

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0001/14-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e L.I.R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (RICARDO ELETRO)
RECORRIDOS - L.I.R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (RICARDO ELETRO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0129-01/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0247-11/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Entradas não declaradas. 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. Incabível a compensação de crédito fiscal. Infração subsistente. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** Demonstrativos analíticos e sintético detalham as quantidades de mercadorias movimentadas e registradas em livros e documentos fiscais. Não comprovada as alegações de furtos, roubos ou perdas. Infração caracterizada. **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.** A base de cálculo foi apurada em função da diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS, no caso a omissão de saídas. Caracterizado falta de pagamento do imposto relativo a saída de mercadoria de estabelecimento. Infração subsistente. Mantida a Decisão pela procedência das infrações 1, 2, 3 e 4. **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 vedada a utilização de 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. Mantida a Decisão pela procedência das infrações 5, 6 e 7. **3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL.** Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo sem contabilização do retorno dentro do prazo estabelecido na legislação do imposto, caracteriza saída em caráter definitivo com incidência do imposto. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** O contribuinte na condição de signatário do Termo de Acordo previsto pelo Decreto nº 7.799/99, perdeu o benefício fiscal de calcular o imposto utilizando-se da carga tributária de 12% e não 17%. 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. Não acolhidas outras alegações de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 09/09/14 acusa o cometimento de dez infrações, totalizando o valor de R\$3.532.750,86, sendo objeto Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, o valor integral exigido na infração 10, em razão da Decisão proferida no Acórdão nº JJF 0129-01/15 (fls. 356/371), consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às infrações 1 a 9, julgadas Procedentes, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento, conforme abaixo transcritas:

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 (2010) - 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 (2010) - R\$92.263,70, acrescido da multa de 60%. Omissões de entradas de: aparelho celular, simcard (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 (2011) - 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 - R\$429.355,71, acrescido da multa de 100%;

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais (2010) - R\$437.150,11, acrescido da multa de 60%. 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 (2010, 2011, 2012) - R\$372.539,38, acrescido da multa de 60%. Remessa para conserto produtos que não tiveram retorno usando os CFOPs 5915 e 6915, com 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 (2010) - 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 (2010) - 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 (2010) - R\$69.371,02, acrescido da multa de 60%. 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 (2010) - R\$640.943,79, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte deixou de estornar ICMS nas entradas simbólicas para ressarcimento do IPI.

Na Decisão proferida pela primeira instância, inicialmente foram afastadas as preliminares de nulidades pertinentes às infrações 1 a 9, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa e ausência de requisitos legais, apreciando que não houve afronta às garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia, tendo em vista que as descrições das infrações e os seus complementos são claras, apresentando motivo e a motivação do lançamento, não merecendo qualquer reparo.

Também afastada foi a nulidade sob alegação de que houve ausência de indicação do local em que o PAF se encontrava, por constar expressamente no corpo do Auto de Infração.

No mérito apreciou que:

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, cumpro-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.

Com relação à infração 10, acolheu o pedido de nulidade arguida, fundamentando que o lançamento não traz a segurança e certeza indispensáveis à sua validação, com o seguinte teor:

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.

Votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 383 a 419), o recorrente comenta as infrações, a impugnação, o julgamento e diz que apontou vícios na constituição do lançamento, que prejudicaram o exercício do contraditório (art. 2º do RPAF/BA e art. 5º, LV, da CF 88), o que culmina na nulidade da autuação, nos termos do art. 18, II do citado RPAF/BA, preterindo o direito de defesa, o que não foi atendido.

Exemplifica a ocorrência de 30/12/10 (infração 1) que indica base de cálculo de R\$3.652.243,88 e ICMS exigido de R\$616.291,46, que não consta na contabilidade e *“a diferença apontada aparece apenas com um número global, sem qualquer referência e NÃO PERMITE ENCONTRAR A BASE DE CÁLCULO!”*.

Manifesta que a base de cálculo aparece como valor global e teve que ser explicado posteriormente que foi obtida por meio de planilhas, o que efetivamente impediu o exercício do direito de defesa, nos termos do art. 39, IV, do RPAF/BA.

Também que no Auto de Infração não há indicação do local onde este estaria disponível para averiguação, impossibilitando verificar as diversas situações, bem como a ausência de Anexo referente à infração 2, o que contraria o disposto no art. 28, §4º e 39, VIII do RPAF/BA, que prevê a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento/defesa.

E ainda, os em relação aos documentos fiscais obtidos junto aos fornecedores, não os possui, e não tendo acesso aos autos, lhe foi cerceado o exercício do direito de defesa.

No mérito, quanto a infração 1, argumenta que além da nulidade invocada (base de cálculo), afirma que não foi reconhecido o direito ao creditamento do ICMS pela entrada, conforme previsto no art. 20 e seguintes da LC 87/96, e garantia assegurada na LC 102/00, c/c o art. 155, §2º da CF/88.

Requer que do eventual débito apurado, seja deduzido o crédito fiscal previsto no art. 93 da Lei nº 7.014/9 [RICMS/97].

Relativamente às infrações 2, 3 e 4, afirma que *“não é possível identificar quais mercadorias foram identificadas como sendo omissas na entrada”*, e que, nestes casos, é essencial indicar os itens da *“diferença apontada para identificar transferências, furtos, perdas, extravios, etc”*.

No que tange à infração 5, relativa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado em documento fiscal, identificou que se trata de operações de *“REMESSA POR CONTA E ORDEM A TERCEIRO”*, cuja previsão contida nos artigos 411 a 414 do RICMS/97, tratam dos procedimentos e reconhecimento da remessa por conta e ordem de terceiros.

Alega que, na situação presente, adquire produtos de fornecedores situados na região da Zona Franca de Manaus (ZFM), gerando crédito fiscal de 12% (art. 93, §§ 6º e 7º do RICMS/97), entretanto, as mercadorias são remetidas para Armazéns Gerais situados nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, e a fiscalização tendo verificado que os produtos *“vinham de São Paulo ou Rio de Janeiro glocou parte do crédito, reduzindo-o em 5%”*.

Afirma que o importante é que a mercadoria foi adquirida no Estado do Amazonas, o que lhe assegura o crédito fiscal de 12% e é equivocado o entendimento manifestado pela fiscalização.

Transcreve a resposta do Parecer nº 00793 e a ementa do Parecer nº. 08882/2010, ambos proferidos pela SEFAZ/BA, e requer o cancelamento desta infração e multa na sua integralidade.

Com relação à infração 6, que acusa utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o Ativo Permanente, argumenta que:

- a) Qualifica os bens como ativo, conforme assegurado no art. 20, § 5º, 33, III, da LC 87/96 (alterado pela LC 102/00 e art. 155, § 2º, I da CF88);

b) Que é imprecisa a descrição em “utilizar indevidamente crédito fiscal do ICMS” já que os bens do ativo geram direito ao crédito e que na pior das hipóteses, o percentual já realizado dentro da autorização legal de 1/48, não pode ser considerado como indevido.

Afirma que existe um problema de erro na autuação sobre o qual a JJF não se manifestou, visto que embora tenha utilizado de forma antecipada/indevidamente, não causou dano.

Afirma que foram relacionadas notas fiscais a partir de outubro/2004, perfazendo período de 36 meses em que poderia ocorrer o creditamento e, cujo direito ao creditamento deve ser concedido.

Quanto à infração 7, (antecipação parcial), prevista no art. 352-A do RICMS/BA/97, argumenta que embora não tenha efetuado o pagamento, escriturou, tributou e recolheu normalmente o ICMS nas operações subsequentes.

Argumenta ainda, que muitas notas fiscais se referem a aquisição de bens destinados ao *ativo fixo* (equipamentos, impressoras fiscais), que não há incidência do ICMS antecipação parcial por não se tratar de aquisição de bens destinados a comercialização. Requer a improcedência desta infração.

Relativamente à infração 8, afirma que a fiscalização acusa de “*não recolher antecipada e parcialmente o ICMS relativo à aquisição interestadual de aparelhos de telefonia celular*” em conformidade com o disposto no art. 352-A do RICMS/97.

Contesta que o art. 352-A, §1º, III do RICMS/97, excetua a incidência do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária que encerre a fase de tributação, ou que se aplica aos produtos que foram objeto da autuação, que é o caso dos aparelhos de telefonia celular, consoante art. 353, item 35, II do do RICMS/BA/97.

Requer que a infração seja declarada nula ou improcedente. Questiona a informação do autuante de que outro AI foi inscrito em Dívida Ativa em 15/07/10, sem indicar qual o número.

No que se refere à infração 9 (utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado em documento fiscal), afirma que “*Primeiramente, não há o anexo 09*”.

Questiona como foi encontrado o valor indicado na autuação, quais mercadorias apurou-se ICMS a maior e “*como se chegou a base de cálculo de R\$16.709,58?*” *espera que a improcedência reconhecida pela Junta seja mantida, pois não é devida antecipação parcial em bens de substituição.*

Finaliza afirmando que não havendo elementos é “*impossível a realização e defesa*”.

Quanto à infração 10, afirma que no início da fiscalização estava efetuando ajustes de lançamentos de notas fiscais de ativo, que por erro no sistema não haviam sido escrituradas, o que foi demonstrado e autorizado pela fiscalização, incluindo 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 dizeres reproduzidos à fl. 406, referente aos exercícios de “2004 a 2006”. Afirma que apesar de autorizado (estorno – agosto 2005; crédito de atacadista Decreto nº 7.799/00; antecipação parcial – na data do pagamento e outros créditos – OCORRE QUE AS MESMAS SE DERAM NO MESMO DIA, QUAL SEJA, 28/11/207”.

Aduz apesar da autorização expressa para refazimento do livro, foi negada a autorização o que vai de encontro ao princípio da moralidade administrativo e razoabilidade, já que cancelou o livro para antender a determinação do autuante.

Frisa que, a cópia do livro cancelado, demonstrará que “*grande parte dos créditos que o autuado possuiu e que não foram lançados*”.

Argumenta que a 1ª JJF questiona a não juntada do livro, porém os fiscais não reconheceram o direito que foi concedido de refazer os livros, ao afirmarem que reconhecem apenas um livro e não reconhecem apresentação de livros fiscais diversos do que já existiam.

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, foi desconsiderado os não lançamentos de créditos.

Assevera que a cópia do “*livro cancelado juntado*”, demonstrará que grande parte dos créditos que possuiu não foi lançado e o questionamento foi pela Junta de Julgamento Fiscal é simples, ou seja, na manifestação a fiscalização não reconheceu o direito concedido de refazer os livros fiscais, não considerando a apresentação de livros fiscais diversos do que existiam.

Argumenta que diante desse quadro “*não foram apresentados, o que se faz agora com fulcro no § 5º, art. 123 do RPAF/99*”, cujo teor transcreveu à fl. 409.

Salienta ainda, que 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.

Observa que de junho a dezembro de 2005 NÃO HÁ NENHUM LANÇAMENTO COMO “OUTROS CRÉDITOS” e questiona por quê, sem qualquer antecipação “*Tudo se deve ao livro que foi refeito*”.

Ressalta que no final da planilha (anexo VI - infração 7) foi observado que está exatamente como estão escriturados nos livros do ICMS em suas “*versões apresentadas, haja vista nenhum livro fiscal pode ser alterado sem a anuência e comprovação prévia do órgão competente*”.

Alega que queria exibir os livros, como expressou na sua defesa e não o fez pelas razões já demonstradas, “*mas que junta nesta oportunidade*”. Requer anulação do 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”*.

Discorre sobre as multas aplicadas, jurisprudência, teses doutrinárias e ressalta que multas que ultrapassem o percentual de 50% são consideradas abusivas, confiscatórias e inconstitucional, o que vai de encontro ao princípio da moralidade que deve nortear a administração pública.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração, no mérito, a sua improcedência, concessão do crédito, nas infrações que eventualmente poderão ter imposto a ser recolhido e cancelamento da multa aplicada.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 449/456, inicialmente comenta as nulidades suscitadas e afirma no caso em apreço, a descrição das infrações, demonstrativos e planilhas (infrações 1, 2, 3 e 4) possibilitou exercer o contraditório, inexistindo o cerceamento do direito de defesa invocado.

Da mesma forma, com relação a indicação do local que se encontra o PAF e acesso aos demonstrativos e levantamentos, afirma que os elementos contidos no processo demonstram que a indicação da inspetoria fazendária se encontra no corpo do Auto de Infração.

No mérito, afirma que as alegações recursivas são genéricas, a exemplo de ausência de base de cálculo as quais estão contidas nos demonstrativos de fls. 10 a 26 e média à fl. 123.

Da mesma forma, com relação as infrações 2, 3 e 4, os demonstrativos estão acostados às fls. 28 a 30 (infração 2), fls. 32/46 (infração 3) bem como não foram especificados as operações de transferência, furto, perda e extravio.

Com relação a infração 5, afirma que conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, na planilha à fl. 65 foram relacionadas as notas fiscais com o CFOP 2923, com alíquota correta de 7% cuja origem é do Estado de São Paulo.

No que se refere à infração 6, afirma que não há imprecisão alegada da descrição da infração

relativo a utilização de crédito fiscal na aquisição de bens do ativo, visto que isso não faz nenhum sentido, e sim que houve falta de recolhimento de ICMS relativo a operações tributáveis, como não tributáveis, que deram saídas para conserto ou reparo e não retornaram.

Da mesma forma, não há sentido na alegação da infração 7, de que não houve falta de ICMS antecipação parcial e sim utilização indevida de crédito fiscal relativo a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação, previsto no art. 97, IV, “b” do RICMS/97.

Quanto à infração 8, também há um equívoco no argumento apresentado de que não antecipou parcialmente o ICMS relativo a aquisições de aparelhos de telefonia celular e sim que em razão de ter sido inscrito débito em Dívia Ativa (Auto de Infração nº 115484.0007-08/7), automaticamente perdeu o benefício fiscal previsto no Termo de Acordo de Atacadista, regulamentado pelo Decreto nº 7.799/00.

No que se refere à infração 9, alegando inexistência do anexo 9, efeito da multa confiscatória, informa que o mesmo se encontra às fls. 111/112, 330 e 335 (gravado na mídia em CD).

Quanto a multa, a mesma é prevista na Lei nº 7.014/96 e não cabe na seara administrativa discutir o caráter exarcebado da imputação.

Por fim, com base no art. 138 do COTEB c/c o art. 118, I do RPAF/BA, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício que desonerou o valor exigido total da infração 10, acolhendo o pedido de nulidade, por falta de segurança no lançamento.

A infração acusa que o sujeito passivo deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, fazendo constar na descrição dos fatos que o “*contribuinte deixou de estornar ICMS nas entradas simbólicas para ressarcimento do IPI*”, totalizando R\$640.943,79 com data de ocorrência em 31/05/10.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que não sabia quais as entradas ou notas fiscais o Fisco acusou, e requereu a sua nulidade (fl. 169).

Na informação fiscal (fl. 340) o autuante esclareceu que o governo federal decretou redução de alíquota de IPI com efeito retroativo e o estabelecimento autuado emitiu notas fiscais de saídas simbólicas com destaque do ICMS e em seguida recebeu notas fiscais de devoluções, também com destaque de ICMS dos seus fornecedores.

Afirmou que as saídas simbólicas nos meses de fevereiro e março geraram estornos de débitos totalizando R\$790.783,21 conforme documentos de fls. 331/332 e nos meses de abril e maio as devoluções geraram estornos de créditos totalizando R\$640.943,79, de acordo com os documentos acostados às fls. 333/334 o que resultou em recolhimento a menos de R\$640.943,79 (fl. 114).

A 1ª JJF declarou a nulidade desta infração, fundamentando que a autuação foi feita de modo equivocada e, “*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*”, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que o demonstrativo de fl. 114 indica montante de estorno de entradas nos meses de abril e maio totalizando R\$149.839,42 e estorno de saídas nos meses de fevereiro e março com montante de R\$790.783,21, seguido de um demonstrativo das saídas por notas fiscais (janeiro, fevereiro, setembro, outubro e dezembro/10 – fls. 115/118) e demonstrativo das entradas por notas fiscais.

Na defesa (fls. 331/335), o sujeito passivo juntou cópia do livro RAICMS indicando os valores de estorno de crédito e estorno de débito escriturados no período fiscalizado.

Dessa forma, constato que a descrição da infração deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referentes as operações escrituradas nos livros fiscais próprio, demonstrativo (fl. 114) e relação de notas fiscais que engloba até período não fiscalizado (setembro, outubro/2010), torna insegura a caracterização da infração e dificulta ao exercício do contraditório.

Consequentemente, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, entendo que foi correta a Decisão proferida pela primeira instância declarando a nulidade da infração 10.

No que se refere ao Recurso Voluntário, observo que o recorrente, na sua quase totalidade, reapresentou os argumentos contidos na impugnação inicial, já apreciados na Decisão ora recorrida.

Quanto a infração 1, alegou que não foi reconhecido o direito ao creditamento do ICMS pela entrada e pediu que seja deduzido o crédito fiscal previsto no art. 93 da Lei nº 7.014/9 [RICMS/97].

Conforme apreciado na Decisão da primeira instância, a exigência fiscal decorre da apuração, de omissão de entradas de mercadorias, tendo sido exigido o ICMS por meio de presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96). Neste caso, a presunção legal é de que o sujeito passivo não tendo contabilizado as entradas de mercadorias, efetuou os pagamentos com Recursos financeiros [receita de vendas] de operações anteriores e que também não foram contabilizadas.

Consequentemente, conforme apreciado, não cabe o creditamento do imposto na forma requerida pelo recorrente. Fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 1.

No que se refere às infrações 2, 3 e 4, o sujeito passivo alega *não ser possível identificar quais mercadorias foram identificadas como sendo omissas*.

Ressalto que a infração 4 trata de omissão de saída de mercadorias apurada no exercício de 2010 (fls. 48 a 62) e a infração 3, refere-se a omissão de saída de mercadorias apurada no exercício de 2011 (fls. 31 a 46).

Com relação a estas infrações, as diferenças apuradas foram feitas em demonstrativos analíticos juntados aos autos, que indica, por produto, as quantidades registradas do estoque inicial, das entradas (compras, transferências ...), estoque final e saídas com emissão de documentos fiscais, tudo conforme documentos fiscais do próprio estabelecimento autuado. Em seguida, as quantidades apuradas nos demonstrativos analíticos foram transportadas para os demonstrativos sintéticos. Nestes casos, cabe ao sujeito passivo indicar possíveis erros na computação dos dados dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, e apresentar as provas correlatas para elidir o lançamento. Por isso, não pode ser acolhido o argumento de que não foi identificado operações de “*transferências, furtos, perdas, extravios, etc*”.

Já à infração 2, acusa falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, relativo a omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Da mesma forma, os demonstrativos indicam as quantidades de mercadorias em estoques (inicial e final), de entrada e de saídas, quantificando o montante de entradas não registradas (fls. 27 a 30).

Como estas mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária (celular, simcard e bicicletas), foi adicionado a Margem de Valor Agregado (MVA), apurado a base de cálculo e o ICMS ST devido, que foi exigido.

Caberia ao recorrente identificar possíveis inconsistências no levantamento fiscal e apresentar as provas cabíveis, para tentar elidir a acusação. Como nada foi apresentado, implica em simples negativa de cometimento da infração, o que à luz do art. 143 do RPAF/BA não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Fica mantida a Decisão pela Procedência das infrações 2, 3 e 4.

Relativamente à infração 5 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao

destacado em documento fiscal), o recorrente alega que adquiriu produtos de fornecedores situados na região da ZFM, que foram remetidas por Armazéns Gerais situados nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, mas que o crédito fiscal é de 12% e equivocada a exigência fiscal.

Constato que conforme apreciado na Decisão proferida pela 1ª JJF, o estabelecimento autuado calculou e lançou a crédito fiscal, duas vezes os valores correspondentes à mesma mercadoria.

Constato que no demonstrativo de fl. 65, o sujeito passivo calculou e lançou o ICMS das notas fiscais emitidas pelo Armazém Geral (CFOP 2102) e também das entradas das notas fiscais de venda, com o CFOP 2923. Tomando por exemplo, a Nota Fiscal nº 111678 indica entrada no dia 26/05/10 com crédito de R\$6.654,48 e também utilização de crédito pelo mesmo valor com a Nota Fiscal nº 20361 com creditamento no mesmo valor.

Observo que a Nota Fiscal de nº 33425 (fl. 66) relativo a venda de produção com saída de armazém geral (fl. 66), não tem destaque de ICMS, entretanto no demonstrativo de fl. 65 foi indicado que foi apurado e lançado crédito fiscal correspondente de R\$6.554,32.

Pelo exposto, está correta a apreciação da Decisão, que fica mantida pela Procedência da infração 5.

No tocante à infração 6 (prática de operações tributáveis como não tributáveis), o recorrente alega que qualifica os bens do ativo permanente em conformidade com a legislação tributária (art. 20, § 5º e 33, III, da LC 87/96) e que a descrição da infração é imprecisa, visto que geram direito ao crédito fiscal em 48 parcelas mensais, conforme conteúdo do Recurso às fls. 400 a 403.

Na realidade a infração 6, acusa exigência do ICMS relativo a operações de remessa de mercadoria para conserto ou reparo, conforme demonstrativos acostados às fls. 71 a 96, mas que não registrados os retornos, sendo exigido o imposto a título de saída em caráter definitivo.

A 1ª JJF fundamentou que não tendo comprovado o retorno das mercadorias que foram enviadas para conserto, sem tributação do ICMS, foi correta a exigência fiscal.

Pelo exposto, considero prejudicada a apreciação do Recurso com relação a esta infração, em razão de inexistência de correlação entre o fato ocorrido que deu motivação a infração e o fato invocado no Recurso interposto. Fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 6.

Quanto à infração 7, o recorrente alega que embora não tenha pago o ICMS antecipação parcial, prevista no art. 352-A do RICMS/BA/97, escriturou, tributou e recolheu normalmente o ICMS nas operações subsequentes. E ainda, que algumas aquisições foram de bens destinados ao *ativo fixo* (equipamentos, impressoras fiscais), que não há incidência do ICMS antecipação parcial.

Na realidade, a infração 7, acusa utilização indevida de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e não a antecipação parcial.

Nos demonstrativos de fls. 98 a 105 foram relacionados celulares, velotrol, CD, simcard, caixas acústicas, bicicletas, que são produtos enquadrados no regime de substituição tributária e conforme apreciado na Decisão ora recorrida, em se tratando de mercadorias que o ICMS-ST devido por antecipação encerra as fases subsequentes de tributação, é vedado a utilização do crédito fiscal, conforme disposto no art. 97, IV, “b”, do RICMS/BA/97.

Da mesma forma que a apreciação feita com relação a infração anterior, fica prejudicada a apreciação dos argumentos recursivos, visto que não apresentam correlação com o fato que motivou a exigência fiscal. Também, correta a Decisão proferida na primeira instância, que fica mantida pela Procedência da infração 7.

Quanto à infração 8, o recorrente alega que a fiscalização acusa de “*não recolher antecipada e parcialmente o ICMS relativo à aquisição interestadual de aparelhos de telefonia celular*” (fls. 410 a 413), porem o art. 352-A, §1º, III do RICMS/97, excetua a incidência do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária que encerre a fase de tributação (celular - art. 353, item 35, II do do RICMS/BA/97).

Requer a nulidade da infração e questiona a informação do autuante de que outro AI foi inscrito em Dívida Ativa em 15/07/10, sem indicar qual o número.

Na realidade a infração acusa recolhimento a menos do ICMS-ST relativo a aquisições de produtos enquadrados no regime de substituição tributária (fls. 97 a 105 – celular).

Quanto a nulidade suscitada, observo que a infração foi descrita de forma clara, com indicação nos demonstrativos dos valores das mercadorias, adição da MVA, apuração da base de cálculo do ICMS-ST, cálculo do imposto devido com dedução dos valores recolhidos, bem como indicou o enquadramento legal (art. 371 e 61 do RICMS/97) e enquadramento da multa (art. 42, III da Lei nº 7.014/96). Portanto, preenche todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA, motivo pelo qual fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, a Decisão ora recorrida fundamenta que na condição de signatário do Termo de Acordo previsto pelo Decreto nº 7.799/99, o estabelecimento autuado teve débito decorrente de Auto de Infração inscrito em Dívida Ativa (extrato à fl. 110), a partir de 15/07/10, passando a aplicar o percentual de 17% no cálculo do ICMS-ST.

Portanto, não existe coerência quanto ao argumento de que não poderia ser exigido o ICMS antecipação parcial relativo a mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Também, a cópia espelho do sistema de Informações do Contribuinte (INC) acostado pela fiscalização à fl. 110, comprova a inscrição do Auto de Infração nº 115484.0007-08/7 em 15/07/10 e o recorrente não apresentou nenhuma prova em contrário, o que resultou no cancelamento do benefício fiscal (art. 107-C, III do RPAF/BA).

Pelo exposto, não merece qualquer reparo a Decisão proferida pela 1ª JF, pela Procedência da infração 8.

Com relação à infração 9, o recorrente alega que “*Primeiramente, não há o anexo 09*”, questiona “*como se chegou a base de cálculo de R\$16.709,58?*”, o que tornou “*impossível a realização e defesa*”.

Conforme apreciado na Decisão da primeira instância (fl. 370) foi fundamentado que:

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.

De acordo com o que foi apreciado na Decisão ora recorrida, o Anexo 9 foi acostado à fl. 112 dos autos, com recibo passado pela mesma pessoa que deu ciência ao Auto de Infração (Sr. Daniel Costa Soares – fl. 4).

Com relação a base de cálculo apontada de R\$16.709,58, com data de ocorrência em 30/04/10, observo que demonstrativo de fl. 330 e 112, foi indicado que as Notas Fiscais de números 12080 e 3856 indicavam ICMS correto de R\$2874,46 e R\$20.805,96 e a empresa escriturou valores incorretos de R\$2.998,14 e R\$23.522,91 o que resultou em montante de crédito superior ao destacado no documento fiscal de R\$2.840,43.

Observo que este valor foi o que foi transportado para o demonstrativo de débito, que pela alíquota de 17% equivale a uma base de cálculo de R\$16.709,58. Portanto, tendo a empresa recebido o demonstrativo com indicação das notas fiscais e valores que escriturou, tendo a fiscalização acusado de utilização a maior de crédito fiscal, foi possibilitado exercer o seu direito de defesa, não procedendo a alegação de não poder se defender.

No mérito, não foi apresentado qualquer argumento capaz de modificar a apreciação feita na Decisão da Primeira Instância. Fica mantida a Procedência da infração 9.

Por fim, com relação a infração 10, tendo sido apreciado e não dado provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 1ª JF, que declarou a nulidade desta infração, fica prejudicado a análise das razões de mérito apresentadas no Recurso Voluntário, motivo pelo qual deixo de apreciá-las.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0001/14-4**, lavrado contra **L.I.R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (RICARDO ELETRO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.891.807,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.348.660,00 e 100% sobre R\$1.543.147,07, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e d", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS