

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0003/14-0
RECORRENTE - NOVA CASA BAHIA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0133-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0198-12/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não elidida. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A MARGEM DO VALOR ACRESCIDO. Infrações caracterizadas. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ªJJF – Junta de Julgamento Fiscal em 07/05/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$195.398,57 (cento e noventa e cinco mil trezentos e noventa e oito reais e cinquenta e sete centavos), em decorrência do cometimento de 09 (nove) infrações.

O Sujeito Passivo reconheceu integralmente as infrações 1, 4 e 5, além de reconhecer parcialmente a infração 3, de modo que a lide subsiste apenas em relação aos itens de nº 2, 3, 6, 7, 8 e 9.

Infração 02. RV – Utilização indevida crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de abril a dezembro de 2011, fevereiro, maio, agosto a outubro e dezembro de 2012 e janeiro a abril de 2013. Exigido o valor de R\$87.374,35, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 30 a 41 - Anexo II;

Infração 03. RV – Utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de abril a junho e outubro a dezembro de 2011, janeiro a junho, agosto a outubro e dezembro de 2012 e janeiro a abril de 2013. Exigido o valor de R\$2.534,98, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 42 a 48 - Anexo III;

Infração 06. RV – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas 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 estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas. Exigido o valor de R\$77.689,45, acrescido da multa de 100%. Demonstrativos às fls. 59 a 67 - Anexo VI;

Infração 07. RV – Falta recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o sobre a diferença de maior expressão monetária a das operações de entradas - com base na presunção legal que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2011. Exigido o valor de R\$16.010,17, acrescido da multa de 100%. Demonstrativos às fls. 68 a 75 - Anexo VII;

Infração 08. RV – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2011 e 2012. Exigido o valor de R\$2.638,74, acrescido da multa de 100%. Demonstrativos às fls. 76 a 81 - Anexo VIII;

Infração 09. RV – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2011 e 2012. Exigido o valor de R\$579,65, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 82 a 87 - Anexo IX.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 97/131), impugnando parcialmente o Auto de Infração em epígrafe.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 178/197), defendendo a manutenção do Auto de Infração em todo o seu teor.

Após a realização de novas manifestações, bem como de diligência, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ªJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Consigno inicialmente, que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF-BA/99, sendo a base de cálculo, o imposto, a multa e apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

No que concerne ao pedido de perícia contábil fica indeferido com base no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, haja vista que, além de inexistir nos autos matéria cuja análise dependa de conhecimento especial de técnicos, todos os elementos necessários à formação da convicção dos membros desta Junta sobre a lide já estão presentes, coligidos, inclusive, por meio de diligência realizada pelas próprias autuantes.

O presente Auto de Infração exige crédito tributário do ICMS no valor total de R\$195.398,57, em decorrência do cometimento de nove infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, no decorrer dos exercícios de 2011, 2012 e 2013. Considerando que o sujeito passivo reconheceu o cometimento integral das infrações 01, 04 e 05, e parcial da infração 03, tendo, inclusive realizado o recolhimento dos valores lançados de ofício, portanto, restam mantidas as imputações a elas atinentes. Em conseqüência, subsiste a lide somente em relação às infrações nº 02, 03, 06, 07, 08 e 09.

No que diz respeito à infração 02, é imputada a utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais.

Ao compulsar os elementos que compõem a exigência atinente a esse item da autuação, precipuamente o demonstrativo de apuração, fls. 30 a 41, constato que a imputação decorreu da glosa dos créditos fiscais nas entradas, no estabelecimento autuado, de produtos de informática na proporção da redução da base de cálculo estatuída pelos incisos V e XLIV do RICMS-BA/97 e pelos incisos XIII e XXXIV do art. 266 do RICMS-BA/12.

O impugnante em suas razões de defesa sustentou que a autuação ofendeu ao princípio da não cumulatividade e seu direito objetivo ao crédito tributário, bem como, ocorrera enriquecimento ilícito do Estado em seu desfavor.

É patente que somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado. Esta é uma premissa legalmente estatuída no §5º do art. 93, do RICMS-BA/97 e no §7º do art. 309, do RICMS-BA/12. Portanto, caso ocorra pagamento indevido do imposto pelo remetente a ele é assegurado o direito de restituição, no entanto, é vedado ao estabelecimento destinatário utilizar o crédito fiscal destacado a mais.

Quanto à alegação de que as saídas realizadas com os referidos produtos ocorreram sem a redução da base de cálculo, não deve prosperar, haja vista que, além de se tratar de mera alegação, eis que não foi carreada aos autos qualquer comprovação nesse sentido, a redução da base de cálculo nas operações internas, consoante previsão legal é uma imposição e não uma opção do remetente de produtos de informática. Ademais, não é razoável que, ao seu alvedrio, o autuado adote critério próprio de apuração do imposto sem amparo legal.

No tocante ao argumento de que ocorrera ofensa ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no inciso I, do §2º, do art. 155, da CF/88, ressalto que falece competência a este Órgão julgador o trato de matéria de cunho constitucional e do direito posto, consoante previsão expressa dos incisos I e III, art. 167, do RPAF-BA/99.

Logo, concluo pela subsistência da infração 02.

A infração 03 trata da utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme demonstrativos acostados às fls. 42 a 48.

A imputação se fundamenta na previsão estatuída pelo art. 356 do RICMS-BA/97 que veda a utilização do crédito fiscal pelo adquirente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. O autuado efetuou o recolhimento de R\$966,72, fl. 202.

Em sede de defesa, o impugnante informou que reconhece em parte os valores exigidos e refutou o cometimento da infração em relação às operações com “Assentos Automotivas para Crianças”; “Tampos de Vidro e Pias”; “Booster p/auto”; “Cadeira p/ Auto”; “Bebe Conforto”; “Caixa Oneal” e “Caixa Lennox”, por entender que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em relação aos itens, “Caixa Oneal” e “Caixa Lennox”, constato que as autuante, em sede de informação fiscal, depois de examinarem as comprovações carreadas aos autos, acolheram os argumentos do defendente e procederam à exclusão dos valores atinentes às operações com esses itens arroladas no levantamento, por reconhecerem que não se tratam de acessórios automotivos, logo, não são alcançados pelo Protocolo 41/2008. Verifico que as autuantes elaboraram um novo demonstrativo de débito, fl. 188, reduzindo o valor do exigência para R\$1.720,38. Assim, acolho o entendimento das autuantes em relação à exclusão desses itens da autuação.

No tocante a alegação de que as mercadorias “Assentos Automotivas para Crianças”, “Cadeira p/ Auto”; “Bebe Conforto”, arroladas no levantamento fiscal não se encontram enquadradas no regime de Substituição Tributária, também não se sustenta, haja vista ser indubitoso o alcance de todos os acessórios para uso exclusivo em veículos automotores previsto que se encontra expressamente no item 30, do inciso II, do art. 353 do RICMS-BA/97.

Quanto aos itens “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” alegados pela defesa como ausente a previsão específica no regime de substituição tributária, observo que não procede a alegação da defesa, uma vez que o Protocolo ICMS nº 104/09 inclui em seu Anexo Único, bem como a DITRI-SEFAZ já se manifestou sobre a matéria no Parecer 148.222/2011-2, esclarecendo a sujeição desses itens ao regime de substituição tributária.

O autuado informou que detém atual denominação Via Varejo e incorporou a Nova Casa Bahia, e obteve perante o Poder Judiciário, através de Mandado de Segurança nº 0370999-33.2013.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, sentença favorável para suspender a cobrança de ICMS antecipação sobre os itens “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, conforme trecho da sentença que reproduz, matéria que também já foi objeto de autuação no Auto de Infração nº 279462.0001/13-9, lavrado contra o impugnante e julgado pela 2ª JF - ACÓRDÃO JF Nº 0024-02/14 e pela 1ª CJF - ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/14.

Observo que o objeto do Mandado de Segurança, cuja medida cautelar foi deferida pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, determina que o Estado da Bahia suspenda a exigibilidade sobre o crédito tributário relativo às mesmas mercadorias, bem como se abstenha de fazer apreensões de tais mercadorias sob fundamento de não recolhimento do ICMS-ST.

Ressalto que a concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade

posterior, em caso de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

No que concerne à escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA/99 expressamente estabelece, in verbis :

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto.

Verifico no demonstrativo de débito e, fls. 43 a 48, as operações com “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” no período fiscalizado totalizam **R\$242, 60**, [no exercício de 2011 = **R\$42,06**, sendo: outubro - R\$17,72, novembro - R\$14,54 e dezembro R\$9,80 - no exercício de 2012 = **R\$190,11**, sendo: janeiro - R\$17,72, fevereiro - R\$27,34, abril - R\$25,552, maio - R\$49,872, setembro - R\$28,26, outubro - R\$26,72, e dezembro R\$23,48 e no exercício de 2013 em março **R\$10,43**]. Assim, o total da infração 03 R\$1.720,38, fl. 188, apurado pelas autuantes ao procederem a informação fiscal e excluírem o item “Caixa de Som Oneal”, com a exclusão das operações com “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” no valor de R\$242,60, resta remanescente o valor de R\$1.477,78, que correspondem às demais mercadorias arroladas no levantamento fiscal.

Logo, resta evidenciado que as operações atinentes as demais mercadorias no valor de R\$1.477,78, estão sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS.

Estando o processo judicial relacionado ao lançamento do ICMS correspondente às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, sem julgado de Decisão final. Dessa forma, em relação ao mérito da questão, a análise dessas operações no valor de R\$242,60, fica prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Concluo pela subsistência parcial da infração 03 no valor de R\$1.477,78, e prejudicada a defesa em relação às operações com as mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox” em discussão no âmbito do Poder Judiciário, ficando suspensa a exigibilidade do valor remanescente correspondente à R\$242, 60.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 03				
Data Ocorr	Base de Cál.	ALIQ %	Multa %	Valor Histórico
30/04/2011	210,00	17	60	35,70
31/05/2011	135,47	17	60	23,03
30/06/2011	3.647,35	17	60	620,05
31/12/2011	417,71	17	60	71,01
31/01/2012	784,94	17	60	133,44
31/03/2012	347,12	17	60	59,01
30/06/2012	305,35	17	60	51,91
28/02/2012	725,29	17	60	123,30
31/03/2012	181,29	17	60	30,82
30/04/2012	1.938,29	17	60	329,51
			TOTAL	1.477,78

A infração 06 apura a falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas 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 estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas.

A infração 07 imputa a falta recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o sobre a diferença de maior expressão monetária a das operações de entradas - com base na presunção legal que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2011.

Em sede de defesa o autuado se defendeu conjuntamente dessas duas infrações aduzindo que encontrou diversas inconsistências no levantamento quantitativo de estoque e apresentou, por amostragem, a relação de algumas notas fiscais, fls. 113 e 114, e fichas de estoques de alguns produtos arrolados no levantamento, frisando que comprovariam a inconsistência do levantamento fiscal.

Observou que, diante do grande volume de documentos fiscais envolvidos e da exigüidade do tempo concedido para defesa, seria necessário a conversão dos autos em diligência e a concessão de mais prazo para que apresentasse o levantamento de todas as inconsistências.

Esta 3ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 250, para que as autuantes intimassem o defendente a apresentar a comprovação efetiva de todas alegações de inconsistências e equívocos alinhadas em sua defesa.

As autuantes ao apresentarem a conclusão da diligência, informaram que as notas fiscais carreadas aos autos pelo autuado, quando intimado, fls. 259 a 323, com exceção da de nº 16.851, na qual consta item que não resultou em omissão de saídas, constam da escrituração fiscal do impugnante e as cujo item de mercadoria foi apurado omissão de saídas ou de entradas constam do levantamento quantitativo de estoques. Esclareceram

também as autuantes que verificaram na planilha “Dem. Notas Fiscais de Entrada/Omissão de Saídas 2012” e na planilha “Dem. Notas Fiscais de Saída/Omissão de Saídas 2012” não foram listadas as notas fiscais onde o “item de mercadoria” foi agrupado a outro “item de mercadoria”.

Explicaram que, embora na planilha “Dem. Omissões Totais 2012” o “item de mercadoria” tenha sido contado corretamente (considerando os agrupamentos), as planilhas “Dem. Notas Fiscais de Entrada/Omissão de Saídas 2012” e “Dem. Notas Fiscais de Saída/Omissão de Saídas 2012” não listaram as notas fiscais cujo “item de mercadoria” foi agrupado.

Revelaram que o agrupamento do “item de mercadoria” ocorre por uma imposição da Portaria 445/91, quando se verifica a existência de itens com semelhança de código ou semelhança de descrição, com a finalidade de minimizar as diferenças de estoque, pois, embora o contribuinte esteja obrigado a unificar a codificação do produto, nem sempre isso é feito.

Registraram que por uma falha do Sistema de Fiscalização SIAF na geração desses relatórios que listam as notas de entrada e saída do produto, foi ignorado o agrupamento do item, embora a movimentação do item tenha sido computada e demonstrada corretamente no relatório das omissões totais. Asseguraram, que a falha somente ocorreria nos relatórios secundários - “Dem. NF Entradas Omissão Saídas 2012” e “Dem. NF Saídas Omissão Saídas 2012”, ficando os relatórios principais - “Dem. Omissões Totais 2012” e “Dem. Omissões de Saídas 2012”, que indicam quantidade do item, base de cálculo e valor do imposto, de acordo com a real movimentação do “item de mercadoria” ocorrido no período.

Destacou que corrigidas as falhas na geração dos relatórios auxiliares da auditoria de estoques do Exercício 2012, foram geradas novas planilhas cujas cópias seguem em mídia eletrônica (CD) para conhecimento do contribuinte e intimaram o contribuinte a se manifestar quanto a essa Diligência Fiscal concedendo o prazo de sessenta dias, ou seja, reabrindo o prazo de defesa.

Constatou às fls. 380 e 381, que intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o sujeito passivo não se manifestou no prazo regulamentar.

Depois de examinar os demonstrativos de apuração e de débito dessas duas infrações, superada a emissão dos relatórios secundários que detalham todas as notas fiscais, cujos itens foram agrupados resta evidente nos autos que o procedimento fiscal adotado pelas autuantes utilizando o sistema SIAF e consideradas que foram a orientação expressa no art. 13, inciso I e II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Portaria 445/98, constato que restam devidamente configurados o cometimento da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada na infração 06 e o cometimento da omissão de entradas, presunção legal de omissão de saídas na infração 07.

Concluo pela caracterização das infrações 06 e 07.

As Infrações 08 e 09, resultantes do levantamento quantitativo de estoques que apurou as infrações 06 e 07, decorrem da falta de recolhimento do imposto, respectivamente, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária - infração 08 e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária - infração 09.

O sujeito passivo em sua impugnação alegou a existência de bis in dem pelo fato de ter constado a existência dos mesmos itens nos demonstrativos de apuração dessas duas infrações. Em relação específica à infração 09 discordou também da aplicação da MVA na apuração do débito.

As autuantes ao prestarem informação fiscal mantiveram a autuação e esclareceram que ao se constatar a omissão de entradas de mercadorias sujeitas ST por terem sido adquiridas sem documentação fiscal e sem o pagamento do imposto normal e do imposto relativo à substituição tributária é devido o ICMS normal devido por solidariedade e ICMS ST devido por antecipação, tendo em vista que a saída é realizada sem tributação.

Depois de examinar as peças que instruem esses dois itens da autuação, verifico, que não assiste razão ao impugnante em suas razões de defesa, haja vista que resta evidenciado nos autos, como bem explicaram as autuantes a inexistência do alegado bis in dem, uma vez que apurada a omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária foi devidamente aplicada a regra preconizada no art. 10 da Portaria 445/89 e exigido o imposto devido pelo próprio sujeito passivo na condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal solidariedade, conforme prevê a linha “a” do inciso I, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de adicionado previsto no Anexo 88 do RICMS-BA.

No que diz respeito à alegação da defesa de não se pode presumir a antecipação tributária com aplicação da MVA por não ser possível precisar a origem das mercadorias, também não deve prosperar a pretensão da defesa, tendo em vista que o art. 632 do RICMS-BA, em seu inciso VII, presume claramente que, nos casos de

operação sem documentação fiscal, as mercadorias foram postas em circulação, neste Estado, como bem observaram as autuantes em sede de informação fiscal.

Nestes termos, diante do acerto dos procedimentos adotados pela fiscalização que aplicou o roteiro de levantamento quantitativo de estoques em consonância com a legislação aplicável, restam caracterizadas os itens 08 e 09 da autuação.

Concluo pela subsistência das infrações 08 e 09.

No tocante à solicitação do defendente para que as intimações referentes ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, nº 388 - 6º andar - Conjunto 63 - Bela Vista - São Paulo - SP; CEP- 01318-000, em nome de João Alécio Pugina Júnior, OAB/SP nº 175.844, observo que inexistente qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretária deste CONSEF. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar integralmente procedentes as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, procedente em parte a infração 03, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ªJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Ultrapassou a preliminar de nulidade, por entender que o presente Processo Administrativo Fiscal estaria revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF-BA/99, sendo a base de cálculo, o imposto, a multa e apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.
- b) Indeferiu o pedido de perícia contábil, sob o fundamento de que inexistiria nos autos matéria cuja análise dependa de conhecimento especial de técnicos, sendo que todos os elementos necessários à formação da convicção dos membros desta Junta sobre a lide já estariam presentes, coligidos, inclusive, por meio de diligência realizada pelas próprias autuantes;
- c) Quanto à infração 2, concluiu pela sua subsistência, arguindo que somente seria admitido ao Contribuinte se valer de crédito fiscal calculado sobre o imposto efetivamente devido, e que, caso houvesse pagamento indevido de imposto, seria assegurado a restituição daquele valor, e não a utilização indevida de crédito fiscal. Além disso, consignou que o Autuado não teria logrado comprovar que as saídas dos produtos listados nesse item da infração teriam ocorrido sem a redução da base de cálculo. Ademais, quanto ao argumento de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, entendeu a Junta que lhe faltaria competência para julgar tal matéria;
- d) Em relação à parcela subsistente da infração 3, aponta que o Defendente arguiu que as operações com as mercadorias “Assentos Automotivas para Crianças”; “Tampas de Vidro e Pias”; “Booster p/auto”; “Cadeira p/ Auto”; “Bebe Conforto”; “Caixa Oneal” e “Caixa Lennox”, não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária. Destacou a Junta que, o autuante, em diligência teria acatado as alegações defensivas quanto aos produtos “Caixa Oneal” e “Caixa Lennox”, mas que em relação aos demais argumentos de defesa, os mesmos não mereceriam prosperar. Contudo, frisou que os créditos tributários referentes às mercadorias “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, estariam com a exigibilidade suspensa, por força de medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 0370999-33.2013.8.05.0001;
- e) No que tange às infrações 6 e 7, ambas foram analisadas em conjunto. Afirmou que estaria correto o procedimento fiscal adotado pelo autuante, utilizando o sistema SIAF, bem como, respeitando o teor do art. 13, inciso I e II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Portaria nº 445/98, de modo que constatou estarem devidamente configurados o cometimento da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada na infração 6 e o cometimento da omissão de entradas, presunção legal de omissão de saídas na infração 7;
- f) Em relação às infrações 8 e 9, julgou-as subsistentes, haja vista que restaria evidenciada nos

autos, a inexistência de *bis in idem*, uma vez que apurada a omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária foi devidamente aplicada a regra preconizada no art. 10 da Portaria nº 445/89 e exigido o imposto devido pelo próprio sujeito passivo na condição de responsável solidário, bem como porque o art. 632 do RICMS-BA, em seu inciso VII, autorizaria claramente, a presunção, nos casos de operação sem documentação fiscal, de que as mercadorias teriam sido postas em circulação, neste Estado da Bahia.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 419/442)**.

- i. Em relação à infração 2, alegou que as planilhas apresentadas pelo autuante não comprovariam que o recorrente teria se creditado indevidamente. Afirmou que tal alegação, tanto seria verídica que, o recorrente em dois Processos Administrativos semelhantes ao presente, de nºs 279463.0017/14-3 e 279463.0016/14-7, teria tido reconhecida pela nulidade do julgamento da Junta. Seguiu aduzindo que as operações constantes na autuação teriam sido realizadas entre estabelecimentos do próprio recorrente e que, a distinção realizada pelo Fisco, entre estabelecimento remetente e destinatário, teria objetivo claro de dificultar e restringir a utilização do crédito de ICMS recolhido pelo recorrente na operação anterior, bem como que, da redação do *caput* do artigo 25 da LC 87/96, restaria claro que não haveria qualquer óbice, limitação, ou condição para que os estabelecimentos de mesma titularidade do sujeito passivo compensem os saldos credores apurados, desde que tais estabelecimentos estejam localizados no mesmo Estado. Afirmou que tal conteúdo apenas estaria assegurando o direito de compensação assegurado ao Contribuinte pelo art. 155, §2º, I, da CF/88, de modo que não poderia legislação estadual impedir o abatimento, sob pena de inferir em inconstitucionalidade;
- ii. Quanto à infração 3, arguiu que a inclusão os produtos “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia Inox”, no Protocolo ICMS 104/09, estaria equivocada, posto não se tratarem de materiais de construção, sendo que, inclusive, o NCM das referidas mercadorias, não constaria no Anexo Único daquele protocolo. Afirmou restar claro que o Protocolo ICMS 104/09 não se aplicaria a produtos intermediários, mas sim aos que serão utilizados diretamente na Construção Civil. No tocante aos produtos “Assentos Automotivas para Crianças”; “Booster p/auto”; “Cadeira p/ Auto”; “Bebe Conforto”; apontou que o NCM dos mesmos não estaria no Anexo do protocolo 104/09, e que, por força da cláusula primeira daquele, somente os produtos listados no Anexo Único é que estariam sujeitos à ST;
- iii. No tocante aos itens 6 e 7 do lançamento, esclareceu, inicialmente que, as diferenças apontadas pela fiscalização após análise detida do recorrente em sua documentação, seriam originárias de transferências para filiais, que inclusive teriam recolhimento do ICMS quando aplicável. Requereu, em razão da grande quantidade de itens apontados pela fiscalização, que fosse concedido prazo suplementar para que o recorrente pudesse levantar os documentos fiscais capazes de comprovar a regularidade fiscal no período fiscalizado, ou mesmo, que fossem os autos baixados em diligência para verificar o alegado;
- iv. Em relação às infrações 8 e 9, arguiu não existir operações subsequentes, no caso em comento, posto que as mercadorias teriam sido transferidas do Centro de Distribuição da Empresa para estabelecimento da próprio recorrente. Ademais alegou que o Fisco estaria incorrendo em *bis in idem*, tendo em vista que as mesmas mercadorias constantes em diversas planilhas apresentadas pelo autuante.

VOTO

O Sujeito Passivo reconheceu integralmente as infrações 1, 4 e 5, além de reconhecer parcialmente a infração 3, de modo que a lide subsiste apenas em relação aos itens de nº 2, 3, 6, 7, 8 e 9.

Em sede de Recurso Voluntário o contribuinte basicamente repete as razões de insurgência

apresentadas nas impugnações, as quais já foram devidamente enfrentadas.

Inicialmente, no que se refere aos inúmeros argumentos de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, esta CJF não possui competência para enfrenta-los.

Quanto à infração 2, é exigida a utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais.

A imputação decorreu da glosa dos créditos fiscais nas entradas, no estabelecimento autuado, de produtos de informática na proporção da redução da base de cálculo estatuída pelos incisos V e XLIV do RICMS-BA/97 e pelos incisos XIII e XXXIV do art. 266 do RICMS-BA/12.

O Recorrente em suas razões de insurgência sustentou que a autuação ofendeu ao princípio da não cumulatividade e seu direito objetivo ao crédito tributário, bem como, ocorrera enriquecimento ilícito do Estado em seu desfavor.

No seu Recurso assim se manifesta:

“O Estado da Bahia AFIRMA que as saídas das mercadorias ocorreram com a alíquota reduzida. Na análise das planilhas apresentadas, não existe qualquer comprovação de que isto tenha ocorrido.

O que existe é uma planilha de cálculo COBRANDO ICMS sem menção ao Sintegra ou apresentação das Notas Fiscais, prova esta que cabe ao Ente Público comprovar.

A PLANILHA NÃO PROVA QUE O RECORRENTE SE CREDITOU INDEVIDAMENTE !!!”

Ora, entendo que o Recorrente está completamente equivocado. Primeiro porque não se afirma que as saídas se deram com alíquota reduzida, mas sim que a legislação estadual aplica alíquota reduzida na saída dos respectivos produtos de informática e, exatamente por isso, que o direito ao crédito é proporcional.

Ademais, o Recorrente não nega a ocorrência das entradas que embasaram o respectivo lançamento.

É patente que somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado. Esta é uma premissa legalmente estatuída no §5º do art. 93, do RICMS-BA/97 e no §7º do art. 309, do RICMS-BA/12. Portanto, caso ocorra pagamento indevido do imposto pelo remetente a ele é assegurado o direito de restituição, no entanto, é vedado ao estabelecimento destinatário utilizar o crédito fiscal destacado a mais.

Por sua vez, quanto à alegação de que as saídas realizadas com os referidos produtos ocorreram sem a redução da base de cálculo, não merece acolhimento, haja vista que, além de se tratar de mera alegação, a redução da base de cálculo nas operações internas, consoante previsão legal é uma imposição e não uma opção do remetente de produtos de informática.

Outrossim, a Fazenda não precisa provar que as saídas ocorreram com alíquota reduzida pois tal fato não é objeto do lançamento. Não pode o autuado adotar critério próprio de apuração do imposto sem amparo legal.

Se o referido produto é sujeito a alíquota inferior à interna o aproveitamento do crédito tem que ser proporcional e, caso o contribuinte efetive saída com débito em valor superior ao devido, cabe a ele efetuar o pedido de restituição.

No tocante ao argumento de que ocorrera ofensa ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no inciso I, do §2º, do art. 155, da CF/88, ressalto que falece competência a este Órgão julgador o trato de matéria de cunho constitucional e do direito posto, consoante previsão expressa dos incisos I e III, art. 167, do RPAF-BA/99.

Entendo ser subsistente a infração 2.

Quanto à infração 3, ela trata da utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme demonstrativos acostados às fls. 42 a 48.

Como bem asseverado pela JJF, *a imputação se fundamenta na previsão estatuída pelo art. 356*

do RICMS-BA/97 que veda a utilização do crédito fiscal pelo adquirente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. O autuado efetuou o recolhimento de R\$966,72, fl. 202.

A JJF após exclusão de alguns itens, com acatamento parcial da defesa do contribuinte, manteve a exigência em relação às operações com “Assentos Automotivas para Crianças”; “Tampas de Vidro e Pias”; “Booster p/auto”; “Cadeira p/ Auto”; “Bebe Conforto”.

O Recorrente mantém sua insurgência por entender que os respectivos produtos não estão sujeitos à substituição tributária.

Ocorre que as mercadorias “Assentos Automotivas para Crianças”, “Cadeira p/ Auto”; “Bebe Conforto” e “Booster p/ auto”, tratam-se de acessórios para uso exclusivo em veículos automotores, previstos expressamente no item 30, do inciso II, do art. 353 do RICMS-BA/97.

Quanto aos itens “Tampo de Vidro” e “Tampo para Pia inox”, a DITRI-SEFAZ já se manifestou sobre a matéria no Parecer nº 148.222/2011-2, esclarecendo a sujeição desses itens ao regime de substituição tributária.

Entretanto, tendo em vista o ajuizamento de ação judicial questionando a cobrança quanto a tais itens, acertada a Decisão da JJF que considerou a defesa prejudicada quanto a estes produtos, posição com a qual me coaduno.

Ressalto ainda que a concessão de medida liminar no caso concreto é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nada impedindo que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de Decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

Assim, entendendo que não há o que se alterar na Decisão de piso, mantenho a procedência parcial da Infração 3.

Quanto às Infrações 6 e 7, a 3ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 250, para que as autuantes intimassem o defendente a apresentar a comprovação efetiva de todas alegações de inconsistências e equívocos alinhadas em sua defesa.

As autuantes esclareceram que em razão de falhas no sistema SIAF precisaram ajustar o levantamento fazendo alterações quantitativas e intimaram o contribuinte a se manifestar quanto a essa Diligência Fiscal concedendo o prazo de sessenta dias, ou seja, reabrindo o prazo de defesa.

Entretanto, intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o Recorrente não se manifestou no prazo regulamentar.

Agora em sede de Recurso o contribuinte permanece aduzindo que ocorreram erros internos e que, face ao curto espaço de tempo não conseguiu levantá-los de forma adequada:

De toda forma, pela grande quantidade de itens apontados pela fiscalização, e não tendo sido concedidos os prazos inerentes no Auto de Infração, deve este Egrégio Conselho conceder à Recorrente prazo suplementar para levantar os documentos fiscais que comprovem a regularidade fiscal do período fiscalizado, seja por mera juntada de documentos, seja por prova pericial.

A Fiscalização alega que o recorrente tem a obrigação de manter atualizado seu estoque e que os anos cobrados são de 2011 e 2012, quando o lançamento foi realizado em 2014.

Ora Eméritos Julgadores. Isto não é um argumento relevante. Não é simples otimizar 100% de toda a operação de uma Empresa que atua em quase todos os Estados da Federação.

Do exposto acima, bem como pela documentação acostada aos autos, justifica-se, sem sombra de dúvidas, a conversão do julgamento em diligência, caso não se decida pela nulidade do presente Auto de Infração.

O fato é que passados mais de 2 anos da lavratura do presente Auto de Infração o Recorrente permanece aduzindo que não teve tempo suficiente para levantar os dados necessários para elidir o lançamento.

Outrossim, o fato de o contribuinte ser uma grande empresa do varejo o coloca em posição privilegiada a diversos outros contribuintes uma vez que, em que pese seja justificável a

ocorrência de erros na sua atividade, ela tem porte financeiro e capacidade de apurar os dados necessários para embasar sua insurgência.

Por sua vez, tratando-se as infrações de levantamento quantitativo e, sendo, portanto, matéria eminentemente fática, o contribuinte não logrou êxito em elidir as exigências.

Ademais, indefiro o pedido de diligência uma vez que o Recorrente permanece alegando erros de forma genérica, e entendendo restarem presentes nos autos os elementos suficientes para minha convicção.

Mantenho a Decisão recorrida quanto às Infrações 6 e 7.

No que se refere às Infrações 8 e 9 (resultantes do levantamento quantitativo de estoques que apurou as infrações 6 e 7), decorrem da falta de recolhimento do imposto, respectivamente, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária - infração 8 e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária - infração 9.

O sujeito passivo em sua impugnação e agora em Recurso alegou a existência de *bis in idem* pelo fato de ter constado a existência dos mesmos itens nos demonstrativos de apuração dessas duas infrações. Em relação específica à infração 9 discordou também da aplicação da MVA na apuração do débito.

A legislação estadual prevê que ao se constatar a omissão de entradas de mercadorias sujeitas a ST por terem sido adquiridas sem documentação fiscal e sem o pagamento do imposto normal e do imposto relativo à substituição tributária é devido o ICMS normal por solidariedade e ICMS ST devido por antecipação, tendo em vista que a saída é realizada sem tributação.

Assim, não existe o alegado *bis in idem*, uma vez que apurada a omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária foi devidamente aplicada a regra preconizada no art. 10 da Portaria nº 445/89 e exigido o imposto devido pelo próprio sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme prevê alínea “a” do inciso I, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previsto no Anexo 88 do RICMS-BA.

Quanto à alegação de não se pode presumir a antecipação tributária com aplicação da MVA por não ser possível precisar a origem das mercadorias, também não deve prosperar a pretensão da defesa, tendo em vista que o art. 632 do RICMS-BA, em seu inciso VII, presume claramente que, nos casos de operação sem documentação fiscal, as mercadorias foram postas em circulação, neste Estado, como bem observaram as autuantes em sede de informação fiscal.

O Recorrente permanece insistindo que as operações ocorreram em transferência do seu centro de Distribuição de Camaçari:

“Não existe operação subsequente conforme defende a fiscalização !!! Não se pode presumir operações subsequentes com venda a consumidor final !!!

*Assim, as mercadorias foram transferidas do Centro de Distribuição para a Loja. Não se trata de uma operação com terceiro mas sim de empresas do próprio estabelecimento **dentro do território Baiano.***

Toda a legislação colacionada pela Fiscalização se refere a presunção de aquisição de terceiro. Não é o caso !!! A operação é de transferência e o Estado da Bahia sabe disto !!!

Entretanto, tratando-se de diferença de estoque o art. 632 do RICMS-BA, em seu inciso VII, presume claramente que, nos casos de operação sem documentação fiscal, as mercadorias foram postas em circulação, neste Estado.

Ademais, tendo em vista o recebimento de mercadorias sem os respectivos documentos fiscais, não há como dar validade aos argumentos recursais.

Concluo pela subsistência das infrações 8 e 9.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **298932.0003/14-0**, lavrado contra **NOVA CASA BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$192.248,04**, acrescido das multas de 60% sobre R\$95.909,68 e 100% sobre R\$96.338,36, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento da obrigação acessória, no valor de **R\$2.093,33**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS