

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0301/15-9
RECORRENTE - DSP COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (DISTRIBUIDORA SÃO PAULO)-EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0125-02/16
ORIGEM - INFAZ EUNAPÓLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/05/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-12/17

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. DIFERENÇA DE SAÍDAS MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS ENTRADAS. Constatando-se, diferenças tanto de saídas como de entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração caracterizada. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas arguições de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, para exigir, em razão do julgado, o recolhimento de ICMS no montante de R\$164.222,28, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 04.05.02 – 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 em exercício fechado, 2014, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor histórico autuado R\$155.989,84.

Infração 03 – 06.01.01 – Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor histórico autuado R\$ 941,74.

Infração 04 – 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor histórico autuado R\$ 7.290,70.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que são improcedentes as infrações 2 e 5 e integralmente procedente as demais objeto da lide, nos termos do voto abaixo transcrito:

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito

à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Verifica-se que a contrário do pensamento manifestado pelo defendente, há uma correspondência exata, perfeita entre as infrações apuradas e as descrições das infrações imputadas ao autuado e seus enquadramentos legais, bem com a correta aplicação das multas em todas as infrações.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, além, é claro, encontra-se corretamente identificado o sujeito ativo, o sujeito passivo da relação tributária, em todas às infrações.

Além disso, os demonstrativos das omissões, levantamentos de entradas e de saídas, cálculo do preço unitário médio, de que trata a auditoria de estoques (infração 01), com as planilhas da auditoria de estoques, e demonstrativos e documentos das demais infrações, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório, em papéis impressos, conforme declaração expressa à folha 03 dos autos, ao contrário do que argui o defendente, oferecem dados claros que possibilitam o exercício da ampla defesa.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, na infração 01, é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o 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 em exercício fechado, 2014, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis.

Entendo que o argumento defensivo de que as diferenças encontradas na Auditoria de Estoque não demonstram a existência de venda sem a emissão de documentos fiscais, mas sim mero equívoco na descrição do produto vendido, não pode ser acolhido, pois a defesa não apresentou nenhum documento fiscal para comprovar sua alegação.

O art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

De igual modo, não é capaz de elidir a imputação o argumento defensivo de que diversos estados brasileiros não consideram infração a ausência de escrituração das notas fiscais, mas apenas a falta de contabilização, pois tal alegação também não foi comprovado pela defesa, e em se tratando de ICMS, cabe salientar que a aplicação da legislação de cada Estado se restringe àquela unidade da Federação, não possuindo o condão de modificar o previsto na legislação tributária baiana.

Ressalto que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. O mesmo pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício em aberto, na presente lide, foi realizado no exercício 2014, o qual já se encontrava encerrado, ou seja, exercício fechado, o qual é realizado quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado.

Observo que os procedimentos adotados pela fiscalização, no levantamento quantitativo em exercício fechado, observou as orientações previstas na Portaria nº 445/1998, a qual trata sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, orientando os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais.

O artigo 4º da citada portaria, determina que a constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Orienta, ainda, a citada portaria, em seu Art. 5º, que uma vez verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque, a determinação da base de cálculo do ICMS deve ser feita em função do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, ou, quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o

preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça que explorar idêntica atividade econômica, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.

No mesmo sentido, o art. 23-B foi acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, estabelece que:

Art. 23-B. Nos casos de apuração de omissão de saídas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, a base de cálculo do ICMS é:

I - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

Portando, não resta dúvida de que o Roteiro de Auditoria de Estoques é um procedimento legal para apuração do correto ICMS apurado pelo contribuinte.

Logo, a infração 01 fica mantida.

(...)

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Entendo que que o argumento defensivo, de que não é devido o pagamento do ICMS - diferença alíquotas, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, não é capaz de elidir a imputação, uma vez que tal entendimento defensivo é frontalmente conflitante com o disposto no inciso IV do artigo 2º da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

...

*IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, **quando a mercadoria ou bem forem destinados ao** seu uso, consumo ou **ativo permanente** ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes; Grifei.*

É importante destacar que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide.

Logo, à infração 03 fica mantida.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menor o ICMS em decorrência de desconcreto entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor histórico autuado R\$ 7.290,70.

Em sua defesa o autuado frisa que autuação é equivocada, na medida em que o valor do ICMS destacado nas notas fiscais listadas no Auto de Infração, foram efetivamente os valores indicados no campo de informações complementares trazidas no corpo da nota fiscal respectiva, citando como exemplo a Notas Fiscal nº 004.823, onde a Impugnante aproveitou o equivalente a R\$112,90 a título de crédito de ICMS, sendo este o valor efetivamente informado na nota fiscal como possível de apuração. Da mesma forma quanto a nota fiscal de n. 969, emitida pela empresa Pitt Bull Confecções Ltda. ME, onde foi aproveitado o valor de R\$78,97, valor este justamente indicado no campo de informações complementares trazidos na nota fiscal. Isso se repete em todas as notas fiscais listadas pelo Auto de Infração, onde todos os valores aproveitados pela Impugnante estão destacados nas notas fiscais respectivas.

Observe que a defesa não tem nenhuma relação com o fato consignado na acusação em tela, uma vez que na infração imputada é o recolhimento a menor o ICMS em decorrência de desconcreto entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, a qual foi embasa no Demonstrativo à folha 206 dos autos, não existindo no mesmo nenhuma indicação de número de nota fiscal, com alegado pela defesa ao assegurar que isso se repete em todas as notas fiscais listadas pelo Auto de Infração.

Portanto, à infração 04 fica mantida.

(...)

No tocante ao pedido de redução das multas aplicadas nas infrações 01, 03 e 04, não pode ser acatado, uma vez que a multa indicada no presente Auto de Infração tem previsão na Lei nº 7.014/96, em seu artigo 42 e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de cancelamento ou redução de multa decorrente de obrigação principal.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE	155.989,84
2	IMPROCEDENTE	0,00
3	PROCEDENTE	941,74
4	PROCEDENTE	7.290,70
5	IMPROCEDENTE	0,00
TOTAL		164.222,28

Irresignado, o Sujeito Passivo apresenta Recurso Voluntário e, após breve resumo dos fatos, consigna que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não pode prevalecer, aduzindo, de início a da ausência de requisito essencial no Auto de Infração - cerceamento de defesa.

Avançando, diz que o Auto de Infração não cumpriu aos requisitos legais, na medida em que não descreveu corretamente os fatos tidos como infracionais. Registra que a Junta de Julgamento Fiscal rechaçou a preliminar suscitada sob o argumento de que o autuante expos com clareza a fundamentação de fato e de direito, o que não corresponderia aos fatos. Transcreve o art. 129, da Lei nº 3.956/81 e cita a doutrina para concluir que a descrição subjetiva da infração acaba por omitir possíveis fatos que serviriam de análise na apresentação da defesa, dificultando a compreensão da acusação.

Requer seja o seu Recurso conhecido e provido, para reformar o acórdão recorrido e declarar a ação fiscal totalmente improcedente e o Auto de Infração insubsistente.

Referindo-se à suposta ausência de emissão do documento fiscal, assevera que na sua peça de defesa, demonstrou que “... a presunção levada a efeito pela autuação não se subsumiu no fato concreto, de forma que não houve prova da comercialização de mercadorias sem a emissão de documento fiscal”.

Com respeito à Decisão da junta, diz que há equívoco na tese de que em não havendo prova por parte da ora recorrente de que não comercializou mercadorias sem a emissão de documento fiscal, seria válida a autuação. Entende que o ônus de demonstrar a infração é do Fisco e não do recorrente, vez que o ônus de provar a ocorrência e dos requisitos legais da ocorrência da regra matriz de incidência tributária é do sujeito ativo da relação jurídica tributária.

Aponta que a presunção levada a efeito pelo acórdão esbarra no fato de que as diferenças encontradas não demonstram a existência de venda sem a emissão de documentos fiscais, mas sim mero equívoco no lançamento do produto vendido, o que fica claro quando se analisa as planilhas constantes do Auto de Infração, nas quais restaria concluído que o fiscal não conseguiu demonstrar a existência de qualquer incorreção ou diferença no movimento do seu conta corrente, o que descaracterizaria a presunção alegada, sobretudo porque da observação do levantamento fiscal, as diferenças apuradas decorrem de equívoco na descrição de produtos vendidos em face da enorme quantidade de itens disponíveis para venda, bem como o eventual erro de lançamento das vendas efetuadas. Cita a jurisprudência de Conselho de Contribuintes do Estado do Espírito Santo e conclui que a presunção não pode estar dissociada de provas.

Pugna pelo conhecimento e provimento do seu Recurso, para reformar o acórdão recorrido e julgar inteiramente insubsistente a autuação.

Quanto à discussão acerca do diferencial de alíquota, infração 3, aduz ilegalidade, alegando que os Tribunais Pátrios convergem no sentido de inadmitir a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS daquelas pessoas que estejam adquirindo mercadorias para uso próprio como foi o caso em análise. Cita jurisprudência, destacando que tais bens não seriam destinados ao comércio.

Na linha tracejada, diz que não havendo intuito de comercialização das mercadorias adquiridas, não há o que se falar em diferença de alíquota de ICMS, o que se aplicaria à hipótese dos autos, reconhecido que não comercializa as mercadorias adquiridas e objeto dos autos, mas sim os utiliza para a sua produção.

Entendendo improcedente a pretensão fiscal, pede que seja conhecido e provido o seu apelo para que seja reformada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Referentemente ao aproveitamento do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, infração 4, rechaça os fundamentos da Decisão da Junta, aduzindo que a autuação teve como premissa o recolhimento a menor do ICMS, decorrente do desconcontro dos valores indicados pelo imposto recolhido e o escriturado no livro de registro de apuração do ICMS.

Explica que a sua defesa demonstrou que tais diferenças decorrem do aproveitamento dos créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de mercadorias recebidas, operações para as quais apesar de não indicadas no livro de registro de apuração do ICMS, os créditos foram efetivamente destacados e utilizados, o que dá total pertinência à tese de defesa em relação à acusação fiscal.

Nessa linha, afirma que os valores destacados a título de ICMS nas notas fiscais listadas no Auto de Infração, foram efetivamente os valores indicados no campo de informações complementares trazidas no corpo de cada nota fiscal. Menciona, a título de exemplo, as nota fiscal nº 004.823, com aproveitamento de crédito de ICMS equivalente a R\$112,90, e a nota fiscal nº 969, emitida pela empresa Ritt Buli Confecções Ltda. ME, para a qual foi aproveitado o crédito de ICMS no valor de R\$78,97.

Por tais motivos, reitera o pedido de provimento do seu Recurso Voluntário.

Para as multas aplicadas, diz que são confiscatórias, aduzindo que o valor da penalidade é excessivo, caracterizando verdadeiro confisco, visto que extrapola o caráter de punição compatível com uma infração de natureza normal, passando a representar enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Registra que multas de tal natureza para punir suposta infração de diminuta importância e que não acarretou dano algum ao Estado, fere o Princípio do Não Confisco, da Moralidade e da Razoabilidade. Cita a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

Por derradeiro, reiterando os termos do seu Recurso Voluntário, pede que seja conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido para que a ação fiscal seja julgada totalmente improcedente e o auto de lançamento seja declarado insubsistente.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JFJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Visa o Recurso Voluntário combater a Decisão que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, cujas imputações foram listadas acima, remanescendo, após o julgamento de piso as exigências constantes das referidas infrações, sabido que o Contribuinte foi desonerado das infrações 2 e 5.

A tese recursal, em preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração em razão da falta de descrição dos fatos imputados, o que do prisma do recorrente teria ensejado o cerceamento do seu direito de defesa.

Compulsando os autos, notadamente a peça inicial e os documentos que o compõe, vejo que não há como acolher a tese recursal, senão vejamos:

Tratando da nulidade suscitada pelo recorrente, por primeiro analiso o lançamento. Quanto a este, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vício que lhe imponha mácula, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração ou mesmo a descrição dos fatos de cada uma das acusações fiscais, restando suficientes os elementos presentes aos autos, para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, eis que contrariando o discurso do recorrente, a descrição dos fatos guarda pertinência com a conduta típica, se prestando a esclarecer e corroborará as acusações fiscais. Demais disso, há que esclarecer que os documentos trazidos aos autos se prestam de esteio das imputações.

Voltando o olhar às etapas processuais, constato que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Referentemente à eventual suposta nulidade da Decisão recorrida, por primeiro há que se estabelecer que se trata de infração fiscal derivada de levantamento quantitativo de estoques apurado com base nos elementos fornecidos pela próprio recorrente, diferencial de alíquota apurado também por documentos da própria empresa, e da diferença do ICMS apurada por meio do coteja das operações com os livros de registro fiscais.

Verificado que o trabalho da Decisão recorrida foi pautado pela observação e verificação dos dados trazidos pelas operações e documentos fiscais, bem como a Junta de Julgamento Fiscal atacou todos os pontos da peça de defesa, se observa com clareza solar que os julgadores de piso cuidaram de analisar todos os argumentos defensivos e as provas trazidas aos autos, o que se reflete no acolhimento de parte das razões de defesa, o que fez reduzir o valor inicialmente exigido com a declaração de improcedência das infrações 2 e 5.

Assim, considerando que foi aplicada ao Auto de Infração e à Decisão de piso a legislação vigente, não havendo qualquer falha como sugere o Sujeito Passivo, não vislumbro a possibilidade da aplicação de qualquer das hipóteses do art. 18, do RPAF.

Isto posto, não há que se pensar em nulidade do lançamento nem da Decisão recorrida.

No mérito, a sorte é a mesma.

No que se refere à infração 1, cuja tese recursal atine ao fato de que as diferenças apuradas no levantamento fiscal não teriam o condão de demonstrar a existência de venda sem a emissão de documentos fiscais, eis que teriam derivado de meros equívocos no lançamento do produto vendido ou mesmo diferença no movimento do seu conta corrente.

Perpassando os esclarecimentos em derredor do levantamento quantitativo de estoques, o que já foi feito pelo relator de piso, verifico, como apontado no voto condutor, que o regramento insculpido na Portaria nº 445/98, foi integralmente cumprido, restando certo que quanto ao Levantamento, não há o que ser retocado, sobretudo porque quando se toma os artigos 4º e 5º da referida Portaria, verifica-se que o lançamento está correto, pois, construído com base na legislação e nas informações colhidas dos registros e documentos do Contribuinte.

De outra banda, a Lei nº 11.899/10 que alterou a Lei nº 7.014/96, reescreveu o art. 23-B, fazendo clara a determinação da base de cálculo, na forma de apuração de omissão de saídas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, tomando-se por referência o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, tornando induvidosa a correção do Roteiro de Auditoria de Estoques, também indicando que se trata de procedimento legal para determinação do correto ICMS apurado pelo contribuinte, o que afasta total e completamente a tese de que o levantamento teria alguma feição de arbitramento ou mesmo presunção.

Mantida a infração 1.

Quanto à infração 3, que cuida do imposto apurado em razão do diferencial de alíquota, também não há como acolher a tese recursal. Fato é que o recorrente, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Sobre o tema, há que se buscar a norma que regula a matéria, insculpida no art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, que diz que o ICMS incide sobre *a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado à operação ou prestação subsequente.*

A norma disposta na Lei do ICMS da Bahia é clara e consigna que há incidência do ICMS sobre as operações de entrada de mercadoria ou bem destinados ao ativo fixo. Nessa linha, merece relevo o fato de que o STJ decidiu de forma diferente, entretanto, a Decisão em referência mencionava que inexistência de previsão na LC 87/96 e na Lei do ICMS do Distrito Federal. Desse modo, entendo correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Mantenho também a infração 3.

Quanto à infração 4, atinente a recolhimento a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, o recorrente traça a sua irresignação dizendo do aproveitamento de créditos fiscais derivados de operações comerciais sujeitas à tributação.

Devo registrar que as razões recursais são um tanto confusas e fogem do cerne da autuação que exige imposto em razão da divergência entre os valores recolhidos e os escriturados em livros próprios, sendo impossível verificar os ditos aproveitamentos de créditos no LRAICMS que dá fundamento à imputação fiscal, pelo que mantenho a Decisão recorrida.

Nesses termos, entendo que não há como acolher a tese recursal, lembrando que se o recorrente possuir elementos documentais que possam elidir a acusação fiscal, pode, querendo, provocar a PGE/Profis.

Quanto às multas, todas elas em razão do descumprimento de obrigações principais, registro que apesar de me alinhar ao entendimento de que são excessivamente altas e desproporcionais, tem previsão na lei do ICMS do Estado da Bahia, motivo pelo qual também mantenho a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Isto posto voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão de piso na sua inteireza.

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 **272041.0301/15-9**, lavrado contra **DSP COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (DISTRIBUIDORA SÃO PAULO) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$164.222,28**, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.232,44 e 100% sobre R\$155.989,84, previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2017.

FERNANDO ANONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS