

A. I. N° - 298932.0005/14-3
AUTUADO - SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA, MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO D'OLIVEIRA
SANTOS e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0092-01/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Imputação fiscal inadequada em relação aos fatos concretamente verificados. Lançamento nulo, por inobservância do devido procedimento legal, falta de certeza e cerceamento do direito de defesa. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO INCUÍDAS NO REGIME ST. DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS.** O autuado comprova o pagamento de parte da exigência. Infração subsistente em parte. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. MERCADORIA INCLUÍDA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ESTOQUES BICICLETA/BRINQUEDO. AJUSTE.** No âmbito desse Estado, a sujeição ao regime de substituição tributária em relação aos produtos brinquedos (Protocolo ICMS 108/09) e bicicletas (Protocolo 110/2009) foi introduzida com a inclusão dos itens 37 e 39, respectivamente, ao inciso II, art. 353, RICMS BA, ambos através do Decreto nº 11.806/09, efeitos a partir de 01/01/10. Definido que o valor do ajuste poderia ser recolhido em 6 parcelas. Infração caracterizada. **b) AQUISIÇÃO DE CALÇADOS. RECOLHIMENTO A MENOR.** Nas aquisições interestaduais de tais mercadorias, não havendo acordo (convênio ou protocolo) para a retenção do imposto pelo remetente e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar antecipação do ICMS. O pagamento do ICMS-ST foi feito com MVA inferior àquela prevista na legislação. Infração subsistente em parte. **c) MULTA. SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE.** Cabível a exigência de multa de 60% sobre o valor do ICMS-ST não recolhido em relação aos produtos incluídos na substituição tributária: brinquedos (Protocolo ICMS 108/09) e bicicletas (Protocolo 110/2009), conforme o art. 42, II, “d”, Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. Rejeitado pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30.09.14, no valor total de R\$1.021.451,17, acusa o autuado dos seguintes fatos:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro a outubro de 2009. Valor R\$7.062,68, com multa de 60%;
2. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos períodos de janeiro a dezembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011. Valor R\$597.018,62, com multa de 60%;
3. Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Períodos abril a dezembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011. Valor R\$159.812,65.
4. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e ou do exterior. Período fevereiro a dezembro de 2010. Valor R\$246.719,42 e multa de 60%.
5. Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste do estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária. Consta ainda que em desacordo com o disposto no art. 3º. do Decreto 11.806/09, que determinou a antecipação tributária do ICMS sobre os estoques das mercadorias brinquedos e bicicletas, inseridas nos Protocolos 108/09 e 110/09, respectivamente. Períodos janeiro a junho 2010. Valor R\$10.837,80 e multa 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 63/74) suscitando a tempestividade das suas alegações, a nulidade do lançamento fiscal por violação ao seu direito de defesa, diante da não apresentação das provas necessárias à demonstração dos fatos imputados, nos termos dos artigos 41, II, 46 e 18, II do RPAF; frisa que o Auto de Infração prejudicou a defesa, uma vez que apesar da existência de demonstrativos dos valores exigidos, esse não se fez acompanhar das provas necessárias à elucidação dos fatos relacionados à infração.

Reclama da decadência dos créditos tributários apurados até 02.10.2009, nos termos do art. 150, § 4º do CTN e que seu reconhecimento se impõe pela comprovação dos pagamentos antecipados do ICMS no período autuado e pela inaplicabilidade do art. 173, I, do CTN. Aduz que pelo entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão e por meio do Recurso Especial nº 973.733/SC, submetido ao regime de Recursos Repetitivo do art. 543-C do CPC, o art. 173, I, CTN tem aplicação restrita em duas situações: 1) quando constatado dolo, fraude ou simulação do contribuinte e 2) na ausência do pagamento antecipado pelo contribuinte.

Destaca que o fato de parte dos valores exigidos ter origem na glosa de créditos de ICMS é irrelevante para a análise do aludido prazo de decadência, uma vez que, nos termos do art. 25 da Lei Estadual 7.014/96, o ICMS devido a cada período de apuração corresponde ao saldo devedor do confronto entre crédito e débitos de ICMS apurado. Completa que ressalvado a apuração de saldo credor de ICMS, que não obriga a realização de pagamento antecipado do ICMS, a apuração de saldo devedor demanda a realização do pagamento do ICMS devido no período da apuração. Em havendo recolhimento por parte do contribuinte resta configurada a ocorrência de pagamento antecipado para fins da aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

Assinala a aplicação desse prazo decadencial (art. 150, § 4º do CTN) às hipóteses de creditamento indevido do ICMS. Nesse sentido, transcreve o REsp. 1199262/MG e demais decisões. Ressalta a vinculação da administração fazendária às decisões dos tribunais superiores (art. 116-A, RPAF BA).

No mérito, argumenta que na infração 01, da lista de mercadorias indicadas no Anexo 02, que acompanhou o lançamento fiscal foram registrados bens integrantes do ativo imobilizado, cuja autorização de apropriação de crédito ocorre à razão de 1/48, nos termos do art. 20 da LC 87/96. Pede a exclusão de tais bens que foram abrangidos pela glosa dos créditos.

Com relação à infração 02, recolhimento a menor ICMS antecipação parcial, o autuado apresenta documentos aduzindo que comprovam a inexigibilidade do valores apurados, pedindo seu cancelamento.

No item 03, diz que a exigência não procede, em face dos documentos que apresenta e que comprovam o recolhimento integral do ICMS por antecipação tributária. Reitera o argumento anterior, em relação à infração 04, recolhimento a menor do ICMS-ST (calçados).

Na infração 05, ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de brinquedos e bicicletas, repete que os documentos acostados aos autos comprovam o integral recolhimento do ICMS. Diz que os demonstrativos apresentados evidenciam que as notas fiscais relacionadas no Anexo V foram abrangidas pela apuração de ICMS-ST, sendo inexigível o crédito tributário apurado pela fiscalização. Diz que o Fisco desconsiderou notas fiscais, cujo ICMS foi pago.

Finaliza, pedindo seja conhecida a defesa, julgada procedente para anular o Auto de Infração, reconhecimento da decadência dos fatos geradores até 02.10.09. Caso não acolhida as preliminares, pede a improcedência integral dos autos.

A Informação Fiscal é prestada, fls. 401/410. As Auditoras Fiscais, responsáveis pela ação fiscal, dizem que, contrariamente ao que alega o autuado, todas as infrações estão acompanhadas de planilhas explicativas com a demonstração dos valores da cada infração cometida pelo contribuinte com a indicação da data de ocorrência, o número do documento fiscal (quando necessário), a base de cálculo e o valor do imposto devido.

Quanto à decadência, afirmam que se trata de questão controversa, prevalecendo, contudo, segundo reiteradas decisões do Conselho de Fazenda, a contagem de 5 anos a partir do exercício seguinte da ocorrência do fato gerador.

No mérito, informam com relação à infração 01 que conforme consta no Anexo I (fls. 22/31), o contribuinte creditou-se integralmente do imposto destacado quando da aquisição de bens para uso e consumo e para o ativo imobilizado. Dizem que, no entanto, a legislação permite a utilização dos créditos relativos às aquisições para o ativo imobilizado na proporção de 1/48 e condicionada a escrituração do CIAP. Observam que os créditos em relação aos bens destinados aos usos e consumo somente serão permitidos a partir de 2020 (LC 87/96).

Asseveram que para a infração 02, o autuado anexou ao processo 09 cópias de comprovantes de pagamentos do tributo (fls. 126/134), no entanto, tais pagamentos foram realizados com o código de receita de 1145 - antecipação tributária (aquisição de calçados), já apropriados quando da exigência na infração 04.

Observam a questão da multa, aduzindo que sua exigência foi calculado pelo SEAI de forma diferente da prevista no § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96. Elabora nova planilha alterando o valor exigido para R\$358.202,81.

Na infração 03, com relação à multa percentual (mercadorias sujeitas à substituição tributária), contrariam a argumentação defensiva de que os documentos anexados comprovam o recolhimento integral do imposto, arguindo que foram anexados relatórios gerenciais de fls. 135/149, 163/449 e 174/202, percebendo que os valores do ICMS lançados a crédito e a débito dizem

respeito a antecipação de calçados (sandálias, chuteiras e tênis), objeto da infração 04. Para brinquedos e bicicletas o contribuinte aplicou o tratamento normal, em desobediência à norma regulamentar (art. 353, II, itens 37 e 39). Razão do lançamento da multa.

No que se refere à infração 04, firmam que dentre as mercadorias comercializadas pelo autuado, somente para calçados foi dado o tratamento tributário de antecipação, porém com MVA inferior àquela prevista na legislação. Explicam que na planilha demonstrativo do ICMS, Anexo IV (fls. 42/46) efetuou o cálculo do imposto devido no período e deduziu todos os valores do ICMS recolhido pelo contribuinte com o código de receita 1145.

Na infração 05, dizem que não localizaram nenhum documento que pudesse contradizer a planilha fiscal. Explicam que toda a vez que um determinado produto é inserido no regime da substituição tributária, o fisco estadual edita um decreto instruindo a antecipação tributária sobre os valores do produto existente em estoque. No caso em concreto, o Decreto 11.806/09 obrigou o contribuinte a antecipar os ICMS sobre brinquedo e bicicletas. Finalizam, afirmando que a impugnação do autuado não modifica o crédito tributário lançado.

O autuado apresenta nova manifestação, fl. 414 reiterando as argumentação anteriores e pedindo o cancelamento integral do auto de infração.

Uma das Auditoras que firmou a Informação Fiscal interveio nos autos (fl.430), aduzindo que o contribuinte, instado a se manifestar acerca da Informação Fiscal, não arguiu fato ou apresentou quaisquer documentos novos

É o relatório

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 5 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem.

O contribuinte suscita, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício por violação ao seu direito de defesa, consignando que, apesar da existência de demonstrativos de débito, não lhe foram apresentadas as provas necessárias à demonstração dos fatos relacionados à infração. Discorreu em considerações sobre a decadência dos créditos tributários apurados até 02.10.2009, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, aduzindo que seu reconhecimento se impõe pela comprovação do pagamento antecipado do ICMS no período autuado, sendo inaplicável o art. 173, I, do CTN.

O auto de infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99). O processo administrativo fiscal - PAF está revestido de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e quantas vezes entendeu pertinentes. Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração, aduzindo a sua motivação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato de constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública desse Estado.

Sobre a decadência do direito de constituir créditos tributários, no período anterior a 2009, não pode prosperar a pretensão defensiva, uma vez que vem sendo mantida de forma dominante, por este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, as disposições do artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, segundo o qual, o direito de a Fazenda Pública 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 e não da ocorrência do fato gerador,

conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante. Rejeitada, portanto, a preliminar de decadência apresentada pela defesa.

No mérito, a primeira infração acusa que o sujeito passivo utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$7.062,68.

Nas razões, pede o autuado que sejam excluídos da glosa dos créditos, os bens integrantes do ativo imobilizado, cuja apropriação de crédito fiscal ocorre à razão de 1/48, nos termos do art. 20 da Lei Complementar 87/96.

Verifico do demonstrativo fiscal acostados ao PAF - processo administrativo fiscal (fls. 22/31), que as Auditoras relacionaram aquisições de diversos produtos com o aproveitamento indevido de respectivos créditos fiscais, tais como: vale presente centauro (cartão crédito pré pago), material de escritório, uniforme (uso e consumo), revista centauro, banner (publicidade), scanner, microcomputador, DVD (ativo imobilizado). Além da figura incomum “vale presente centauro”, encontram-se descritos no relatório, que serve de suporte à exigência, aquisições de bens classificados como ativo imobilizado, cuja utilização dos créditos poderia ocorrer apenas na proporção de 1/48 mês e após a escrituração no livro de Controle de crédito do ICMS do Ativo Permanente - CIAP, além das aquisições de materiais destinados ao uso e consumo, cuja utilização de crédito fiscal encontra-se vedada.

Nessa situação, competiria ao autuado fazer provas da escrituração e utilização regular dos créditos relativos a aquisição de ativos imobilizados, uma vez que respectivos bens (microcomputador, scanner, DVD, impressora), ainda que pudessem ser enquadrados nessa situação, somente poderia ocorrer crédito fiscal na proporção de 1/48 mês e após a escrituração no livro de Controle de crédito do ICMS do Ativo Permanente - CIAP. O sujeito passivo não se incumbiu de provar, de demonstrar quais bens e em quais valores poderia utilizar validamente respectivos créditos fiscais, limitando-se apenas a solicitar a exclusão dos bens.

Por outro lado, observo que, nos termos do art. 20, § 5º da LC 87/96 é permitido o crédito de ICMS decorrente de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, observadas as condições estabelecidas. Todavia, tal direito possui limitações. Entre as limitações ao crédito estabelece o § 1º do artigo 20 da LC 87/96, reproduzido na legislação do Estado da Bahia, que *“não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”*.

Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de transporte ou de comunicação, bem como aqueles que não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento.

Desse modo, os bens adquiridos pelo contribuinte e empregados no setor administrativo, como veículos, móveis e utensílios, condicionadores de ar, máquinas, computadores e equipamentos de informática, não ensejam direito ao crédito de ICMS. Portanto, no caso em concreto, os bens relacionados no relatório fiscal, classificado pelo autuado como ativo imobilizado, como equipamentos de informática e demais equipamentos, não conferem direito ao crédito de ICMS e a glosa de respectivos créditos fiscais procedida pelas Auditoras Fiscais afigura-se correta.

Com relação aos demais itens, classificados como materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento, melhor sorte não teve o autuado. A utilização dos créditos originados da aquisição de tais bens somente poderá ser ocorrer a partir de 1º de janeiro de 2020 (redação dada pela LC nº 138, de 29.12.2010).

Sobre a escrituração de "vale presente centauro" com aproveitamento de crédito fiscal, o direito também não assiste ao contribuinte. Trata-se de uma espécie cartão de crédito que o cliente adquire na própria Centauro e pode ser utilizado em compras de produtos da rede de loja física da empresa; é, na realidade, uma estratégia de marketing que facilita a compra de produtos da loja pelo próprio presenteado. Tais cartões não são mercadorias e sua aquisição não é uma operação que enseje a apropriação de créditos de ICMS.

Infração caracterizada integralmente, no valor de valor de R\$7.062,68.

A infração 02 descreve o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, em relação às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no valor de R\$597.018,62.

Alega o autuado que os documentos anexados aos autos comprovam a inexigibilidade dos valores apurados. As Auditoras Fiscais admitem a existência de cópias de comprovantes de pagamento do tributo (fls. 126/134). Informam, no entanto, que os recolhimentos com código de receita 1145 - antecipação tributária já foram apropriados na infração 04.

Constatos os demonstrativos de débitos sintéticos acostados aos autos, primeira e última página (fls. 32/36), discriminando as aquisição de mercadorias para comercialização, não sujeitas ao regime de substituição tributária (art. 352-A, RCMS BA), descrevendo datas das operações, número da nota fiscal, descrição, valor dos produtos, aplicação da alíquota e ICMS antecipação parcial. O demonstrativo de débito de forma integral consta da mídia CD (fl. 56) e entregue ao preposto do sujeito passivo.

Após o acolhimento dos DAEs que comprovam o pagamento de parte da exigência (fls. 147/154) as Auditoras elaboraram novo demonstrativo fiscal, reduzindo a exigência de R\$597.018,62 para R\$358.202,81 (fl. 407). No entanto, a soma dos valores mensais da exigência em questão, cuja cópia do demonstrativo foi entregue ao autuado, totaliza R\$358.211,16. Infração subsistente em parte, no valor de R\$358.211,16.

A infração 03 exige do autuado multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de valor de R\$159.812,65.

O autuado alega que a exigência não procede e que acostou documentos que comprovam o recolhimento integral do imposto.

As Auditoras elaboram demonstrativos de débito sintético - primeira e última página e os acostou aos autos, fls. 38/39 (exercício 2010) e fls. 40/41 (exercício 2011), consignando apenas a exigência da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, "d", da Lei 7.014/96 (imposto recolhido pelo regime normal, quando obrigatória a antecipação), tendo em vista que os produtos brinquedos (Protocolo ICMS 108/09) e bicicletas (Protocolo 110/2009) relacionados nas planilhas do Fisco estavam submetidos ao regime de substituição tributária e o autuado os incluiu na apuração do ICMS normal. Cabível assinalar que os relatórios gerenciais (fls. 135/149, 163/449 e 174/202), acostados aos autos, dizem respeito a antecipação de calçados (sandálias, chuteiras e tênis), sem repercussão na presente exigência do ICMS-ST de brinquedos e bicicletas.

Infração caracterizada (multa percentual), no valor de R\$159.812,65.

Na infração 04 a exigência recai no recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo, nas aquisições de calçados, em face da consignação em percentual menor da MVA da antecipação tributária, no valor total de R\$246.719,42

Foram acostados aos autos os demonstrativos sintéticos, fls.43/44 (exercício 2010) e fls. 45/46 (exercício 2011). O demonstrativo integral e analítico encontra-se na mídia CD (fl.56).

O autuado também anexou ao PAF relatórios demonstrando o pagamento de ICMS-ST em relação às aquisições realizadas, no período fiscalizado (fls. 164/713) e ainda um relatório de apuração de Substituição Tributária (fls. 197/202), que não têm o condão de alterar a exigência fiscal e não provam o pagamento de ICMS-ST, que não tenha sido considerado no relatório fiscal, uma vez que todos os valores efetivamente recolhidos em favor do estabelecimento autuado e constantes do sistema de pagamento da Secretaria da Fazenda desse Estado (fls. 14/17) foram consignados pelas Auditorias Fiscais.

As Auditoras admitem que o autuado cuidou de proceder a antecipação tributária para o produto "calçados", contudo, o fez com MVA inferior àquela prevista na legislação. Assevera que todo o valor de ICMS com o código de receita 1145 considerou no levantamento fiscal.

Com efeito, a exigência tem fundamento no art. 371, RICMS BA (aprovado pelo Decreto 6.284/97), ao prescrever que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado, no regime de substituição tributária (calçados, no presente caso – art. 353, II, item 32, a partir de 01.03.03), em não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, no prazo previsto no art. 125, II, “b”, RICMS BA. Em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o valor do imposto a ser calculado será acrescido da Margem de Valor Agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do mesmo diploma de normas (art. 61, II, “a”).

Posto isso, o lançamento de ofício resta integralmente subsistente, no valor de R\$246.719,42.

Na infração 05 é imputada ao autuado a falta de recolhimento de ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste do estoque dos produtos brinquedos e bicicletas que passaram a ser incluídos no regime de substituição tributária.

Consta ainda que houve descumprimento do disposto no art. 3º do Decreto nº 11.806/09, que determinou a antecipação tributária do ICMS sobre os estoques das mercadorias brinquedos e bicicletas, inseridas nos Protocolos 108/09 e 110/09, respectivamente, no valor total de R\$10.837,80.

Identifiquei nos autos, o demonstrativo de fls. 47/50, elaborado pelas Auditorias Fiscais, descrevendo a existência do estoque de mercadorias, em 31.12.2009, inseridas no regime da substituição tributária e com a obrigatoriedade da antecipação do ICMS.

Nesse sentido, temos que o Protocolo ICMS 108/09 dispôs sobre a substituição tributária, nas operações com brinquedos (despacho 398/09), celebrado entre os Estados da Bahia e de São Paulo. O Protocolo 110/2009 prevê o regime de substituição tributária, nas operações interestaduais com bicicletas realizadas entre a Bahia e São Paulo (Despacho 303/09).

Os referidos Protocolos condicionam a aplicação das regras ali contidas à existência de previsão da substituição tributária nas legislações dos Estados signatários. Dessa forma, para a incidência da substituição tributária nas operações interestaduais com mercadorias listadas nos Anexos Únicos dos Protocolos ICMS supra citados, necessário que tais mercadorias se sujeitem ao regime de substituição tributária interna. No âmbito desse Estado, a sujeição ao regime de substituição tributária, ora em exame, foi introduzida com a inclusão do item 37 ao inciso II, art. 353, RICMS BA (brinquedos) e item 39 ao inciso II do caput do art. 353, ambos através do Decreto nº 11.806/09, efeitos a partir de 01/01/10.

A legislação desse Estado definiu que o valor apurado poderia ser recolhido em 6 parcelas, o que foi consignado nos autos e justificou a exigência dos valores de janeiro até junho de 2010. Infração caracterizada em R\$10.837,80.

O Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É o voto.

VOTO VENCEDOR – ITEM 1º

Peço vênia para manifestar minha discordância do voto do ilustre Relator no tocante ao lançamento do item 1º.

Conforme descrição feita pelos autuantes, o lançamento diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à “aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento”.

Houve um grave vício na descrição do fato. A acusação é de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a *material para uso e consumo*. Porém, analisando-se os demonstrativos fiscais (fls. 23/31), além de material de consumo, neles constam bens do *ativo imobilizado*.

O contribuinte reclamou na defesa que o demonstrativo lista bens integrantes do ativo imobilizado, cuja autorização de apropriação de crédito ocorre à razão de 1/48 avos.

E, de fato, nos demonstrativos, *os próprios autuantes* assinalaram a expressão “ativo imobilizado” (fls. 25, 28, 29 e 30). Não se pode confundir material de consumo com ativo imobilizado. Material de consumo não dá direito a crédito. Já o bem do ativo imobilizado dá direito ao crédito, à razão de 1/48 avos ao mês. Por que o crédito foi glosado? Teria o crédito sido utilizado de uma só vez, e não à razão de 1/48 avos? Nada foi explicitado nesse sentido.

Além disso, nos demonstrativos foram também incluídos indevidamente brindes (fls. 25 e 27). Brinde não é material de consumo da empresa que o adquire para distribuição direta ao consumidor. As operações com brindes são tributáveis (arts. 564/566 do RICMS/97). O direito ao crédito é previsto de forma expressa no art. 565, inciso I.

Os Autos de Infração são lavrados fazendo-se a descrição dos fatos a partir de descrições-padrão constantes no sistema de emissão de Auto de Infração por processamento eletrônico (SEAI). Cada tipo de infração tem um código. Uma vez eleito determinado código, o sistema automaticamente faz a descrição do fato. Se o fiscal não escolhe o código adequado, a descrição termina destoando do fato efetivamente apurado.

Com efeito, na descrição do fato foi escolhido um código de infração que cuida de créditos relativos à aquisição de material de uso e consumo, porém, nos demonstrativos fiscais, além de material de consumo, existem outras situações. Isso implica que não somente está equivocada a descrição do fato, mas também o enquadramento legal.

A acusação de crédito indevido de material de uso e consumo implica a remissão a conceitos substancialmente distintos daqueles que são evocados quando a acusação é de crédito indevido de bens do ativo imobilizado. Os critérios de ordem prática e de ordem jurídica são distintos. Acusar uma coisa em vez de outra implica falta de certeza e nítido cerceamento de defesa.

Isso sem falar na inexplicável glosa de créditos relativos a brindes, contrariando regra expressa do regulamento.

É nulo o lançamento do item 1º, por inobservância do devido procedimento legal, falta de certeza e cerceamento do direito de defesa. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Quanto aos demais itens, acompanho o voto do nobre Relator.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298932.0005/14-3**, lavrado contra **SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$615.768,38**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$159.812,65**, prevista no inciso II, "d" e § 1º do art. 42 da supracitada lei e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR VOTO VENCIDO

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR VOTO VENCEDOR