

PROCESSO - A. I. Nº 206955.0010/11-2
RECORRENTE - AULIK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0027-02/13
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 20/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0041-11/15

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO, RELATIVAMENTE A PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE, NA CONDIÇÃO DE TOMADOR DOS SERVIÇOS. Os documentos apresentados pelo autuado elidiram parcialmente o valor autuado, por permitirem estabelecer uma correspondência entre Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRCs e Documentos de Arrecadação Estadual - DAES. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Comprovada a escrituração de parte das notas fiscais. Corrigido o percentual de multa indicado no Auto de Infração, de 1% para 10% do valor comercial das mercadorias objeto das notas fiscais não escrituradas. Limitado o valor total da multa ao montante originalmente lançado. 3. CRÉDITO PRESUMIDO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. DECRETO Nº 4.316/95. BENEFÍCIO FISCAL. O autuado é estabelecimento industrial beneficiário dos incentivos previstos no Decreto nº 4.316/95, conforme seu artigo 15, §2º, restando comprovada a utilização de crédito presumido em valor superior ao permitido na legislação de regência. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 207097.0007/11-8, lavrado em 10/06/2011 para exigir ICMS no valor principal histórico de R\$242.472,03, acrescido da multa de 60%, e multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor histórico total de R\$24.299,18, em razão de três imputações, todas objeto do apelo recursal:

INFRAÇÃO 1 – 07.14.03 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e ao conseqüente recolhimento, no valor de R\$22.551,94, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Consta ainda da acusação a transcrição do inciso II do Art. 380 e inciso I do Art. 382 do RICMS/BA/97. Período de janeiro a dezembro/2008. Demonstrativo fiscal às fls. 10 a 32.

INFRAÇÃO 2 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com multa no percentual de 1% sobre o valor comercial de R\$2.429.917,65, equivalente ao valor de R\$24.299,18. Mês de dezembro/2008. Demonstrativo fiscal às fls. 34 a 41.

INFRAÇÃO 3 – 01.04.01 – Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS no montante de R\$266.771,21, em valor superior ao permitido pela legislação em vigor, Dec. 4316/95 e Portarias 895/99 e 101/05. Consta, no Auto de Infração, que o autuado importa mercadorias com diferimento e tem o direito a crédito presumido conforme art. 7º, II e parágrafo único do Decreto 4316/95 de forma que a carga tributária incidente sobre a operação de saída seja de 3,5% do valor do ICMS. Demonstrativo fiscal às fls. 65 e 66.

Consta ainda da acusação:

A empresa também importa partes e peças, que tanto comercializa quanto emprega na confecção de seus produtos. Foi constatado saídas de partes e peças sem o destaque de ICMS e IPI o que indica que a mercadoria não foi resultante de industrialização, mas sim de comercialização, com aproveitamento integral do crédito presumido utilizando os CFOP 5949 e 6949. Nestas operações deveriam ser utilizados os percentuais indicados no Dec. 4316/95 que são: (70,83400% no caso de operações interestaduais e 79,41118% para as operações internas). O contribuinte usou em todas as operações o percentual de 100%.

Alega a empresa que essas operações referem-se a reposições de peças em garantia, mas não apresentou as notas fiscais das mercadorias defeituosas ou em desacordo com as especificações do pedido, ou outras razões que justificaram a devolução das mesmas, para a reposição em garantia com a juntada da nota fiscal de retorno da peça fora das especificações, o que fecharia a operação como seja:

A empresa ao emitir as notas fiscais de remessas de partes e peças com o objetivo de reposição em garantia deve obedecer a legislação prevista nos artigos 516 e incisos, artigo 517/artigo 520, apresentando as notas fiscais de retorno da mercadoria que está sendo substituída.

A empresa já foi autuada referente ao exercício de 2006 relativo a esta matéria através do Auto de Infração número 207090.0008/05-0 (Infração 05), a qual foi reconhecida pela autuada. Anexamos cópia do Auto de Infração e do acórdão JJF No 0076-02/06. Anexamos também cópia do livro de apuração do ICMS referente ao exercício de 2008.

O Fisco acostou documentos às fls. 07 a 269.

O autuado apresentou primeira impugnação parcial ao lançamento de ofício às fls. 271 a 286 (volume II), reconhecendo o débito de imposto de R\$5.537,92 que diz respeito a parte da Infração 01, contestando o demais, e acostando documentos às fls. 287 a 369.

A autuante prestou primeira informação fiscal às fls. 371 a 381 acolhendo parcialmente as razões do contribuinte, reduzindo o débito originalmente lançado para a Infração 1 de R\$22.551,94 para R\$18.747,53, e mantendo os demais itens da autuação, pelas razões que expôs. Juntou documentos às fls. 382 a 425.

O contribuinte pronunciou-se pela segunda vez às fls. 429 a 460, contestando o resultado alcançado pelo Fisco, reprisando as alegações anteriores. Juntou documentos às fls. 461 a 526.

À folha 528 (volume III) o autuado manifestou-se pela terceira vez, então requerendo a juntada de cópias de notas fiscais de fls. 533 a 660, que indicou serem relativas à infração 2.

À fl. 664, considerando que o autuado apresentara nova manifestação defensiva, fls. 429 a 460, tendo acostados documentos e planilhas às folhas 463 a 660, sem que o PAF fosse remetido ao auditor autuante para analisar e produzir nova informação fiscal, a JJF deliberou pela conversão do processo em diligência para que a autuante se pronunciasse a respeito.

A autuante pronunciou-se pela segunda vez às fls. 667 e 668, em relação à Infração 1 mantendo o resultado de procedência parcial exposto na informação fiscal de fls. 382 a 407 do PAF; em relação à Infração 2 expondo ter excluído da imputação as notas fiscais cujos registros fiscais foram comprovados pelo contribuinte no livro Registro de Entradas, e as que têm o CFOP 5927 [Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração], e modificando o percentual de multa de 1% para 10%, aduzindo ter havido equívoco na atribuição do percentual, quando da lavratura do Auto de Infração, por tratar-se de mercadorias tributadas, modificando o valor originalmente lançado para a acusação 02 no Auto de Infração, de R\$24.299,18, (equivalente à multa no percentual de 1% sobre o valor comercial de R\$2.429.917,65), para o montante de R\$46.148,51 (equivalente à multa no percentual de 10% sobre o valor comercial de R\$461.485,14), em novo demonstrativo que anexou às fls. 669 a 674. Em relação à imputação 03, manteve a autuação. O Fisco acostou documentos às fls. 669 a 840.

O contribuinte pronunciou-se pela quarta vez às fls. 844 a 855 (volume IV) mantendo suas argumentações anteriores e frisando, quanto à infração 2, que a Nota Fiscal nº 7292, de transferência, não teria circulado, portanto não teria entrado no estabelecimento autuado; as Notas Fiscais nºs 96860 e 138547 teriam sido emitidas para distribuição de brindes, em nome da própria empresa, e teriam sido escrituradas no livro Registro de Saídas, e não de entradas, e que as demais notas fiscais não teriam sido recebidas pela empresa.

A autuante pronuncia-se pela terceira vez às fls. 859 a 866 mantendo o teor de seu pronunciamento anterior e citando que a irregularidade objeto da infração 3 da autuação ora em lide já fora cometida anteriormente pelo contribuinte, que admitira o seu cometimento e a acusação fora julgada procedente por este Conselho nos Acórdãos JJF 0076-02/06 e 0003-03/12, transcrevendo-os.

O contribuinte manifestou-se pela quinta vez às fls. 868 a 880 reiterando suas argumentações anteriores.

A autuante pronunciou-se pela quarta vez à fl. 886 mantendo o quanto já exposto anteriormente e solicitando fosse o processo encaminhado para este Conselho.

Pautado o processo para julgamento (fl. 889), o contribuinte apresentou sexta manifestação defensiva aos autos (fls. 891 a 901), contestando a imputação 2, apresentando planilhas. Anexou documentos às fls. 902 a 962.

Na assentada da sessão de julgamento, diante da nova manifestação defensiva acostada aos autos pelo contribuinte, à fl. 964 a 2ª JJF encaminhou o PAF em diligência para que a autuante produzisse nova informação fiscal acerca das razões do impugnante e dos documentos e planilhas acostados aos autos.

Em atendimento, a autuante prestou quinta informação fiscal, fl. 968, asseverando que examinara os documentos acostados às folhas 904 a 961, explicitando os dados analisados e reiterando que o autuado não apresentara documento para servir de base para exclusão de valores da infração 02, mantendo o teor da informação fiscal anterior.

O contribuinte pronunciou-se pela sétima vez às fls. 974 e 975, novamente impugnando a imputação 2.

A autuante prestou sexta informação fiscal às fls. 980 e 981, reiterando e reproduzindo o teor de sua informação fiscal anterior.

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0027-02/13, às fls. 989 a 105 (volume V). Em seu voto assim se expressa o Relator:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 03 (três) infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Consta ainda da acusação a transcrição do inciso II, do Art. 380 e inciso I, do Art. 382 do RICMS/97.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que no momento da auditoria foi apresentada a relação dos CTRS recolhidos, porém os mesmos não foram deduzidos para a cobrança correta do ICMS ST – Transporte. Para comprovar, informa que anexa todas as relações mensais dos CTRCs das Transportadoras, com a devida guia de recolhimento mensal, bem como apresenta o demonstrativo contendo os Conhecimentos de Fretes por Transportadora, que realmente ficaram sem recolhimento. Depois de efetuada a conciliação entre a Relação apresentada pela auditora e a Relação de recolhimentos efetuados pela empresa restou os seguintes valores a pagar, os quais foram recolhidos no momento desta defesa. Assim sendo, do valor cobrado de R\$22.551,94, a empresa reconheceu apenas deve R\$ 5.537,92.

Na informação fiscal, fls. 371 a 381, a auditora autuante assevera que realizou a conciliação entre os valores apresentados pelo autuado nas planilhas constante das folhas 302 a 354 do PAF, como pagos e os valores que constam das planilhas que fundamentaram a autuação. Desta apuração verificou que ainda existem valores

remanescentes do imposto a recolher, os quais relacionou nas planilhas em anexo a informação fiscal, bem como enviou arquivo em meio magnético contendo as referidas planilhas, que totaliza em R\$18.747,53.

Acolho o resultado da revisão fiscal, a qual foi embasada em documentos fiscais e nos levantamentos realizados defesa e pela própria ação fiscal.

Cabe ressaltar que a defesa recebeu cópia do resultado da diligência, tendo se manifestado diversas vezes, entretanto, apenas reiterou os argumentos apresentadas em sua primeira manifestação defensiva. Não apontou, de forma objetiva, nenhuma falha ou erro na revisão fiscal realizada, que reduziu o valor autuado de R\$22.551,94 para R\$18.747,53.

Logo, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de para R\$18.747,53, pois os documentos apresentados pelo contribuinte autuado elidiram parcialmente o valor autuado, tendo a autuante permitindo estabelecer uma correspondência entre o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC com o Documento de Arrecadação Estadual – DAE, conforme planilha revisada, quando da primeira informação fiscal, fls. 382 a 407 dos autos, que reproduzo abaixo:

MÊS	PREST. SERV.O/TRANSPORTES	V. ICMS A RECUPERAR
JANEIRO	ATLAS	34,25
JANEIRO	BOMFIM	51,08
JANEIRO Total		85,33
FEVEREIRO	TRANSEICH	26,4
FEVEREIRO	PATRUS	61,65
FEVEREIRO Total		88,05
MARÇO	ATLAS	1.448,32
MARÇO	TRANSEICH	45,55
MARÇO Total		1.493,87
ABRIL	ATLAS	782,2
ABRIL	TRANSEICH	522,42
ABRIL	BOMFIM	100,53
ABRIL Total		1.405,15
MAIO	TRANSEICH	4,88
MAIO	PATRUS	56,45
MAIO Total		61,33
JUNHO	TRANSEICH	367
JUNHO Total		367
JULHO	PATRUS	76,8
JULHO Total		76,8
AGOSTO	TRANSEICH	308,68
AGOSTO	PATRUS	380,77
AGOSTO	BOMFIM	6,81
AGOSTO Total		696,26
SETEMBRO	ATLAS	7,2
SETEMBRO	TRANSEICH	30,33
SETEMBRO	BOMFIM	12,97
SETEMBRO Total		50,5
OUTUBRO	ATLAS	227,46
OUTUBRO	TRANSEICH	589,69
OUTUBRO	BOMFIM	18,19
OUTUBRO Total		835,34
NOVEMBRO	TRANSEICH	4863,19
NOVEMBRO	PATRUS	896,48
NOVEMBRO	BOMFIM	9,38
NOVEMBRO Total		5.769,05
DEZEMBRO	ATLAS	957,49
DEZEMBRO	TRANSEICH	4440,1
DEZEMBRO	PATRUS	2386,7
DEZEMBRO	BOMFIM	34,56
DEZEMBRO Total		7.818,85
Total geral		18.747,53

Na infração 02 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com multa no valor de R\$24.299,18.

Em sua defesa o autuado alega que a infração é improcedente, apresentando as seguintes alegações, resumidamente:

- 1- parte foi lançada no livro fiscal entrada e parte encontra-se no livro fiscal de saída pois se trata de baixa de estoques por perecimento. As notas fiscais abaixo fazem parte do livro Registro de Saída, pois se tratam de nota fiscal de baixa, cujo CFOP 5927- Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração. Classificam-se neste código os registros efetuados a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração das mercadorias, portanto não existe lançamento de entrada, totalizando R\$ 1.861.889,29.
- 2- diversas notas fiscais foram registradas no livro Registro de Entradas, ou seja, escrituração totalmente regular que não observado pela auditoria, devendo portanto, também ser excluída da cobrança da multa, no

valor de R\$ 112.696,64.

- 3- Nota Fiscal nº 7292- não houve circulação, ou seja, sua filial de SP emitiu a NF de transferência, porém houve problemas internos e não foi enviado nada, assim, foi então emitida uma NF de entrada na própria filial de SP.
- 4- Notas Fiscais 96860 e 138547 - foram notas fiscais emitida para a própria empresa para distribuição de brinde, por isso não existe a escrituração de entrada, ou seja, a empresa emitiu 2 Notas Fiscais para distribuição de brindes, em nome da própria empresa, para justificar a baixa do estoque, estando as mesmas escrituradas no livro de saída.
- 5- depois de efetuada todas as conciliações, restam apenas algumas notas de terceiros, que por motivos que desconhece, não recebeu as notas fiscais, portanto não poderia dar entrada em Notas Fiscais não recebidas, conforme indicou, fls. 276 a 282, nota por nota, totalizando com valor da operação R\$345.375,88.

Concluiu, afirmando que esta infração fica totalmente improcedente, conforme demonstra a seguir:

QUADRO DE RESUMO DA INFRAÇÃO:

Base do valor cobrado	2.429.917,65
NFs de Perda Livro de Saída	-1.861.889,29
Nfs Escrituradas Livro de Entradas	-192.222,69
Notas Não recebidas da Filial	-9.228,40
Notas da Aulik Distribuição de Brindes	-21.201,39
Notas que não recebeu	-345.375,88

Entendo que os argumentos defensivos devem ser acatados em parte, uma vez que acolho a revisão fiscal realizada pela autuante às folhas 667 a 672, na qual foram excluídas as notas fiscais classificadas no CFOP 5927, pois se referem a baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, devidamente lançadas no livro de Registro de Saídas, devendo ser excluída da base de cálculo o valor de R\$ 1.861.889,29.

Também, foram excluídas da autuação as notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas, devendo ser excluída da base de cálculo o valor de R\$192.222,69.

De igual modo, foram excluídas as Notas Fiscais 96860 e 138547, por se tratarem de notas fiscais de saídas emitidas pelo próprio autuado, devendo ser excluída da base de cálculo o valor de R\$21.201,39.

Não acolho o argumento defensivo em relação a Nota Fiscal nº 7292, pois a defesa não apresentou documentação para comprovar sua alegação. Portanto, deve ser mantida no levantamento fiscal.

No mesmo sentido, não pode ser acatado o argumento defensivo de que não recebeu diversas notas fiscais, pois a autuante acostou aos autos as cópias das referidas notas, coletadas mediante roteiro de circularização. Nas referidas notas fiscais indicam com precisão os dados cadastrais do autuado e também fazem prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo autuado, emitidas por fornecedores habituais do autuado. Neste sentido é pacífica a jurisprudência, apenas a título de exemplo cito os Acórdãos das Câmaras do CONSEF N.ºs. C.J.F N.º 0098-11/09 e C.J.F N.º 0114-12/09, que as notas fiscais capturadas por este sistema fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias.

Ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação, que, ressalte-se, o mesmo não comprovou ter efetuado as respectivas escriturações e nem a existência de erros nos levantamentos fiscais, mesmo após as diversas manifestações. Portanto, entendo que essas notas devem ser mantidas na autuação.

Assim, acato integralmente o resultado da diligência fiscal, que resultou na exclusão das notas fiscais acima indicadas. Entretanto, como bem ressaltou a autuante, apesar das exclusões de diversas notas fiscais da base de cálculo, a qual efetivamente restou reduzida para R\$461.485,14, conforme demonstrativo às folhas 669 a 674, o valor da multa restou majorado, uma vez que a autuante inicialmente tinha indicado o percentual da multa com sendo de 1%, quando o correto é 10%, por se tratar de mercadorias tributadas, tendo realizado a correção quando da revisão fiscal, fato que elevou a multa devida para o valor de R\$ 46.148,51. Assim, ficando evidenciado o agravamento da infração e considerando a impossibilidade de majoração na presente lide, fica mantida na cifra de R\$24.299,18.

Recomendo à autoridade fazendária competente que determine a renovação da ação fiscal, avaliando a possibilidade de cobrança da diferença de ICMS apurado neste PAF, com base no art. 156 do RPAF/99, podendo preliminarmente, intimar o contribuinte a recolher espontaneamente o débito correspondente à diferença encontrada.

Ressalto, outrossim, que o autuante incorreu em equívoco, ao indicar no Auto de Infração o percentual de multa de 1% para a infração, quando o correto é de 10%, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificada a multa aplicada.

Logo, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter utilizado crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação prevista no Dec. 4.316/95 e Portarias 895/99 e 101/05. O autuado importa mercadorias com diferimento e tem o direito a crédito presumido conforme art. 7, II e parágrafo único do Decreto 4.316/95 de forma que a carga tributaria incidente sobre a operação de saída seja de 3,5% do valor do ICMS. Consta ainda da acusação:

1-A empresa também importa partes e peças, que tanto comercializa quanto emprega na confecção de seus produtos. Foi constatado saídas de partes e peças sem o destaque de ICMS e IPI o que indica que a mercadoria não foi resultante de industrialização, mas sim de comercialização, com aproveitamento integral do crédito presumido utilizando os CFOP 5949 e 6949. Nestas operações deveriam ser utilizados os percentuais indicados no Dec. 4316/95 que são: (70,83400% no caso de operações interestaduais e 79,41118% para as operações internas). O contribuinte usou em todas as operações o percentual de 100%.

2-Alega a empresa que essas operações referem-se as reposições de peças em garantia, mas não apresentou as notas fiscais das mercadorias defeituosas ou em desacordo com as especificações do pedido, ou outras razões que justifiquem a devolução das mesmas, para a reposição em garantia com a juntada da nota fiscal de retorno da peça fora das especificações o que fecharia a operação como seja: A empresa ao emitir as notas fiscais de remessas de partes e peças com o objetivo de reposição em garantia deve obedecer a legislação prevista nos artigos 516 e incisos, artigo 517/artigo 520, apresentando as notas fiscais de retorno da mercadoria que está sendo substituída.

2-A empresa já foi autuada, referente o exercício de 2006 relativo a esta matéria através do Auto de Infração nº 207090.0008/05-0 (Infração 05), a qual foi reconhecida pelo autuado. Anexa também cópia do livro Registro de Apuração do ICMS de 2008.

Entendo que a autuação deve ser mantida, uma vez que a defesa não apresentou documentos fiscais para comprovar sua alegação de que são operações de substituição de peças defeituosas, em garantia, gerando direito ao crédito presumido. Para comprovar tal alegação, como bem destacou a autuante em suas informações fiscais, caberia ao contribuinte autuado ter acostado aos autos as notas fiscais objeto da autuação juntamente com a respectiva nota de devolução da peça defeituosas, o fato do destinatário ser uma empresa de assistência técnica não esta caracterizado que os produtos foram remetido com a finalidade de garantia e assistência técnica, considerando que o autuado realizou operações de vendas para as empresa de assistência técnica.

Por fim, cabe destacar que o autuado reconheceu essa infração no exercício de 2006, conforme consta no acórdão nº JJF 0076-02/06, emitido em 28/03/2006 que contém o resultado do julgamento do auto de infração no 207090.0008/05-0 lavrado em 29/12/2005, fls. 67 e 68 dos autos, apesar de ter informado que irá solicitar restituição o valor quitado anteriormente.

Assim, entendo que a infração 03 restou caracterizada, uma vez que o autuado é um estabelecimento industrial situado no pólo de informática de Ilhéus e beneficiário dos incentivos previstos no Decreto nº 4.316/95, restou comprova que o sujeito passivo utilizou crédito presumido em valor superior ao permitido na legislação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1020 a 1032.

Preliminarmente, em relação ao Acórdão JJF nº 0027-02/13, recorrido, ressaltou o equívoco quanto ao texto da Ementa, do voto *in fine*, e da Resolução, no sentido da procedência integral da autuação, posto que em verdade o Auto de infração fora julgado parcialmente procedente, conforme vê-se do valor julgado procedente na Decisão, tendo sido reduzido o montante originalmente lançado.

Em seguida reiterou suas argumentações anteriores sobre as três imputações.

Em relação à infração 1, alegou que nem todas as provas que trouxera aos autos teriam sido analisadas pelo Fisco, o que teria implicado cerceamento do seu direito de defesa, e pedindo revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito.

Em seguida, em relação à infração 3 reproduziu as suas alegações da impugnação originária, expondo ser fato que a empresa é beneficiária do incentivo fiscal normatizado pelo Decreto nº 4.316/95, que permite, no seu artigo 2º, o lançamento de crédito presumido equivalente ao valor do imposto destacado nos documentos de saídas dos produtos resultantes da industrialização. Que este tratamento fiscal tem como foco os produtos recebidos do exterior para aplicação nos produtos de fabricação própria, conforme artigo 1º do referido Decreto.

Que a acusação foi a de que a empresa não teria direito ao benefício sobre as saídas registradas como “outras operações” – CFOPs 5949 e 6949, porque é importadora de partes e peças que tanto

comercializa, quanto emprega na confecção de seus produtos, e que essas operações deveriam ser tratadas como de comercialização, portanto sem o direito ao crédito de 100% do imposto destacado nos documentos de saídas.

Que tal como sucedeu em relação à imputação 1, o processo de preparação para o julgamento contou com múltiplas manifestações da Autuante, que atuou como diligente, e também dele, Autuado, sem que o Fisco observasse pormenorizadamente as operações quando emitia suas informações.

Que a fundamentação do voto *a quo* foi no sentido de que a infração deve ser mantida porque a defesa não apresentou documentos fiscais para comprovar que as operações são de substituição de peças defeituosas em garantia, o que geraria o direito ao crédito presumido, e que caberia a ele, autuado, ter acostado aos autos as notas fiscais objeto da autuação, juntamente com a respectiva nota de devolução da peça defeituosa, tendo ficado caracterizado serem os destinatários das operações objeto da lide empresas de assistência técnica, e tendo o Relator de piso afirmado que ele, autuado, realizava operações de venda para as empresas de assistência técnica.

Que, porém, existiriam mais dois registros com impropriedade, no voto, e que seriam o de que a empresa já havia sido autuada anteriormente sobre o mesmo assunto e que teria acatado a decisão, apesar de ele, contribuinte, ter informado que irá solicitar restituição do valor quitado; e em segundo, ser o estabelecimento autuado situado no pólo de informática de Ilhéus, o que também não é verídico.

Que o fato de a empresa ter acatado uma acusação anterior, mesmo imprópria, não valida uma segunda acusação sem lastro legal, e a empresa, conforme endereço constante no Cadastro Estadual, não está localizada no Polo de Informática de Ilhéus, embora possuidora do incentivo que começou por aquele adensamento industrial e que depois foi estendido a outras localidades do Estado.

O contribuinte aduz, quanto à infração 3, que não se poderia caracterizar como operações de venda as saídas registradas nos CFOPs 5949 e 6949 inclusive porque no sistema de processamento de dados não haveria a possibilidade de gerar controles financeiros. Diz que a diligência, da forma realizada sem intimação para apresentação de documentos, não poderia surtir efeitos, tendo sido o voto de base sucinto na fundamentação. Que considerar a diligência realizada seria cerceamento de direito de defesa, e as provas poderiam ter sido acostadas ao processo se a diligência fosse corretamente realizada.

Afirma demonstrar, por amostragem, em tabela que elabora à fl. 1029 dos autos, saídas de partes e peças para reposição em garantia em 2008, destinadas às assistências técnicas. Que quanto ao recebimento de peças defeituosas, conforme entradas registradas nos CFOPs 1949 e 2949, peças que recebe das mesmas assistências técnicas tomadas por amostragem na planilha de fl. 1029, e planilha que elabora à fl. 1030, estas operações estariam também identificadas em relatório que segue anexo, também correspondente à movimentação de 2008.

Ressalta que nem todas as peças que são substituídas necessitam retornar em devolução ao seu estabelecimento porque, sendo de pequeno valor, o custo de transporte para entrega dessas peças é significativamente elevado, principalmente se levado em consideração que ao chegar ao seu estabelecimento seriam automaticamente descartadas como sucata.

Que, desta forma, só exige o retorno das partes e peças substituídas em garantia quando se trata de peças de valores mais representativos e que possam ser recuperadas, e não atendendo a estas condições, a própria assistência técnica providencia o descarte, encaminhando a ele, recorrente, relatório com as justificativas necessárias.

Afirma que, complementando sua demonstração de comprovação de prestação de serviços em garantia com substituição de peças, lista à fl. 1031 a seguir os pagamentos realizados aos seus prestadores contratados, por amostragem, tal como nas planilhas anteriores, conforme notas fiscais emitidas pelos mesmos, cujos valores foram pagos por ele, sujeito passivo, e encontram-

se contabilizados.

O recorrente afirma que estaria demonstrado, e comprovado documentalmente, que o serviço de assistência técnica em garantia é efetivamente realizado, fato de conhecimento público na atividade para o setor de eletro eletrônicos. Que, portanto, o crédito presumido permitido para essas operações, conforme incentivo fiscal concedido com base no Decreto nº 4.316/02, é de 100% e não aquele imputado pelo Fisco, em percentual que resulte numa carga tributária efetiva de 3,5%.

Observa que o Fisco não questionaria o procedimento se, ao invés da prestação de serviços ser realizada por terceiros, o fosse pelo próprio industrial em seu estabelecimento, quando não haveria dúvida quanto ao direito da aplicação do previsto no incentivo fiscal, quanto ao crédito presumido de 100%. Que o que muda é o deslocamento deste serviço para empresas prestadoras, mais próximas dos consumidores.

O recorrente conclui pedindo seja declarada a redução do valor relativo à Infração 1, e a improcedência da infração 3.

Aduz anexar Notas Fiscais com CFOPs 5949 e 6949, emitidas por ele, recorrente, e relacionadas com a infração 3, e notas fiscais de prestação de Serviços emitidas pelas empresas que prestam a ele, contribuinte, assistência técnica, também relacionadas à mesma infração 3.

O recorrente anexa: (i) planilhas às fls. 1033 a 1040 (intitulada “*Relatório de Notas Fiscais de Recebimento de Peças Substituídas*”), e às fls. 1041 a 1104 (intitulada “*Notas Fiscais Prestação de Serviços Pagas*”); (ii) às fls. 1105 a 1296 cópias de notas fiscais de prestação de serviços emitidas por terceiros e destinadas ao recorrente.

À fl. 1301, solicita a juntada de notas fiscais acostadas às fls. 1302 a 1325, emitidas por ele, recorrente.

Em Despacho à fl. 1329 a Representante da PGE/PROFIS, Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, considerando que a Decisão recorrida expressou a ausência de provas da infração 03, e o contribuinte, no texto recursal, elaborara planilhas e colacionara ao recurso cópias de documentos fiscais, sugeriu a conversão do processo em diligência à autuante para análise da documentação carreada aos autos em sede recursal, verificando se os mesmos seriam suficientes para comprovar a alegação de que tratar-se-ia de operações de reposição de peças defeituosas e garantia e, se fosse o caso, elaborasse novos demonstrativos de débito.

Às fls. 1331 e 1332, e às fls. 1338 e 1339, a 3ª CJF, na qual então em exercício esta Relatora, deliberou, em sessões de pauta suplementar, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem solicitando à Autuante as providências ali elencadas.

Tendo em visa o pronunciamento de fl. 1335, o teor do supracitado Despacho da PGE/PROFIS, e na necessária busca da verdade material, esta 3ª CJF novamente deliberou, em sessão de pauta suplementar, por converter o processo em segunda diligência à INFAZ de origem solicitando que o Fisco se pronunciasse quanto ao teor do Recurso Voluntário em relação às imputações 01 e 03 do Auto de Infração e, quanto a esta terceira imputação, fossem analisadas as planilhas e os documentos acostados às fls. 1033 a 1104, 1105 a 1296 e às fls. 1302 a 1325, nos termos do Despacho de fl. 1329, emitido pela PGE/PROFIS. Caso necessário, intimasse o contribuinte para os esclarecimentos que se fizessem necessários em relação à documentação pelo mesmo anexada aos autos. Em seguida, se devido, fosse elaborado novo demonstrativo de débito para essas imputações.

A autuante pronunciou-se às fls. 1343 a 1345 aduzindo, quanto à infração 1, que esta trata de falta de recolhimento de ICMS devido por substituição tributária, em que o autuado é o tomador de serviços de transportes em operações sucessivas e cargas interestaduais. Que os valores originalmente lançados foram modificados quando da apresentação da defesa e da manifestação do contribuinte após a prestação da informação fiscal, em ambos os momentos tendo o autuado inserido novos dados referentes à arrecadação, que ela, autuante, considerou fazendo a alteração no demonstrativo, tendo sido o Auto de Infração julgado em primeira instância com base nessas

alterações.

Que em sede de Recurso Voluntário o contribuinte não apresentou DAE pago, apenas arguindo, sem especificar, que os valores apresentados não teriam sido revistos por ela, autuante, mas que os documentos apresentados foram considerados, com respectiva alteração das planilhas fiscais. Que não há nova alteração de valor quando da apresentação do Recurso Voluntário porque não foi apresentado novo DAE pago, pelo que coaduna-se com a Decisão de primeiro grau.

Quanto à infração 2, reafirma todo o conteúdo da informação fiscal anterior [fl. 968], quanto a que os documentos de fls. 904 a 961, acostados pelo contribuinte, foram analisados, tendo sido constatado que trata-se de *e-mails* trocados entre o autuado e fornecedores, nos quais o sujeito passivo questiona o efetivo recebimento das notas fiscais relacionadas na planilha que fundamenta a infração, não sendo estes *e-mails* documentos fiscais a servirem de base para exclusão de valor no lançamento.

Que quanto às notas fiscais emitidas para o autuado pela empresa “Lojas Americanas”, relacionadas no *e-mail* anexado pelo contribuinte à fl. 915, segundo o autuado estas notas fiscais teriam sido anuladas mas que, examinando estes documentos, acostados pelo contribuinte às fls. 921 a 938, constatou que no campo “Observações” desses documentos fiscais existe uma informação quanto a que houve “divergência física” em relação à nota fiscal original emitida pelas Lojas Americanas. Que o autuado sugere que o Fisco exija dos fornecedores do sujeito passivo a prova do cancelamento das notas fiscais, mas que ao Fisco cabe identificar notas fiscais não escrituradas, solicitar das empresas cópias das notas fiscais, conforme foi feito, estando as notas fiscais acostadas ao PAF, e se as notas fiscais foram canceladas cabe ao sujeito passivo fazer a prova deste cancelamento com documentos fiscais e não com base em *e-mails*. Afirma que nenhum documento fiscal novo foi juntado pelo contribuinte, para que fosse possível a exclusão da totalidade do débito lançado relativo à imputação 2.

Quanto à infração 3, aduz que esta trata de utilização de crédito presumido em valor superior ao permitido nos Decretos n^{os} 4316/95 e 101/05. Que apesar das alegações do autuado quanto a que trata-se de operações de reposição de peças em garantia, a empresa não apresentou as notas fiscais das peças que teriam retornado em substituição às peças defeituosas, o que sustentaria sua alegação defensiva.

Afirma que os documentos de fls. 1033 a 1104, 1105 a 1296 e às fls. 1302 a 1325 não se constituem em prova das alegações do autuado quanto a que trata-se de devolução de peças defeituosas em garantia.

Quanto aos documentos de fls. 1033 a 1104, expõe que são planilhas que contêm as seguintes informações: data de entrada da Nota Fiscal; A.R.; data de emissão; CNPJ; UF; V. CONTÁBII; CFOP; B.C. IPI; IPI.

Que essas informações nada acrescentam em termos de prova material quanto à especificação de peça que retornara em substituição a uma peça defeituosa remetida. Que estes dados foram planilhados sem apresentar uma função específica, nada acrescentando a respeito de devoluções de peças defeituosas e a respectiva remessa da peça em função de garantia.

Em relação aos documentos de fls. 1105 a 1296, e de fls. 1302 a 1325, afirma que estes são cópias de notas fiscais de prestação de serviços, em algumas cópias estando descrito “prestação de serviços em garantia”. Que em nenhum destes documentos anexados foi demonstrada, ou discriminada, a especificação da peça que teria retornado em substituição a uma remessa de determinada peça defeituosa. Que o que se procura saber é qual a peça que foi substituída.

Que a prova material da regularidade de cada operação seria a apresentação de duas notas fiscais por cada uma, que seriam a nota fiscal descrevendo a peça defeituosa e a respectiva nota fiscal da peça que substitui a defeituosa. Que nos autos não há comprovação quanto a que as notas fiscais acostadas pelo contribuinte refiram-se a retorno de peças em substituição, inclusive porque a descrição contida nos documentos fiscais não contempla a descrição da peça, apenas o termo geral “prestação de serviços”.

Que, assim, mantém integralmente a imputação 3.

Às fls. 1349 a 1352, submetido o processo, por esta Relatora, a análise em sessão de pauta suplementar desta 1ª CJF, foi deliberado o seu encaminhamento em diligência para cientificação do contribuinte e demais providências administrativas subseqüentes.

Cientificado do resultado da diligência, o contribuinte manifestou-se às fls. 1358 a 1362 reiterando suas razões defensivas anteriores, pedindo a realização de diligência por fiscal estranho ao feito e expondo, quanto à infração 1, que promove o recolhimento do ICMS não na data em que o CTRC é emitido, mas quando a mercadoria entra na empresa, e tendo o Fisco feito o levantamento considerando a data de emissão, haveria divergência. Que a cada mês elabora relatório com todos os CTRCs recebidos, e faz guia de recolhimento único. Que apresentou relatório indicando os CTRCs que tiveram o ICMS recolhido, apresentando o DAE de pagamento mensal respectivo, e inclusive reconhecendo parte da imputação 1 conforme tabela que reproduz à fl. 1361, mas que o Fisco não teria analisado os argumentos e provas apresentados com a defesa dele, contribuinte.

Em relação à infração 2, expôs que o Fisco não teria analisado seus documentos e argumentos, e a empresa não tem ingerência sobre a emissão de notas fiscais de terceiros, feitas em nome dele, autuado. Que não haveria prova da efetiva circulação da mercadoria e do ingresso em seu estabelecimento. Que os seus clientes/fornecedores teriam emitido notas fiscais por equívoco e não teriam dado saída dos seus estabelecimentos. Que sem poder cancelar tais documentos, teriam emitido notas fiscais de entradas. Que quando tais fatos ocorrem ele, autuado, não recebe qualquer documento por parte de seus fornecedores, e por isto não tem obrigação de apresentá-los ao Fisco, cabendo ao Fisco fazer as averiguações devidas e, não, alegar ausência de provas.

Em relação à infração 3, aduz que o Fisco afirma que ele, contribuinte, não provou que as notas fiscais de retorno referem-se a peças em garantia, mas que quando ele, contribuinte, vende, usa os CFOPs 5101, 6101, 5102, 6102, e outros. Que quando envia peças para substituir outras, em garantia, usa os CFOPs 5949 e 6949, sem lançar crédito. Que as Assistências Técnicas devolvem a ele, autuado, as peças usadas nas mercadorias consertadas com estes mesmo códigos. Que todas as devoluções das peças defeituosas seriam registradas no livro Registro de Entradas sob os CFOPs 1949 e 2949, conforme as notas fiscais emitidas pelas Assistências Técnicas. Que ele, autuado, apresentou as notas fiscais de prestação de serviços, com o que teria comprovado as despesas geradas pelas Assistências Técnicas com o conserto dos produtos remetidos. Que o ciclo operacional das mercadorias remetidas para Assistência Técnica seria remeter as peças com CFOPs 5949 e 6949; receber as peças de volta com os CFOPs 1949 e 2949; que ele, autuado, teria comprovado o pagamento pelo serviço prestado pelas Assistências Técnicas.

O contribuinte conclui pedindo o julgamento pela procedência parcial da acusação 2, apenas no quanto reconhecido, de R\$5.537,92, e que as imputações 01 e 03 sejam julgadas improcedentes.

Cientificada, a autuante manteve os termos da informação prestada às fls. 1343 a 1345, aduzindo que o contribuinte não acrescentou fato novo ao processo.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer às fls. 1379 e 1380 aduzindo que o contribuinte alega, em síntese, que o crédito fiscal teria sido corretamente utilizado, uma vez que as saídas seriam de remessa de peças defeituosas para substituição; que os valores arrecadados na condição de tomador de serviços em operações sucessivas de transporte não teriam sido devidamente observados pelo Fisco; que as mercadorias não teriam ingressado no estabelecimento, porque as operações teriam sido canceladas.

Que a CJF, por sugestão da PGE/PROFIS, converteu o processo em diligência à fiscal autuante para que fossem analisados os documentos e argumentos trazidos em sede recursal.

Que a autuante, às fls. 1343 a 1345, reitera os termos da informação fiscal, no sentido de que não foram trazidas provas suficientes para a descaracterização as infrações.

Que, intimado, o recorrente manifesta-se insistindo que o Fisco não estaria tendo o cuidado de analisar as provas careadas, e frisando que as provas do ingresso das mercadorias deveriam ser apresentadas pelo Fisco.

A Procuradora prossegue expondo que, da análise dos autos, observa que a matéria fática foi objeto de diligência fiscal, tendo a autuante observado que as notas fiscais trazidas aos autos não fazem prova de que o crédito foi corretamente utilizado, já que não há correlação entre os documentos fiscais e operações de saídas em substituição às peças defeituosa.

A Representante da PGE/PROFIS afirma que cabe ao contribuinte emitir documentos fiscais que explicitem que as operações de saídas de mercadorias se destinavam a substituir anteriores que estavam com defeito.

Que quanto à infração 2, não foram apresentados novos elementos capazes de reduzir o valor devido pelo ICMS incidente na prestação de serviços de transporte, tendo a JJF já retirado os valores comprovadamente equivocados.

Quanto à infração 1, expõe que o contribuinte reconhece as operações consubstanciadas nos documentos fiscais constantes dos autos, mas afirma que tais operações teriam sido canceladas. Que é cediço que o cancelamento de operação fiscal há de ser realizado com emissão de documentos fiscais correspondentes para que sejam devidamente “anuladas”, e a prova do cancelamento cabe ao contribuinte, e não ao Fisco, por tratar-se de fato desconstitutivo do direito do Estado.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente observo que às fls. 984 a 1005 (volume V) o Auto de Infração foi julgado, por unanimidade, parcialmente procedente conforme teor do Acórdão JJF nº 0027-02/13, e texto do Voto de base. No Auto de Infração fora lançado o valor histórico de ICMS de R\$22.551,94 (fl. 03) para a acusação 1, e na Decisão *a quo* foi julgado procedente apenas o valor de R\$18.747,53 (fl. 1004).

Com este julgamento desonerando parte da imputação 1 o Auto de Infração teve, em realidade, o valor histórico total de ICMS reduzido de R\$242.472,03 para R\$238.667,62. Porém no texto da Resolução consta, por equívoco, como valor que foi julgado devido o mesmo valor histórico de imposto originalmente lançado no Auto de Infração.

Tal diferença ($R\$242.472,03 - R\$238.667,62 = R\$3.804,41$) não implica interposição de Recurso de Ofício, consoante alínea “a” do inciso I do artigo 169 do RPAF/99, e nem obstáculo à interposição do Recurso Voluntário pelo contribuinte, que em seu texto (fls. 1020 e 1021) cita e explica tais equívocos do Acórdão JJF nº 0027-02/13.

Ainda preliminarmente, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa não só quando da impugnação e da interposição do Recurso Voluntário, mas em nove manifestações escritas nos autos tendo, inclusive, comprovado parte de suas alegações defensivas, comprovação esta reconhecida pelo Fisco após acuradas e sucessivas análises da documentação apresentada, e acolhida pela Junta de Julgamento Fiscal, do que resultou desoneração referente à imputação 1, e a exclusão de valores referentes a parte das operações alvo da imputação 2.

Apesar de o contribuinte pleitear a realização de nova diligência por fiscal estranho ao feito, assinalo que as diligências saneadoras necessárias já foram realizadas, e nova diligência mostra-se desnecessária, face aos documentos presentes no processo, que são suficientes para a

formação de meu convencimento.

No que tange à argumentação no sentido de que caberia ao Fisco intimar o contribuinte autuado, e os seus fornecedores, para a apresentação de documentação fiscal para o fim de desconstituir o lançamento de ofício, tal argumento não encontra lastro no ordenamento jurídico.

Foi indicado ao Fisco, em uma das solicitações de diligência realizadas, que se necessário intimasse o contribuinte para os esclarecimentos necessários, necessidade esta que não se materializou nos autos.

No que tange à alegação de equívocos na fundamentação do voto da Decisão *a quo*, de fato a JJF equivoca-se quanto à localização do estabelecimento do contribuinte, ao citar que sedia-se no pólo de informática de Ilhéus, mas esta localização, que de fato é no Município de Lauro de Freitas, não descaracteriza a situação de o contribuinte fazer jus ao benefício fiscal previsto no Decreto nº 4316/95, não tendo sido a imputação 3, que diz respeito ao uso de crédito presumido em desacordo com a legislação, atingida pelo fato de o contribuinte localizar-se em outro Município, visto que o recorrente encontra-se localizado neste Estado da Bahia.

O outro aspecto abordado pelo contribuinte, acerca de a Decisão de base ter-se fundamentado em reconhecimento de cometimento de infração de igual teor, em outra ação fiscal, observo que a JJF apenas cita tal fato de forma exemplificativa, não sendo este o motivo nem da autuação, e nem do julgamento pela procedência da imputação 3. Constato que na Decisão de base foram abordadas as razões defensivas trazidas na impugnação, tendo o sido o voto explícito acerca dos motivos pelos quais não as acatava integralmente. Afastada a alegação genérica de nulidade da Decisão de primeiro grau.

No mérito, em relação à Infração 1, esta trata de falta de retenção do ICMS no valor de R\$22.551,94, e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal.

O contribuinte não nega a realização das operações, apenas alega que não providenciou o recolhimento do valor de R\$5.537,92, mas que teria recolhido, em documentos de arrecadação emitidos mensalmente, todo o débito lançado de ofício.

Apresentou documentos de arrecadação que foram analisados pelo Fisco, do que resultou a elaboração de novo demonstrativo fiscal às fls. 382 a 407 (volume II), quando da prestação da primeira informação fiscal, às fls. 371 a 381, tendo o Fisco acolhido parcialmente as razões do contribuinte, reduzindo o débito originalmente lançado para a Infração 1 de R\$22.551,94 para R\$18.747,53.

O contribuinte recebeu cópia destes demonstrativos, conforme seu recibo à fl. 426, e nada de objetivo aponta acerca de equívoco cometido pela Fiscalização, e nem apresenta novos documentos comprobatórios de suas assertivas, limitando-se a reprisar alegações de falta de análise de seus argumentos e documentos.

Voto pela manutenção da Decisão de base acerca da procedência parcial da imputação 01 no valor de R\$18.747,53, conforme demonstrativo de débito que elaboro a seguir:

INFRAÇÃO 01	
DATA OCORRÊNCIA	VALOR PROCEDENTE
31/01/2008	85,33
28/02/2008	88,05
31/03/2008	1.493,87
30/04/2008	1.405,15
31/05/2008	61,33
30/06/2008	367,00
31/07/2008	76,80
31/08/2008	696,26
30/09/2008	50,50
31/10/2008	835,34
30/11/2008	5.769,05
31/12/2008	7.818,85

TOTAL	18.747,53
-------	-----------

Quanto à infração 2, esta cuida de falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Originalmente, tendo o Fisco entendido, equivocadamente, que tratava-se de operações não tributáveis, indicou no Auto de Infração o percentual de 1% sobre o valor comercial de R\$2.429.917,65, equivalente ao valor de R\$24.299,18. No Auto de Infração foi indicado como data de ocorrência da infração o mês de dezembro/2008.

Contudo, diante dos documentos juntados pelo contribuinte às fls. 461 a 526, e às fls. 533 a 660 (volumes II e III), o Fisco corrigiu o demonstrativo original, excluindo do levantamento as notas fiscais cuja escrituração foi comprovada pelo contribuinte no livro Registro de Entradas, e as que têm o CFOP 5927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Também modificou o percentual de multa de 1% para 10%, aduzindo ter havido equívoco na atribuição do percentual, quando da lavratura do Auto de Infração, por tratar-se de mercadorias tributadas, modificando o valor originalmente lançado para a acusação 2 no Auto de Infração, de R\$24.299,18, (equivalente à multa no percentual de 1% sobre o valor comercial de R\$2.429.917,65), para o montante de R\$46.148,51 (equivalente à multa no percentual de 10% sobre o valor comercial de R\$461.485,14), em novo demonstrativo que anexou às fls. 669 a 674.

A JJF considerou correta a modificação fiscal realizada, e a rigor o contribuinte, em suas novas manifestações no processo, após cientificado da revisão fiscal efetuada, consoante seu recibo à fl. 841 (volume III), nada apresenta que comprove não tratar-se de operações tributadas.

Observo que as Notas Fiscais de nºs 96860 e 138547, identificadas pelo contribuinte como notas fiscais de saídas relativas a brindes, foram excluídas do levantamento fiscal pela autuante, e esta exclusão foi acatada pela JJF. Quanto à Nota Fiscal nº 7292, de transferência, o contribuinte não comprova que este documento fiscal teria sido cancelado e não teria sido enviado para seu estabelecimento.

As notas fiscais objeto da imputação foram acostadas pelo Fisco ao processo, às fls. 676 a 840 (volume III), e tal como dito na Decisão de piso e no Parecer PGE/Profis exarado nos autos, não cabe ao Fisco produzir prova desconstitutiva do crédito tributário objeto do lançamento do ofício.

Quanto às notas fiscais emitidas para o autuado pela empresa “Lojas Americanas” - discriminadas no *e-mail* anexado pelo contribuinte à fl. 915, enviado para pessoa diversa do autuado, ainda que correspondência eletrônica talvez relacionada à sua contabilidade – pontuo que tal como já dito pela Autuante, inexistente prova da “anulação” das notas fiscais objeto da exação. O que está escrito neste e-mail é que foram emitidas notas fiscais para a “anulação” de notas fiscais ali na correspondência eletrônica listadas. Nos documentos anexados pelo contribuinte às fls. 921 a 938, nada existe que comprove que as notas fiscais objeto da autuação não ingressaram no estabelecimento autuado.

Observo que, em sendo tributadas as operações que estão mantidas na imputação 2, cabe a aplicação da multa no percentual de 10%, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7014/96, exatamente como retificado pelo Fisco.

Labora corretamente a JJF ao entender que, ao corrigir-se o percentual de multa de 1% para 10%, com a consequente majoração do valor monetário da penalidade, ocorreria agravamento do valor da multa objeto da imputação 2. Porém corrigir o percentual de 1% para 10% do valor comercial das mercadorias cujas notas fiscais não foram escrituradas no livro Registro de Entradas é retificação da multa indicada no Auto de Infração, correção esta que deve ser realizada por este Contencioso administrativo, posto que nos termos do artigo 142 do CTN, ao realizar o lançamento de ofício, a autoridade fiscal apenas indica a penalidade aplicável:

CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, **propor** a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.
(destaque nosso)*

Porém resta impossível majorar, já em sede de julgamento em segunda instância, o valor lançado de ofício para esta imputação e mantido na Decisão *a quo*. Por conseguinte, voto no sentido da manutenção da Decisão de base quanto ao montante de débito objeto de Infração 2, por tratar-se de mercadorias tributadas, devendo ser mantido o valor originalmente lançado para a acusação 2, de R\$24.299,18, exatamente conforme lançado no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

A imputação 3 trata de utilização de crédito fiscal presumido de ICMS no montante de R\$266.771,21, em valor superior ao permitido pela legislação em vigor, Decreto nº 4316/95 e Portarias nºs 895/99 e 101/05 constando, no Auto de Infração, que o autuado importa mercadorias com diferimento e tem o direito a crédito presumido conforme art. 7º, II, e parágrafo único, do Decreto nº 4316/95, de forma que a carga tributária incidente sobre a operação de saída seja de 3,5% do valor do ICMS.

O sujeito passivo não nega que também importa partes e peças para comercialização, além de utilizar tais itens em sua produção.

O contribuinte é beneficiário do incentivo fiscal com base no §2º do artigo 1º do Decreto nº 4316/95. Não está em discussão o direito ao uso do benefício fiscal pelo autuado, desde que comprovado que não se trate de operações não atingidas por este, e que as operações sejam praticadas com uso dos percentuais indicados no Decreto que institui o benefício fiscal:

Decreto 4316/95:

Art. 1º Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

(...)

§ 2º Aplica-se o diferimento previsto no inciso I do caput deste artigo a estabelecimentos industriais dos setores elétrico, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações, independente de sua localização neste Estado, observado o disposto no § 3º.

§ 3º Para fruição do benefício decorrente deste Decreto, deverão ser observadas as seguintes exigências:

(...)

Se as peças de reposição eram vendidas aos clientes do autuado, tratando-se de saídas internas, a carga tributária deveria ser de 3,5%, conforme artigo 7º do Decreto nº 4316/95, na redação dada pelo Decreto nº 7.341/98, efeitos de 27/05/1998 a 18/03/2009, cobrindo o período autuado:

Decreto 4316/95:

Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado nos incisos II e III do “caput” do art. 1º, o estabelecimento que os importar lançará a crédito o valor correspondente ao indicado nos incisos abaixo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do § 1º do art. 1º:

I - 50% (cinquenta por cento) do imposto destacado, sem prejuízo do disposto no inciso V do art. 87 do RICMS/BA, quando relativas a produtos de informática;

II - 79,41118% (setenta e nove inteiros e quatro mil cento e dezoito décimos de milésimos por cento), quando relativas a produtos de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletro-eletrônicos, efetuadas por estabelecimento industrial.

Parágrafo único. Desde que obedecidas as mesmas condições previstas neste artigo o estabelecimento importador lançará a crédito, nas operações de saídas interestaduais, o valor correspondente a 70,834% (setenta inteiros e oitocentos e trinta e quatro milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente se iguale à estabelecida nas operações de saídas internas.

Assim, para que a carga tributária fosse de 3,5%, de acordo com o artigo 7º do Decreto nº 4316/95, o contribuinte só poderia creditar-se, quando da aquisição de tais mercadorias, de valores apurados usando os percentuais de crédito presumido de 70,834%, nas operações de saídas

interessaduas, e de 79,41118% nas saídas internas, e não de 100%, conforme procedeu. Tal dado está explicitado no campo "Descrição dos Fatos" do Auto de Infração.

O fato de o contribuinte utilizar os CFOPs 5949 e 6949, ao emitir seus documentos fiscais de saídas de mercadorias, não comprova que trata-se de saídas de peças em reposição, dentro do período de garantia.

Forem realizadas diligências, por solicitação deste Colegiado, inclusive em sede de análise do Recurso Voluntário, e o contribuinte apresentou notas fiscais inservíveis para lastrear sua afirmativa no sentido de que tratar-se-ia de notas fiscais de reposição de peças.

Nas notas fiscais acostadas pelo contribuinte, enviadas à sua empresa pelas assistências técnicas, não há a indicação de sequer uma nota fiscal objeto da exação. Por conseguinte, resta impossível relacionar a peça utilizada em conserto dentro de fase de garantia do produto fabricado, com as peças enviadas para as empresas de assistência técnica.

Desta forma, resta caracterizado o cometimento da infração 3, pelo que voto pela manutenção da Decisão de base neste sentido.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que, conforme teor do voto que a lastreia, julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, consoante demonstrativo sintético a seguir:

INFRAÇÃO	AUTO DE INFRAÇÃO	DECISÃO DA 2ª JJF	DECISÃO DA 1ª CJF
01	22.551,94	18.747,53	18.747,53
02	24.299,18	24.299,18	24.299,18
03	219.920,09	219.920,09	219.920,09
TOTAL	266.771,21	262.966,80	262.966,80

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206955.0010/11-2**, lavrado contra **AULIK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$238.667,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$24.299,18**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS