista de Artigos de Escritório e de Papelaria, fls. 17/ 18 dos autos, exatamente os itens 13 e 16 do Anexo único com redação dada pelo Decreto nº 10.316 datado de 11/04/2007 com efeitos a partir de 12/04/2007.

Esclarece, ainda, que foram exigidos nas infrações 03 e 12 os valores dos créditos fiscais estornados a menos pelo autuado nos exercícios de 2009 e 2010, em total cumprimento ao disposto no art. 6º do Dec. 7799/00, conforme Demonstrativos anexados aos autos.

Quanto à infração 09, consigna que na auditoria AUDIF-204 – Auditoria dos Créditos, foi constatado que o contribuinte utilizou indevidamente crédito oriundo da entrada no estabelecimento de material para uso e consumo do estabelecimento.

Observa que o art. 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, veda a utilização desse crédito fiscal.

No respeitante à infração 05, afirma que se encontra comprovada através do demonstrativo de fls. 187/188 dos autos, bem como das notas fiscais capturadas pelo CFAMT anexadas ao PAF às fls. 195 a 202 dos autos. Acrescenta que foram anexadas também para comprovação da infração a “Requisição de Notas Fiscais” e a “Requisição de Notas Fiscais nº 685589”, fls. 189 a 194) dos autos. Ressalta que

foram fornecidas ao contribuinte cópias das referidas notas fiscais juntamente com o Demonstrativo do Débito desta infração.

Salienta que, quanto às cópias anexadas pelo defendente às fls. 699 a 703 dos autos, não encontrou qualquer comprovação para que fosse modificado o valor da infração, conforme analisa abaixo:

- às folhas 699, 700 e 701, cópia da Nota Fiscal 459174 datada de 26/02/2010 e cópia de “Livro de Entradas”, em nada comprovam que as mercadorias constante na Nota Fiscal nº 398817 datada de 25/11/2009 não deram entrada no estabelecimento do autuado;
- à fl. 702 dos autos, contém cópia de um “documento “ no qual consta que houve um “ furto(causa desconhecida)” referente a Nota Fiscal nº 304645 datada de 08/06/2009, sem qualquer elemento comprobatório;
- à fl. 703 dos autos, contém uma cópia de nota fiscal onde não é possível saber nem o nº da referida Nota Fiscal.

Assevera que, dessa forma, todas as argumentações do autuado referentes a esta infração são totalmente inconsistentes.

No tocante à infração 10, observa que o autuado se reporta ao Convênio ICMS 57/95, alegando que houve um erro acessório cometido pela própria empresa quando da elaboração dos Registros 50 e 54 do SINTEGRA.

Esclarece que o autuado ao escriturar as Notas Fiscais nºs 1977, 5432, 3890, 1619, 1826, 122 e 17993 anexadas à defesa, fls. 704 a 710 dos autos, no seu livro Registro de Entradas nº 15 Volumes 01 e 02, fls. 487, 492, 503, 513, 515, 517 e 522 dos autos, e no Registro 50 do SINTEGRA escriturou erroneamente com alíquota de 7%, quando a alíquota correta é 12%.

Consigna que, como está destacado nas notas fiscais o mesmo valor do ICMS utilizado pelo autuado referente as mencionadas Notas Fiscais, acata totalmente as argumentações.

Diz que, dessa forma, o valor desta infração passa de R\$28.875,22 para R\$ 13.130,74, conforme demonstrativo que apresenta.

Quanto à alegação defensiva sobre a natureza confiscatória da multa de 60%, consigna que se encontra prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não estando em sua competência julgar, mas sim cumprir fielmente o determinado na legislação vigente.

Finaliza mantendo as infrações 01, 02 , 03, 04, 05 , 06, 07, 08, 09, 11 e 12 integralmente e opina pela procedência parcial da infração 10 no valor de R\$ 13.130,74.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 12 infrações à legislação do ICMS imputadas ao contribuinte.

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidades arguidas pelo autuado.

No que concerne à argumentação defensiva de nulidade da autuação por afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, não há como prosperar a pretensão do autuado.

Isso porque, verifico que a ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração em lide foi realizada, sob o aspecto material, em perfeita consonância com as disposições da Lei nº 7.014/96 e do RICMS/BA/97 e, sob o aspecto formal com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Conforme aduzido pela autuante na informação fiscal e consta dos autos, o contribuinte acompanhou todo trabalho de fiscalização, tendo recebido em 06/03/2014 um CD contendo o resultado final dos trabalhos de Auditoria, referente aos exercícios de 2009 e 2010, assim como o “Termo de Encerramento da Fiscalização”, no qual foram descritas todas as infrações apuradas nas Auditorias

aplicadas. Às fls. 30 a 34 dos autos se verifica que a autuante concedeu ao contribuinte o prazo de 10 dias úteis, a fim de que analisasse e se pronunciasse acerca do resultado da fiscalização antes da lavratura do Auto de Infração, contudo, este não se manifestou.

Constato, também, que a autuante forneceu ao autuado todos os demonstrativos elaborados nos trabalhos de Auditorias, conforme comprovam a assinatura do preposto da empresa em todos os demonstrativos das infrações, assim como forneceu todos documentos comprobatórios da situação cadastral referente a infração 02, e as cópias das notas fiscais capturadas pelo CFMT referente a infração 05.

Vejo que o lançamento de ofício em exame permite claramente e com segurança determinar a natureza de cada infração, o autuado e o montante do débito tributário, inexistindo, dessa forma, qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em exame.

No que tange à arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, no período de janeiro a março de 2009, conforme as disposições do artigo 156, inciso VII e artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional observo que não pode prosperar a pretensão do impugnante, haja vista que este tomou conhecimento do início da ação fiscal após regularmente intimado em 06/01/2014 e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 01/04/2014, portanto, dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas do art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e do art. 965, inciso I do RICMS/97, estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Vale observar que o entendimento prevalecente neste CONSEF é de que a disposição do artigo 150, § 4º do CTN alcança as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento integralmente antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, a autuação acusa o contribuinte de ter deixado de recolher o tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-lo mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que, o prazo de contagem da decadência é aquele expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, como o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2010, com termo final em 31/12/2014 e o lançamento ocorreu em 27/13/2013, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário.

Vale consignar, que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05 e CJF 0144-11/09, sendo que, deste último, reproduzo abaixo a título ilustrativo trecho do voto:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula

Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência ou extinção do crédito tributário por homologação tácita do lançamento.

Ultrapassadas as preliminares de nulidade e de mérito aduzidas pelo impugnante, passo ao exame de mérito das infrações, na mesma ordem apresentada na peça impugnatória.

No que concerne à infração 02, constato que assiste razão a autuante, haja vista que, efetivamente, os documentos acostados aos autos, comprovam que nas datas das emissões das notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado os destinatários se encontravam com as suas inscrições estaduais na condição de baixadas ou inaptas.

Verifico que a alegação defensiva de que as inscrições que identificou na tabela apresentada na peça de defesa comprovam que os destinatários estavam em situação cadastral regular à época dos fatos não procede.

Em verdade, os documentos acostados pela autuante de fls. 125 a 138 dos autos, assim como a consulta realizada no sistema da SEFAZ/BA, permitem constatar que os contribuintes destinatários das mercadorias vendidas pelo autuado se encontravam com as inscrições estaduais na condição de baixado/inapto à época dos fatos. Como exemplo vale mencionar a Inscrição Estadual nº 054.188.590, cujo registro de inabilitada data de 23/12/2009, ao passo que o autuado na tabela apresentada diz, equivocadamente, que a inabilitação se deu em 02/04/2014.

Quanto à alegação defensiva de que ao lhe impor a responsabilidade pelo fato de as operações terem sido realizadas com empresas consideradas não habilitadas, o Fisco está lhe transferindo o poder de polícia, que é de competência exclusiva do Poder Público, de comprovar a regularidade fiscal dos seus contribuintes, cumpre observar que, em verdade, não se trata de transferência de responsabilidade de fiscalizar, mesmo porque esta é indelegável, intransferível, mas sim de uma obrigação acessória do contribuinte – vendedor e comprador – de verificar a regularidade cadastral com quem negocia.

Nesse sentido, dispõem os artigos 140, 142, I, II, do RICMS/BA/97 abaixo reproduzidos:

Art. 140. São obrigações acessórias do sujeito passivo as decorrentes da legislação tributária, tendo por objeto as prestações, positivas ou negativas, impondo a prática de ato ou a abstenção de fato que não configure obrigação principal, estabelecidas no interesse da arrecadação ou da fiscalização do tributo.

(...)

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

II - exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Diante do exposto, esta infração é subsistente, haja vista que não poderia o autuado ter utilizado a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas operações de saídas de mercadorias

destinadas a contribuintes em situação cadastral de inapto/baixado, conforme procedeu. Infração subsistente.

No respeitante às infrações 03 e 12, verifico que o autuado alega que *boa parte das mercadorias não estava enquadrada na sistemática do Decreto nº 7.799/00*. Diz que a autuante ao realizar o levantamento das mercadorias constantes nestas infrações, incluiu muitos itens não abarcados pelos benefícios concedidos pelo Decreto nº 7.799/00 e, conseqüentemente, os créditos decorrentes de suas aquisições não se submetem ao estorno indicado. Assinala que ao verificar a lista dos itens constantes nas infrações 03 e 12, percebeu que muitos dessas mercadorias não possuem qualquer relação com os códigos de atividades nos itens 1 a 16 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00. Registra que anexou planilhas contendo os itens que, muito embora elencados pela autuante nas infrações 03 e 12 não possuem qualquer relação com os códigos de atividades nos itens 1 a 16 do Anexo Único do referido decreto.

Vejo também que a autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que o Decreto 7.799/00 não menciona a mercadoria, mas sim a obrigatoriedade que para usufruir do benefício de redução da base de cálculo o contribuinte tenha atividade econômica constante no Anexo Único do mencionado decreto. Observa que o autuado tem como “Atividade Econômica principal” o CNAE 4652-4/00 - Comércio Atacadista de Componentes Eletrônicos e Equipamentos de Telefonia e Comunicação, e como CNAE Secundário 4647-8/01 - Comércio Atacadista de Artigos de Escritório e de Papelaria, exatamente os itens 13 e 16 do Anexo único com redação dada pelo Decreto nº 10.316 datado de 11/04/2007 com efeitos a partir de 12/04/2007. Esclarece que foram exigidos nas infrações 03 e 12 os valores dos créditos fiscais estornados a menos pelo autuado nos exercícios de 2009 e 2010, em total cumprimento ao disposto no art. 6º do Dec. 7799/00.

Por certo que o entendimento manifestado pelo autuado se apresenta correto. Na realidade, a fruição do benefício da redução da base de cálculo prevista art. 1º do Decreto 7.799/00 está condicionada, dentre outras exigências, a que o contribuinte beneficiário exerça atividade econômica cujo CNAE esteja discriminado no Anexo Único do referido decreto, e que as mercadorias comercializadas sejam relacionadas aos CNAEs constantes nos itens 1 a 16 do mesmo Anexo Único.

Desse modo, vale dizer que, apenas as operações de saídas de mercadorias relacionadas com os CNAEs identificados nos itens 1 a 16 do Anexo Único, efetivamente, são amparadas pelo benefício da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, e desde que as mercadorias não estejam sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme estabelece o referido decreto.

Entretanto, apesar de assistir razão ao impugnante quanto à relação direta entre a mercadoria e o CNAE, a análise das planilhas que elaborou atinentes a estas duas infrações permite concluir que as mercadorias nelas discriminadas têm relação direta com a atividade econômica principal exercida pelo autuado, CNAE 4652-4/00 - *Comércio Atacadista de Componentes Eletrônicos e Equipamentos de Telefonia e Comunicação* – ou com a atividade econômica secundária, CNAE Secundário 4647-8/01 - *Comércio Atacadista de Artigos de Escritório e de Papelaria* - itens 13 e 16 do Anexo único do Decreto nº 7.799/00.

Observo que nas planilhas elaboradas pelo autuado constante no CD que anexou aos autos as mercadorias são relacionadas aos seus CNAEs, ou seja, dizem respeito a componentes eletrônicos e equipamentos de telefonia e comunicação ou artigos de escritório e de papelaria.

Diante disso, as infrações 03 e 12 são subsistentes.

Relativamente à infração 09, constato que o próprio autuado reconhece que utilizou indevidamente o crédito fiscal, contudo, diz que não houve prejuízo para o Fisco.

Certamente incorre em equívoco o autuado, haja vista que a utilização de crédito fiscal decorrente de entrada de material de uso/consumo do estabelecimento, implica sim em prejuízo ao erário, por resultar em recolhimento a menos do imposto pela sua utilização indevida.

Dessa forma, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 05, observo que diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, descumprimento de obrigação acessória passível de aplicação da multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.

Verifico que as notas fiscais arroladas na autuação foram obtidas no CFAMT, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme comprovante acostados aos autos.

Vale registrar que o entendimento pacificado no âmbito deste CONSEF, em reiteradas decisões, aponta no sentido de que as notas fiscais coletadas no CFMAT comprovam a circulação das mercadorias e a entrega ao destinatário. Ou seja, o trânsito das mercadorias resta comprovado quando a Fiscalização procede a retenção da via da nota fiscal no posto fiscal, cabendo ao contribuinte comprovar que não recebeu as mercadorias com apresentação de elementos hábeis de provas.

No presente caso, a alegação defensiva de que houve equívoco da autuante, pois não ocorreu a entrada das referidas mercadorias no seu estabelecimento, não restou comprovada.

Em verdade, coaduno com o entendimento manifestado pela autuante de que as cópias anexadas pelo autuado de fls. 699 a 703 dos autos não comprovam o alegado.

Verifico que a cópia da Nota Fiscal nº 459174, emitida em 26/02/2010, assim como a cópia do “Livro de Entradas”, acostadas pelo autuado, de fato, não comprovam que as mercadorias discriminadas na Nota Fiscal nº 398173, datada de 25/11/2009, não entraram no estabelecimento do autuado.

Vejo também que à fl. 702 dos autos, consta cópia de um documento no qual há o registro de houve um “furto(causa desconhecida)” referente a Nota Fiscal nº 304645, emitida em 08/06/2009, sem qualquer elemento comprobatório.

Noto ainda que à fl. 703 dos autos há uma cópia de nota fiscal ilegível, na qual não há como identificar nem o seu número.

Cabe observar que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos, no caso o RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 determina expressamente no seu artigo 654 os procedimentos que devem ser observados no caso de retorno de mercadoria não entregue ao destinatário.

Assim é que, dentre outras exigências para comprovação do desfazimento do negócio estabeleceu o legislador a obrigatoriedade de arquivamento da 1ª via da Nota Fiscal emitida por ocasião da saída, com observação feita pelo destinatário ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadoria fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível, ou outro qualquer.

Certamente que, no presente caso, o autuado não se incumbiu de comprovar com elementos hábeis de prova o desfazimento do negócio, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente lhe fora debitada não tenha sido recebida pelo remetente das mercadorias.

Diante disso, esta infração é subsistente.

No tocante à infração 10, constato que a autuante corretamente acatou todos os argumentos defensivos, haja vista que o autuado ao escriturar as Notas Fiscais nºs 1977, 5432, 3890, 1619, 1826, 122 e 17993, fls. 704 a 710 dos autos, no seu livro Registro de Entradas nº 15 Volumes 01 e 02, fls. 487, 492, 503, 513, 515, 517 e 522 dos autos, assim como no Registro 50 do SINTEGRA, escriturou erroneamente com alíquota de 7%, quando a alíquota correta é 12%.

Entretanto, nos referidos documentos fiscais foi destacado o mesmo valor do ICMS utilizado pelo autuado.

Diante disso, com a exclusão dos valores atinentes às notas fiscais acima referidas, o valor deste item da autuação passa de R\$28.875,22 para R\$13.130,74, conforme novo demonstrativo elaborado pela autuante. Infração parcialmente subsistente.

Quanto às infrações 01, 04, 06, 07, 08, 11 e 12, observo que não foram impugnadas em suas materialidades, ou seja, no aspecto valorativo ou quantitativo, restando todas subsistentes.

No que diz respeito à arguição de que as multas violam os princípios constitucionais, observo que estas foram corretamente indicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Quanto à sua redução, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, esclareço que a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 11 e 12 são subsistentes e a infração 10, parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207101.0002/14-6**, lavrado contra **C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$418.816,40**, acrescido das multas de 60% sobre R\$310.231,96, 70% sobre R\$104.537,36 e 100% sobre R\$4.047,08, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "f", III, e VII, alíneas "a" e "b", da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessórias no valor de **R\$19.911,40**, prevista no art. 42, IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR