

**A. I. N °** - 279459.0001/14-4  
**AUTUADO** - L.I.R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 25. 08. 2015

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0129-01/15**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Autuado alega apenas a ausência dos elementos essenciais para identificação das mercadorias arroladas no levantamento. Alegação defensiva improcede, haja vista que o autuante elaborou demonstrativo detalhando todos os elementos que permitem a correta compreensão da acusação fiscal, inclusive dos valores e quantidades apresentados. Infração subsistente. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração subsistente. **d)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADAS. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS, no caso a omissão de saídas. A autuação por omissão de saídas tem por fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo. Autuação não elidida. Infração subsistente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR CREDITADO. Somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado se o

imposto for destacado no documento fiscal. Infração caracterizada. **b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** É vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontre encerrada. Infração caracterizada. **c) CREDITAMENTO DO IMPOSTO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE.** Somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado do imposto destacado no documento fiscal. Infração subsistente. **3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL.** O autuado utilizou indevidamente os CFOPs 5.915 e 6.915; referentes a remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo; haja vista que as mercadorias remetidas a título de remessa para conserto não retornaram, tendo sido enviadas para os diversos estabelecimentos da própria empresa localizados em cidades do interior da Bahia e de outros Estados, que nunca retornaram. É certo que se as mercadorias foram enviadas para conserto nos diversos estabelecimentos da empresa sem tributação do ICMS, deveriam retornar também sem incidência do imposto ao estabelecimento de origem, o que, efetivamente, não ocorreu, sendo, desse modo, correta a exigência fiscal, haja vista que não restou caracterizada a efetiva remessa para conserto. Do mesmo modo, o autuado utilizou indevidamente os CFOPs 6.949 e 5.405, haja vista que as operações de saídas de mercadorias que realizou são tributadas, conforme aduzido pelo autuante e consta dos documentos fiscais acostados aos autos. Infração subsistente. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Fato demonstrado nos autos. O autuado na condição de signatário do Termo de Acordo previsto pelo Decreto nº. 7.799/99, por ter débito decorrente de Auto de Infração inscrito em dívida ativa, obrigatoriamente, teria que calcular o imposto utilizando-se da carga tributária de 17% e não 12% conforme procedeu. Infração caracterizada. **5. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.** A imputação é de que o autuado *deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios*, enquanto na complementação da descrição constante no próprio Auto de Infração há o registro de que o contribuinte *deixou de estornar ICMS nas entradas simbólicas para ressarcimento do IPI*. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido

processo legal e da ampla defesa. Infração nula. Não acolhida as preliminares de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/09/2014, formaliza a exigência de crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$3.532.750,86, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$616.291,46, acrescido da multa de 100%. Conforme Anexo 1, fls. 09 a 26;
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$92.263,70, acrescido da multa de 60%. Consta que foram encontradas omissões de entradas de produtos tais como: aparelho celular, simcard. Tudo conforme demonstrativos anexados. Anexo 2, fls. 27 a 30;
3. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$497.499,90, acrescido da multa de 100%;
4. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2010 [2012], levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - sendo exigido ICMS no valor de R\$429.355,71, acrescido da multa de 100%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de abril a junho, agosto e setembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$437.150,11, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte se creditou de notas fiscais de armazém, calculando o ICMS não destacado nestas notas com a alíquota da UF de origem, usando o CFOP 2102. Consta, ainda, que o crédito fiscal, na verdade, foi tomado no ICMS destacado nas notas fiscais de venda da produção com o uso do CFOP 2923;
6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de dezembro de 2010, agosto a dezembro de 2011, janeiro a março de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$372.539,38, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte remeteu a título de remessa para conserto produtos que não tiveram retorno usando os CFOPs 5915 e 6915. Consta, ainda, que o autuado realizou também saídas sem tributação de produtos utilizando o CFOP 6949;

7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, setembro e outubro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$118.697,40, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte se creditou do ICMS destacado nas notas fiscais de produtos da substituição tributária;
8. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de fevereiro, julho a setembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$258.638,39, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte perdeu o benefício de redução de base de cálculo nas operações com aparelho celular e simcard por ter Auto de Infração inscrito em dívida ativa;
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de abril, maio e julho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$69.371,02, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte calculou a maior ICMS referente a entradas de produtos;
10. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de maio de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$640.943,79, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte deixou de estornar ICMS nas entradas simbólicas para ressarcimento do IPI.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 130 a 171) registrando, inicialmente, a tempestividade da peça defensiva. Consigna também que não efetuou pagamentos das infrações.

Argui preliminares de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa e ausência de requisitos para a sua formação conforme o Decreto nº 7.629/99 [RPAF/99]. Invoca o art. 2º do RPAF/99, reproduzindo-o; o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal; e lição de Liebamm; para sustentar que o Auto de Infração é nulo por afrontar as garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia. Invoca, também, o art. 18 do mesmo RPAF/99, observando que o referido dispositivo regulamentar processual estabelece a nulidade do Auto de Infração quando for lavrado com preterição do direito de defesa, como é o caso do Auto de Infração em lide.

Apresenta como exemplo de preterição do direito de defesa, a ocorrência de 30/12/2010, referente à infração 01, que tem como Base de Cálculo o valor de R\$3.652.243,88 com ICMS devido no valor histórico de R\$616.291,46. Alega que buscando na contabilidade não se chega ao referido valor, sendo que a diferença apontada aparece apenas como um número global sem qualquer referência e não permite encontrar a base de cálculo. Indaga como efetuar uma defesa em que não se sabe sequer a base de cálculo. Ressalta que não é somente nessa que não se consegue identificar a base de cálculo.

Salienta que na manifestação fiscal as autuantes justificam que a verdadeira base de cálculo está em uma mídia eletrônica, mas não no Auto de Infração. Acrescenta que insistem na inexistência do erro, embora a própria Auditoria Fiscal informe o erro das autuantes. Indaga se a mídia deveria ser cópia idêntica do Auto de Infração, porque ter em um e não ter em outro. Invoca o art. 39, IV, “b”, do RPAF/99, transcrevendo-o.

Ressalta que a base de cálculo teve que ser explicada posteriormente, e a que consta do Auto de Infração não é efetivamente a base de cálculo da autuação, mas um resultado obtido fora das planilhas e ali lançados, o que efetivamente impediu o direito de defesa.

Assevera que se verifica em todas as infrações diferenças entre a indicação do que seja a base de cálculo no próprio Auto de Infração em relação aos anexos. Alega que no Auto de Infração inexistem

indicação do local onde este estaria para fins de averiguação, o que lhe impossibilitou de verificar diversas situações, dentre as quais a ausência do anexo referente à infração 02, conforme exigência do art. 28, §4º do Decreto 7.629/99 [RPAF/99]. Acrescenta que o inciso VIII do art. 39 do RPAF/99 dispõe que o Auto de Infração deverá conter a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa.

Alega que os documentos foram obtidos pela Fiscalização junto aos fornecedores, sendo que não os possui, portanto, não poderá exercer o seu direito de ampla defesa.

Assevera que todos esses fatos não são meros erros da autuante, mas situação que lhe impossibilitou de efetuar um trabalho efetivo, pois sequer identifica a base de cálculo para a autuação.

Sustenta que essas situações impõem a nulidade do Auto de Infração, somando-se a estas todas as apresentadas em cada infração, tendo em vista a ofensa direta ao direito de ampla defesa, contraditório e isonomia que lhe são garantidos.

Reporta-se sobre a infração 01, arguindo a nulidade por ausência de identificação da base de cálculo e concessão ao direito ao crédito fiscal. Reitera o que dissera inicialmente sobre a base de cálculo desta infração, alegando a impossibilidade de identificação da base de cálculo, por erro nos cálculos. Apresenta o mesmo exemplo anteriormente aduzido. Reafirma que a diferença de R\$616.291,46 não permite encontrar a base de cálculo. Diz que não reconhece o erro. Invoca o §1º do art. 18 do RPAF/99 para afirmar que, por não ser permitida a verificação, impõe-se a nulidade. Assevera que, não obstante, tem direito ao creditamento pela entrada. Diz que a Lei Complementar 87/96 no seu art. 20 e seguintes, garante o direito ao creditamento, em consonância com a Lei Complementar 102/00, com o disposto no art. 155, §2º da Constituição da República de 1988, razão pela qual espera a concessão do crédito, assim como o abatimento imediato do crédito sobre o eventual débito apurado, nos termos do art. 93 da Lei 7.014/96. Assevera que, não obstante, tem direito ao creditamento pela entrada. Diz que a Lei Complementar 87/96 no seu art. 20 e seguintes, garante o direito ao creditamento, em consonância com a Lei Complementar 102/00, com o disposto no art. 155, §2º da Constituição da República de 1988, razão pela qual espera a concessão do crédito, assim como o abatimento imediato do crédito sobre o eventual débito apurado, nos termos do art. 93 da Lei 7.014/96.

Assevera que, não obstante, tem direito ao creditamento pela entrada. Diz que a Lei Complementar 87/96 no seu art. 20 e seguintes, garante o direito ao creditamento, em consonância com a Lei Complementar 102/00, com o disposto no art. 155, §2º da Constituição da República de 1988, razão pela qual espera a concessão do crédito, assim como o abatimento imediato do crédito sobre o eventual débito apurado, nos termos do art. 93 da Lei 7.014/96.

Reporta-se sobre as infrações 02, 03 e 04, afirmando que, novamente, sem os elementos essenciais não é possível identificar quais mercadorias foram identificadas como sendo omissas na entrada. Ressalta que, nestes casos, é essencial constar item a item o que é a diferença apontada para identificar transferências, furtos, perdas, extravios, etc.

Quanto à infração 05, consigna que depois de muita procura identificou que se tratava de operações de “REMESSA POR CONTA E ORDEM A TERCEIRO”. Reproduz o art. 411 e seguintes do RICMS/BA que tratam dos procedimentos e reconhecimento da remessa por conta e ordem de terceiros.

Alega que, no seu caso, adquire produtos de diversos fornecedores situados na região da Zona Franca de Manaus, Estado do Amazonas, o que gera crédito fiscal de 12%, conforme art. 93, §§ 6º e 7º do RICMS/BA, entretanto, essas empresas fazem remessa dessas mercadorias para Armazéns Gerais nos Estado de São Paulo e Rio de Janeiro, sendo que, quando os fabricantes efetuam a venda, estes emitem ordem ao terceiro, no caso o Armazém Geral, para que lhe faça a entrega.

Assinala que a nota fiscal que acoberta o transporte da mercadoria do Armazém Geral até o seu estabelecimento não possui destaque do imposto, conforme determina o art. 413, II, razão pela qual, nunca poderia se creditar do ICMS do Armazém Geral.

Afirma que a compra, de fato, é efetuada no Estado do Amazonas e não em São Paulo ou Rio de Janeiro, que, no caso, funcionam como meros distribuidores. Observa que os Armazéns Gerais não se debitam e não se creditam do ICMS, apenas efetuam a guarda da mercadoria, sendo mais um motivo para que não possa se creditar dos valores. Ressalta que a própria Junta do Estado da Bahia já reconheceu essa realidade, conforme transcrição que apresenta.

Diz que o Estado da Bahia não reconhecendo essas operações pode autuar todas as empresas que comprem da Zona Franca de Manaus, pois é assim que todas as operações ocorrem. Alega que tem que ser assim, pois a entrega das mercadorias duraria um tempo muito superior se tivessem que vir, após a compra, de Manaus, que tem infraestrutura muito mais reduzida.

Salienta que se o Estado da Bahia não entender dessa forma, jamais haverá venda feita pela internet, que tem a “compra” efetuada em uma rede mundial, mas a entrega efetuada por um estabelecimento físico. Reproduz resposta de consulta dada pela SEFAZ/BA, no Parecer nº 00793 e a ementa do Parecer nº. 08882/2010.

Alega que todas as notas fiscais se vinculam com a venda das mercadorias, sendo que a nota do Armazém Geral faz referência expressa à nota fiscal do fabricante, fechando a operação.

Ressalta que ao verificar que muitos dos produtos vinham de São Paulo ou Rio de Janeiro glosou parte do crédito, reduzindo-o em 5%.

Afirma que as notas fiscais que anexa demonstram de forma inequívoca a operação de remessa por conta e ordem e terceiro, sendo que os “erros de aplicação de alíquota” nada mais são do que a visão equivocada da remessa por conta e ordem de terceiro.

Conclui que é indevida a glosa do crédito e, conseqüentemente, a multa aplicada, devendo ser cancelado o Auto de Infração na sua integralidade.

No que concerne à infração 06, alega que classifica os bens como do ativo, razão pela qual não há que se falar em aproveitamento indevido de crédito. Diz que a Lei Complementar nº 102/00, alterando a Lei Complementar nº 87/96 trouxe grande inovação no que tange ao crédito fiscal gerado nas aquisições ou recebimento de bens destinados ao ativo imobilizado, disciplinada nos artigos 20, § 5º, 33, III, cujo texto reproduz.

Alega que em consonância com a Constituição Federal, artigo 155, § 2º, inciso I, bem como o artigo 1º da Lei Complementar nº 102/2000, observa-se o direito do contribuinte ao creditamento do ativo permanente, o que efetivamente fez.

Assevera que existe total imprecisão da descrição em “utilizar indevidamente crédito fiscal do ICMS” já que os bens do ativo geram direito ao crédito.

Ressalta que na pior das hipóteses, tem o percentual já realizado dentro da autorização legal de 1/48, que não pode ser considerado como indevido, pois permitido pela Lei Complementar na razão de 1/48 por mês, a partir do mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento.

Ressalta que existe um problema de erro na autuação sobre o qual a Junta Fiscal não se manifestou. Não há qualquer decisão quanto ao erro na tipificação.

Salienta que, além disso, se observa que muito embora tenha utilizado o crédito fiscal antecipadamente /indevidamente, este não causou nenhum dano “à Autuada.” Acrescenta que, ademais, conforme consta no Auto de Infração, há notas fiscais do período a partir de outubro de 2004, ou seja, perfazendo um período de 36 meses em que poderia ocorrer o creditamento e, portanto, deverá ser concedido o direito ao creditamento desses valores.

Conclui dizendo que espera o cancelamento do Auto de Infração pela ausência de manifestação da Junta de Julgamento e já que não há apropriação indevida, e que pode se creditar de bens do ativo, e caso não seja este o entendimento, a concessão do crédito na razão de 1/48, bem como, o abatimento imediato do crédito sobre o eventual débito apurado nesta infração, com fulcro no art. 93 do Decreto nº 6.284/97 [RICMS/BA/97].

Relativamente à infração 07, observa que a antecipação parcial somente pode ser aplicada a bens destinados a comercialização, conforme determina o art. 352-A do RICMS/BA/97, cuja redação reproduz.

Alega que muitas das notas fiscais arroladas na autuação pertencem ao ativo fixo, ou seja, referidas mercadorias divergem da acusação fiscal, pois não são destinadas à comercialização. Afirma que se trata de equipamentos, como impressoras fiscais, que integram o ativo e não foram adquiridos com o fim de comercialização.

Diz que a infração foi mantida, mas deve ser reformada a decisão, com cancelamento da infração.

No respeitante à infração 08, diz que no início da fiscalização estava efetuando alguns ajustes de lançamentos de notas fiscais de ativo que, por um erro no sistema, não haviam sido escrituradas, sendo essa situação demonstrada e o autuante solicitou que fossem incluídas apenas os créditos e débitos simples, apenas para conferência e, posteriormente, poderia continuar o trabalho de aprimoramento do livro. Afirma que a autorização foi passada por escrito conforme os dizeres que reproduz. Ressalta que essa autorização, apesar de negada pelas autuantes, foi reconhecida e confirmada pela Auditoria Fiscal.

Assevera que há ordem expressa que autoriza o refazimento do livro, sendo que essa ordem vincula a autuante, pois muito se valeu dessa autorização. Alega que foi autuado em razão de um livro que foi entregue já com autorização para ser refeito.

Frisa que, como o livro não estava completo, já que o outro livro já estava sendo cancelado, e com a promessa de que poderiam ser refeitos, não consta no livro autuado diversos créditos tais como: estornos; créditos decorrentes da condição de atacadista; antecipação parcial; outros créditos.

Afirma que esses créditos não foram computados porque a autuante lhe autorizou a refazer os livros em duas oportunidades, tendo ocorrido no mesmo dia, isto é, 28/11/2007, estranhamente, data da lavratura do Auto de Infração.

Salienta que tal atitude é contrária ao princípio da moralidade administrativa e razoabilidade, haja vista que cancelou outro livro já lavrado, para atender determinações da autuante, sendo que, posteriormente, esta desconsidera os não lançamentos de créditos.

Assevera que a cópia do livro cancelado juntado, demonstrará que grande parte dos créditos que possuiu não foi lançada.

Frisa que a Junta Fiscal questiona porque não fora efetuada a juntada. Diz que a razão para isso é simples, ou seja, na manifestação as fiscais não reconhecendo o direito concedido de refazer os livros fiscais, informa e quase ameaça que a apresentação de livros fiscais diversos do que existiam não será considerada, pois somente há um livro que é registrado e se houvesse a apresentação de mais um livro ou livros, as mesmas tomariam providências. Assinala que, diante desse quadro, não foram apresentados, o que faz agora com fulcro no § 5º, art. 123 do RPAF/99, cujo teor transcreve.

Assevera que ainda existe um erro no lançamento, pois observando a planilha de 2004, consta um crédito no ano de R\$571.156,10, sendo que na planilha de 2005 consta os créditos transferidos do exercício anterior escriturados a menos, ou seja, R\$570.959,62.

Alega que queria exibir os livros e tanto é assim que expressou na defesa esta pretensão, conforme texto que transcreve, entretanto não o fez pelas razões já demonstradas, mas que junta nesta oportunidade.

Conclui dizendo que espera que esta Câmara de Julgamento [Junta de Julgamento] anule o Auto de infração em respeito ao princípio da moralidade administrativa ou, na pior das hipóteses, anule a infração, pois os créditos existem e anulam a diferença de ICMS não recolhido.

No tocante à infração 09, diz que espera que a improcedência reconhecida pela Junta seja mantida, pois não é devida antecipação parcial em bens de substituição.

Registra que, segundo a acusação fiscal, ao não recolher antecipada e parcialmente o ICMS relativo à aquisição interestadual de aparelhos de telefonia celular, teria violado o artigo 352-A do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Sustenta que esta irregularidade não existe, haja vista que o inciso III do § 1º do artigo 352-A do RICMS/BA/97 veda a antecipação parcial do ICMS quando a mercadoria adquirida em outra unidade da Federação se encontrar sob o regime de substituição tributária nas operações dentro do Estado da Bahia, como é o caso dos aparelhos de telefonia celular, consoante o item 35 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA/97.

Diz que sendo nulo o Auto de Infração, deve ser mantida a improcedência do lançamento.

Alega que o autuante não demonstra que Auto de Infração foi inscrito em dívida ativa em 15/07/2010.

No que diz respeito à infração 10, ressalta que inexistente o anexo 09. Indaga onde o referido anexo se encontra no Auto de Infração. Indaga quais são as mercadorias e como se chegou à base de cálculo de R\$16.709,58. Alega que inexistindo elementos é impossível a realização da defesa.

Salienta que o Fisco sustenta que deixou de estornar o ICMS nas entradas simbólicas para ressarcimento do IPI. Diz não entender qual o fato gerador dessa autuação. Indaga sobre quais são as entradas e quais as notas fiscais. Alega inexistir qualquer demonstração.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência. Requer, ainda, a concessão do crédito, nas infrações que eventualmente poderão ter imposto a ser recolhido, conforme exposto em cada item, bem como a juntada do livro de apuração. Requer, por fim, que as intimações sejam realizadas em nome de Leonardo de Lima Naves, OAB/MG 91.166, com endereço físico na Rua Sergipe nº 925, 3º andar, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/Minas Gerais, CEP: 30.130-171, e pelo endereço eletrônico: Leonardo@leonardonaves.com.br

O autuante prestou informação fiscal (fls. 336 a 340) na qual contesta as alegações defensivas atinentes a todas as infrações.

No que tange à infração 01, registra que o autuado alega que não encontrou a base de cálculo e que a mídia não é cópia do Auto de Infração.

Observa que no exercício de 2010 foram apuradas tanto omissões de entradas como omissões de saídas e conforme a legislação há que se exigir o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária.

Afirma que foi o que fez ao cobrar a omissão de entradas com base de cálculo no valor de R\$ 3.625.243,85 que aplicada a alíquota de 17% resulta no ICMS a recolher no valor de R\$ 616.291,46, fls. 10 a 26 dos autos.

Assevera que todas as entradas e saídas estão claramente demonstradas pelas datas, notas fiscais, produtos e quantitativo, fls. 16 a 26 dos autos e mídia gravada, fl. 123 dos autos.



Conclui que não conseguiu identificar a dificuldade apresentada pelo defendente em encontrar a base de cálculo e que a mídia difere dos demonstrativos.

Quanto à infração 02, registra que, em razão da omissão de entradas encontrada no levantamento de estoque no exercício de 2010, exigiu a antecipação tributária de produtos da substituição tributária ST, tais como: aparelhos celular e bicicletas.

Assinala que o demonstrativo com detalhes do levantamento com as diferenças, preços, MVA, BC da ST e ICMS ST a ser recolhido se encontra às fls. 28 a 30 dos autos.

Relativamente à infração 03, consigna que o defendente alega que não encontrou a base de cálculo e que a mídia não é cópia do Auto de Infração.

Salienta que às fls. 32 a 46 dos autos se encontram as planilhas do levantamento de estoque realizado onde detectou omissão de saídas no exercício de 2011.

Observa que o total das diferenças encontradas foi de 4.368 unidades de mercadorias que mensuradas cada mercadoria pelos seus preços resultou na base de cálculo de R\$2.926.469,99 sobre a qual aplicada a alíquota do imposto de 17% resultou no ICMS a recolher no valor de R\$ 497.499,90, conforme fl. 33 dos autos.

Sustenta que todas as entradas e saídas estão claramente demonstradas pelas datas, notas fiscais, produtos e quantitativo, fls. 34 a 46 dos autos e mídia gravada, fl. 123 dos autos.

Conclui que não conseguiu identificar a dificuldade apresentada pelo defendente em encontrar a base de cálculo e que a mídia difere dos demonstrativos.

No tocante à infração 04, esclarece que no exercício de 2012, apurou tanto omissões de entradas como omissões de saídas, tendo sido exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, no caso omissão de saídas, fl. 50 dos autos.

Observa que o total das diferenças encontradas foi de 7.059 unidades de mercadorias que mensuradas cada mercadoria pelos seus preços deu uma base de cálculo de R\$ 2.525.621,82 que aplicada a alíquota do imposto de 17% resultou no ICMS a recolher no valor de R\$429.355,71, fl. 50 dos autos.

Salienta que todas as entradas e saídas estão claramente demonstradas pelas datas, notas fiscais, produtos e quantitativo, fls. 51 a 62 dos autos e mídia gravada, fl. 123 dos autos.

Conclui dizendo que não conseguiu identificar a dificuldade apresentada pelo defendente em encontrar a base de cálculo e que a mídia difere dos demonstrativos.

Ressalta que alterou a “Data de Ocorrência” desta infração, em virtude de ter colocado originalmente a data de 31/12/2010 (fl. 02), quando a data correta é 31/12/2012, já que o levantamento de estoque se refere ao exercício de 2012, fl. 213 e 216 dos autos.

No respeitante à infração 05, esclarece que o autuado lançou a crédito duas vezes os valores correspondentes à mesma mercadoria, quando calculou e lançou o ICMS das notas fiscais de Armazém Geral referente a Simples Remessa, fl. 65 dos autos.

Sustenta que, contrariamente ao que diz o defendente, o autuado se creditou sim do ICMS que nem foi destacado nas notas fiscais de saídas do Armazém Geral, conforme planilha de fl. 65 dos autos, notas fiscais anexadas às fls. 218 a 253 dos autos, e arquivo em ACCESS gravado em CD anexado à fl. 335 dos autos.

Assinala que, em conformidade com a planilha de fl. 65 dos autos, consta no lado esquerdo as entradas das notas fiscais de venda – CFOP 2923 - com a descrição de “item genérico” com alíquota correta de 7% e UF São Paulo. Já do lado direito consta as notas fiscais saídas de Armazém Geral com CFOP 2102, descrição correta da mercadoria e UF do AM.

Ressalta que as datas e valores dessas notas fiscais, tanto de venda como de saída do armazém geral são iguais, demonstrando claramente o duplo crédito fiscal.

No que diz respeito à infração 06, diz que o autuado realizou saídas sem tributar utilizando o CFOP 5915, no valor de R\$ 702.134,74, e CFOP 6915, no valor de R\$ 963.581,80, que dizem respeito a remessas para conserto, e CFOP 6949, no valor de R\$ 1.151.027,70, que se refere a “outra saída de mercadoria não especificada”.

Ressalta que essas mercadorias saíram para conserto e nunca retornaram, conforme demonstra nos resumos das operações de entradas por natureza e CFOP dos exercícios de 2010 e 2011. (fls. 74/75).

Aduz que anexou diversas notas fiscais onde se verifica que as saídas para conserto são as mais incríveis possíveis, como saídas para estabelecimentos da própria empresa em cidades do interior da Bahia, como Valença, Ilhéus, Itapetinga, Santo Amaro, Porto Seguro, numa clara intenção de desova de estoque de mercadorias, já que nessas cidades não existem condições de conserto desses produtos. Diz que o autuado também enviou para estabelecimentos da própria empresa em cidades localizadas fora do estado como Petrolina e Contagem, que nunca retornaram. Observa que o ICMS a recolher dessas saídas para conserto somou o valor de R\$344.483,53 (fl.73)

Diz que através do CFOP 5405 o autuado realizou saídas de mercadoria como Sofá interzum, sem tributar, conforme diversas notas fiscais anexadas às fls. 72, 90/96, 302/318, no valor de ICMS a recolher de R\$ 28.055,85(fl. 72).

No que concerne à infração 07, observa que o autuado se creditou indevidamente do ICMS destacado nas notas fiscais de entradas de produtos da substituição tributária. Acrescenta que, reconhecendo a infração, o autuado em alguns meses procedeu estornos de créditos, porém em valores menores que os devidos. ( fls. 98 a 105).

Quanto à infração 08, consigna que o autuado teve Auto de Infração inscrito na dívida ativa em 15/07/2010, conforme se verifica no extrato acostado à fl. 110 dos autos. Assim sendo, em conformidade com o parágrafo único da cláusula segunda do Termo de Acordo de atacadista referente ao Decreto nº 7.799/99, assinado com o Estado da Bahia o contribuinte infringiu essa regra perdendo o tratamento tributário.

Esclarece que, dessa forma, a partir de 15/07/2010, alterou a carga tributária nas operações com telefonia celular e simcard, passando de 12% para 17%, nos cálculos do ICMS da ST para este contribuinte (fls. 107 a 109 e 123).

Ressalta que anexou notas fiscais de compras comprovando o destaque do ICMS e a natureza da operação como “venda da produção” CFOP 6101 e “venda de mercadoria” CFOP 6102, fls. 319 a 329 dos autos.

No que tange à infração 09, diz que o a autuado calculou ICMS a mais do que o devido no documento fiscal, conforme detalhamento em planilha de fls.112 e 330 e tabela em Access gravada em CD Anexo 9 – Crédito fiscal calculado a maior - (fl. 335).

Quanto à infração 10, observa que o Governo Federal concedeu através de decreto, redução de alíquota do IPI e com retroatividade a indústria e fornecedores requereram a restituição ou compensação desse imposto pago na época com alíquota a maior.

Aduz que, assim sendo, o autuado emitiu notas fiscais de saídas simbólicas com destaque do ICMS e, em seguida, recebeu notas fiscais de devolução também com destaque do ICMS dos seus fornecedores. Diz que o autuado não querendo esperar as notas fiscais de devolução, procedeu aos estornos dos lançamentos do ICMS em suas notas fiscais de saídas. No entanto, procedeu aos estornos de créditos menores que os procedidos nos estornos de débitos relativos aos lançamentos das notas fiscais emitidas e recebidas.

Diz que foram dadas saídas simbólicas com destaque do ICMS para os fabricantes nos meses de fevereiro e março com estornos de débitos no valor total de R\$ 790.783,21 (fls. 331/332). Observa que nos meses de abril e maio, ocorreram devoluções com estornos de créditos no valor total de R\$149.839,42. (fls. 333/334).

Sustenta que, dessa forma, houve um menor recolhimento do ICMS no valor total de R\$ 640.943,79( fl. 114).

Finaliza a peça informativa registrando que todas as planilhas gravadas na mídia, anexada à fl. 123 dos autos, representam fielmente as infrações elencadas no Auto de Infração. Registra, ainda, que todos os demonstrativos estão com a assinatura do procurador do contribuinte afirmando que recebeu uma cópia deles.

### VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de dez infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que todas foram impugnadas.

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade arguidas pelo impugnante.

Argui o impugnante que o Auto de Infração é nulo por cerceamento do direito de defesa e ausência de requisitos para a sua formação, conforme o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assim como afronta as garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A análise das peças que compõem o presente processo, notadamente a peça acusatória e seus anexos, permite constatar que a nulidade arguida não merece acolhimento, no que tange às infrações 01,02, 03, 04,05, 06, 07, 08 e 09.

Isso porque, as descrições das referidas infrações e os seus complementos no próprio Auto de Infração, claramente, apresentam o motivo e a motivação do lançamento, portanto, não merecendo qualquer reparo, sendo possível ao autuado exercer plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Quanto à alegação defensiva de ausência de indicação do local em que o PAF se encontrava, certamente não pode prosperar, pois no próprio corpo do Auto de Infração, no campo “INTIMAÇÃO”, consta expressamente a seguinte indicação: *Fica o autuado intimado a recolher o débito reclamado ou apresentar defesa na Repartição Fazendária da sua circunscrição, sob pena de revelia.*

Por certo que, tendo recebido uma via do Auto de Infração e sendo conhecedor da Repartição Fazendária da sua circunscrição, haja vista que é nela que realiza todos os seus atos atinentes ao cumprimento de suas obrigações tributárias, não procede tal alegação.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Entretanto, no que concerne à infração 10, acolho a nulidade arguida, haja vista que o lançamento não traz a segurança e certeza indispensáveis à sua validação.

Isso porque, a imputação é de que o autuado *deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios*, enquanto na complementação da descrição constante no próprio Auto de Infração há o registro de que o contribuinte *deixou de estornar ICMS nas entradas simbólicas para ressarcimento do IPI.*

Por certo que a autuação foi feita de modo equivocado e, desse modo, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, haja vista que implicaria em mudança do fulcro da imputação.

Diante disso, esta infração é nula, conforme estabelece o art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Passo ao exame do mérito.

No que tange à infração 01, observo que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS constatada pela apuração, através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada.

Nessa situação, ou seja, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.

Trata-se de uma presunção relativa prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e § 3º do art. 2º do RICMS/BA/97, cabendo ao contribuinte comprovar a sua improcedência.

Noto que na peça defensiva o autuado alega que não encontrou a base de cálculo e que a mídia não é cópia do Auto de Infração.

Vejo, também, que o autuante contesta a alegação defensiva afirmando que cobrou a omissão de entradas com base de cálculo no valor de R\$3.625.243,85 que aplicada à alíquota de 17% resulta no ICMS a recolher no valor de R\$616.291,46, conforme fls. 10 a 26 dos autos. Diz que todas as entradas e saídas estão claramente demonstradas pelas datas, notas fiscais, produtos e quantitativo, fls. 16 a 26 dos autos e mídia gravada, fl. 123 dos autos, e que não conseguiu identificar a dificuldade apresentada pelo defendente em encontrar a base de cálculo e que a mídia difere dos demonstrativos.

De fato, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que o levantamento realizado aponta como base de cálculo o valor de R\$3.625.243,85, referente à diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resultou no valor de ICMS devido de R\$616.291,46, tudo devidamente demonstrado nas planilhas, demonstrativos e a “mídia” acostados aos autos.

Cabe observar que, não cabe no caso de presunção, o creditamento pretendido pelo impugnante.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, verifico que se refere à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, constatada pela apuração de omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária mediante levantamento quantitativo de estoques.

Observo que o impugnante alega que sem os elementos essenciais não é possível identificar quais mercadorias foram arroladas como sendo omissas na entrada. Afirma que, nesses casos, é essencial constar item a item o que é a diferença apontada para identificar transferências, furtos, perdas, extravios, etc.

Vejo, também, que o autuante contesta a alegação defensiva, consignando que o demonstrativo detalhado do levantamento com as diferenças, preços, MVA, BC da ST e ICMS ST a ser recolhido se encontra às fls. 28 a 30 dos autos.

Efetivamente, assiste razão ao autuante, haja vista que o demonstrativo que elaborou traz, detalhadamente, todos os itens que compõem o levantamento, conforme se verifica às fls. 28 a 30 dos autos.

Assim sendo, esta infração é subsistente.

Entretanto, cumpre-me registrar que, nos termos do art. 10, I, “a”, da Portaria nº. 445/98 - que dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados pela Fiscalização nos trabalhos de auditoria fiscal de levantamento quantitativo de estoques – no caso de omissão do registro de entradas de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, além do imposto devido por antecipação tributária, conforme exigido neste item da autuação (infração 02), também deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, o que não foi feito pela Fiscalização.

Diante disso, com fulcro no art. 156 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de lavratura de outro Auto de Infração para exigência do imposto devido pelo autuado na condição de responsável solidário,

No tocante à infração 03, observo que diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Noto que o autuado utiliza os mesmos argumentos aduzidos na infração 02, para rechaçar esta infração 03.

Vejo, também, que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que às fls. 32 a 46 dos autos se encontram as planilhas do levantamento de estoque realizado onde detectou omissão de saídas no exercício de 2011, sendo que todas as entradas e saídas estão claramente demonstradas pelas datas, notas fiscais, produtos e quantitativo, fls. 34 a 46 dos autos e mídia gravada, fl. 123 dos autos.

É certo que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, salvo, por óbvio, se existirem equívocos e incorreções nos dados levantados.

No presente caso, o autuado não se reportou ou indicou qualquer valor ou quantidade existentes no levantamento que estivesse em desacordo como os seus registros e documentos. Na realidade, apenas aduziu as mesmas razões apresentadas na impugnação da infração 02.

Desse modo, esta infração é subsistente.

Relativamente à infração 04, observo que diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Nessa situação, no cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, no caso a omissão de saídas. A autuação por omissão de saídas tem por fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo.

Noto que o autuado não se reportou ou indicou qualquer valor ou quantidade existentes no levantamento que estivesse em desacordo como os seus registros e documentos. Na realidade, apenas aduziu as mesmas razões apresentadas na impugnação das infrações 02 e 03 que foram insuficientes para elidir a autuação.

Cabe observar o registro feito pelo autuante na informação fiscal, no sentido de que alterou a “

Data de Ocorrência” desta infração, em virtude de ter colocado originalmente no Auto de Infração a data de 31/12/2010, quando a data correta é 31/12/2012, já que o levantamento de estoque se refere ao exercício de 2012, conforme demonstrativos de fls.213 e 216 dos autos.

Relevante registrar que o autuado foi cientificado da informação fiscal, inclusive da correção procedida pelo autuante na “Data de Ocorrência” para 31/12/2012, contudo, não se manifestou.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

No respeitante à infração 05, observo que o autuante contesta a argumentação defensiva, dizendo que o autuado lançou a crédito duas vezes os valores correspondentes à mesma mercadoria, quando calculou e lançou o ICMS das notas fiscais de Armazém Geral referente à Simples Remessa, fl. 65 dos autos. Sustenta que, contrariamente ao alegado pelo autuado, este se creditou sim do ICMS que nem foi destacado nas notas fiscais de saídas do Armazém Geral, conforme planilha de fl. 65 dos autos, notas fiscais anexadas às fls. 218 a 253 dos autos, e arquivo em ACCESS gravado em CD anexado à fl. 335 dos autos.

Assinala que, em conformidade com a planilha de fl. 65 dos autos, consta no lado esquerdo as entradas das notas fiscais de venda – CFOP 2923 - com a descrição de “item genérico” com alíquota correta de 7% e UF São Paulo. Já do lado direito consta as notas fiscais saídas de Armazém Geral com CFOP 2102, descrição correta da mercadoria e UF do AM. Ressalta que as datas e valores dessas notas fiscais, tanto de venda como de saída do armazém geral são iguais, demonstrando claramente o duplo crédito fiscal.

Efetivamente, a análise da planilha elaborada pelo autuante de fl. 65 dos autos, juntamente com os documentos fiscais e CD acostados aos autos, permite concluir que o autuado incorreu no creditamento indevido de que cuida este item da autuação, sendo, dessa forma, correta a glosa do crédito fiscal. Certamente que somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado se o imposto for destacado no documento fiscal.

Diante disso, esta infração é subsistente.

No respeitante à infração 06, a imputação é de que o autuado deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Na realidade, o que se verifica é que o autuado utilizou indevidamente os CFOPS 5.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo; 6.915 - Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo; haja vista que as mercadorias remetidas a título de remessa para conserto não retornaram, tendo sido enviadas para estabelecimentos da própria empresa localizados em cidades do interior da Bahia, como Valença, Ilhéus, Itapetinga, Santo Amaro, Porto Seguro, assim como para estabelecimentos da própria empresa em cidades localizadas fora do estado como Petrolina e Contagem, que nunca retornaram.

É certo que se as mercadorias foram enviadas para conserto nos diversos estabelecimentos da empresa sem tributação do ICMS, deveriam retornar também sem incidência do imposto ao estabelecimento de origem, o que, efetivamente, não ocorreu, sendo, desse modo, correta a exigência fiscal, haja vista que não restou caracterizada a efetiva remessa para conserto.

Do mesmo modo, o autuado utilizou indevidamente os CFOPS 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado; e 5.405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído; haja vista que dizem respeito a operações de saídas de mercadorias tributadas, a exemplo de saídas de sofás, conforme aduzido pelo autuante e consta dos documentos fiscais acostados aos autos.

Diante disso, esta infração é subsistente.

No que concerne à infração 07, observo que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal destacado nas notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação e não a antecipação parcial, conforme aduzido pelo impugnante.

No caso deste item da autuação, indubitavelmente, é vedado o creditamento levado a efeito pelo autuado, haja vista que encerrada a fase de tributação.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 97, IV, “b”, do RICMS/BA/97:

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

(...)

*IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:*

(...)

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

Desse modo, a glosa do crédito fiscal lançado indevidamente se apresenta correta, sendo subsistente esta infração.

No que concerne à infração 08, a acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Na realidade, o que se verifica é que o autuado na condição de signatário do Termo de Acordo previsto pelo Decreto nº 7.799/99, por ter débito decorrente de Auto de Infração inscrito em dívida ativa, conforme consta no extrato acostado pelo autuante à fl. 110 dos autos, obrigatoriamente, teria que calcular o imposto devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, utilizando a carga tributária de 17% e não 12%, conforme procedeu, haja vista que nos termos do parágrafo único da cláusula segunda do referido Termo de Acordo, não poderia utilizar o tratamento tributário nele previsto.

Noto que o autuante a partir da data de inscrição do débito em dívida ativa, ou seja, a partir de 15/07/2010, alterou a carga tributária nas operações com telefonia celular e simcard, passando de 12% para 17%, e calculou o ICMS devido por substituição tributária, o que resultou no valor exigido nesta infração.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Relativamente à infração 09, observo que o impugnante alega que esta irregularidade não existe, haja vista que o inciso III do § 1º do artigo 352-A do RICMS/BA/97, veda a antecipação parcial do ICMS quando a mercadoria adquirida em outra unidade da Federação se encontrar sob o regime de substituição tributária nas operações dentro do Estado da Bahia, como é o caso dos aparelhos de telefonia celular, conforme o item 35 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA/97.

Na realidade, este item da autuação diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, fato infracional não abordado pelo impugnante.

Verifico que o autuante aponta detalhadamente na planilha de fls.112 e 330 e tabela em Access gravada em CD Anexo 9 – Crédito fiscal calculado a maior - (fl. 335), a irregularidade imputada ao autuado, não restando dúvida que houve, efetivamente, utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.

Assim sendo, esta infração é 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 **279459.0001/14-4**, lavrado contra **L.I.R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.891.807,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.348.660,00 e de 100% sobre R\$ 1.543.147,07, previstas no art. 42, incisos II, "a", d", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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, 30 de julho de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR