

PROCESSO - A. I. N° 298932.0005/14-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.
RECORRIDOS - SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0092-01/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0343-11/17

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

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

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

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela Procedência em Parte do Auto de Infração, em Decisão não unânime, nos seguintes termos:

VOTO

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

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

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

Sobre a decadência do direito de constituir créditos tributários, no período anterior a 2009, não pode prosperar a pretensão defensiva, uma vez que vem sendo mantida de forma dominante, por este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, as disposições do artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, segundo o qual, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante. Rejeitada, portanto, a preliminar de decadência apresentada pela defesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Após o acolhimento dos DAE s que comprovam o pagamento de parte da exigência (fls. 147/154) as Auditoras elaboraram novo demonstrativo fiscal, reduzindo a exigência de R\$597.018,62 para R\$358.202,81 (fl. 407). No

entanto, a soma dos valores mensais da exigência em questão, cuja cópia do demonstrativo foi entregue ao autuado, totaliza R\$358.211,16. Infração subsistente em parte, no valor de R\$358.211,16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É o voto.

No pertinente à infração 1, o voto vencedor proferido pelo i. Conselheiro José Bizerra Irmão foi pela nulidade da infração, uma vez que a descrição dos fatos e o enquadramento legal estavam equivocados. Vejamos:

VOTO VENCEDOR – ITEM 1º

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Com base nos, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação a Decisão de primeira instância.

Após alegar a tempestividade da peça recursal, a recorrente tece um breve relato dos fatos, concluindo pela ilegalidade da exigência fiscal em relação à parcela remanescente da autuação fiscal.

Preliminarmente, afirma ser o Auto de Infração nulo por violação ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que as infrações apuradas no lançamento fiscal não vieram instruídas com as provas dos fatos a ela relacionados, mas tão somente com demonstrativos dos valores exigidos, o que viola o inciso II do art. 41 do Decreto nº 7.629/1999, em prejuízo à compreensão da natureza da infração, bem como ao exercício do correspondente direito de defesa pelo contribuinte.

Ademais, entende que a alegação de atendimento dos aspectos gerais do lançamento sem a apreciação dos aspectos específicos e materiais de cada uma das infrações envolvidas não é apta a afastar a acusação de nulidade do lançamento fiscal apontada na defesa.

Quanto a prejudicial de mérito da decadência aventada, aponta que, no caso dos autos: (i) não se cogita da ocorrência de dolo, fraude ou simulação e (ii) há comprovação do pagamento antecipado do ICMS apurado nos meses de janeiro a outubro de 2009, devendo ser observada a regra de decadência prevista no §4º, do art. 150 do CTN, conforme entendimento pacificado no âmbito Superior Tribunal de Justiça, e, com efeito, cancelados os créditos tributários e respectivos encargos apurados em relação aos fatos geradores ocorridos até 02/10/09.

No mérito, em relação à infração 2, aduz que os valores remanescentes mantidos em relação a esta infração devem ser cancelados diante da sua inexigibilidade em face da documentação juntada aos autos.

No que tange à infração 3, assevera que a exigência fiscal não procede, em face dos documentos anexos que comprovam o integral recolhimento do ICMS exigido por antecipação tributária nas operações listadas.

Nas infrações 4 e 5, afirma que os documentos anexos comprovam o recolhimento integral e regular do ICMS exigido por antecipação. Nesta última, destaca que os demonstrativos apresentados pela Recorrente evidenciam que as notas fiscais relacionadas no Anexo V foram abrangidas pela apuração de ICMS por meio de substituição tributária, o que evidencia a inexigibilidade do crédito tributário apurado.

Por fim, requer que o presente Recurso Voluntário seja conhecido e provido integralmente para acolher as preliminares de (i) nulidade do lançamento fiscal e (ii) decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 02/10/2009 em todas as infrações do Auto de Infração. Subsidiariamente, caso as preliminares acima não sejam acolhidas, requer-se o provimento do recurso para cancelar integralmente o crédito tributário ora exigido.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário em relação a Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual atribuiu ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações.

A Decisão recorrida, submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal, não merece qualquer reforma, senão vejamos.

A infração 1 foi tida como nula pela Junta de Julgamento Fiscal, em decisão não unânime, uma

vez que restou comprovada a insegurança da infração pelos equívocos por parte da autuação no pertinente ao enquadramento legal e a descrição dos fatos.

Tal alteração, juntamente com o reconhecimento pelas autuantes de parte das alegações defensivas apresentadas na infração 2, deram ensejo ao Recurso de Ofício, que passaremos a analisar.

Em relação à infração 1, como muito bem pontuado no voto vencedor, a descrição dos fatos se atém a cobrança de crédito indevido em relação aos bens de uso e consumo. Todavia, nos demonstrativos apresentados, haviam bens do ativo imobilizado (que dão direito ao crédito na razão de 1/48 avos) e brindes (que são tributáveis e dão direito ao crédito).

Além do desacerto na descrição, houve também vício no enquadramento legal, o que fere o devido procedimento legal, implicando em cerceamento do direito de defesa.

Deste modo, entendo pela nulidade da referida infração, em conformidade com os argumentos explanados no voto vencedor de primeiro grau.

Quanto à redução da infração 2, esta também não merece qualquer reparo, vez que, parte dos DAEs apresentados (fls. 147/154) pelo recorrente comprovaram o pagamento de parte da exigência, o que levou as autuantes a refazerem o demonstrativo (fl. 407).

Tal alteração foi acatada pelo julgador de piso, que retificou a soma dos valores mensais da exigência, que ao invés de totalizarem R\$358.202,81, totalizam R\$358.211,16.

Trata-se de um erro material, sanável e saneado em primeira instância, que em nada prejudica o perfeito andamento processual.

Deste modo, entendo como correta a redução sofrida na infração 2, sendo inconteste a alteração realizada na informação fiscal e ratificada em primeira instância.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, constato que a mesma nada mais é do que uma reprodução da defesa inicial, não tendo o recorrente apresentado nenhum fato novo que pudesse alterar o entendimento de primeiro grau.

Em relação à preliminar de nulidade suscitada, a mesma não deve prosperar, uma vez que o Auto de Infração encontra-se devidamente elaborado em conformidade com a legislação estadual.

Ademais, em sede de julgamento, após a análise do processo, foi reconhecida a nulidade tão somente da infração 1, estando as demais infrações aptas e devidamente especificadas, tanto que a recorrente não encontrou óbice para a elaboração da defesa apresentada, tendo, inclusive, elidido parte da infração 2 após apresentação de documentação comprovando o pagamento de parte do imposto cobrado.

No pertinente à prejudicial de mérito da decadência aventada em relação aos períodos anteriores a 09/2009, esta só surtiria efeito em relação à infração 1, cujos fatos geradores são de 01/2009 a 10/2009, sendo as demais infrações referentes ao período de 2010, não abarcadas pelo instituto da decadência.

Assim, sua análise fica prejudicada, uma vez que a nulidade da infração 1 já foi acatada.

No mérito, em relação aos valores remanescentes da infração 2, a recorrente alegou tão somente que “os valores remanescentes mantidos em relação a esta infração devem ser cancelados diante da sua inexigibilidade em face da documentação juntada aos autos”.

Ocorre que os documentos citados são os apresentados em sede de defesa inicial, os quais já foram analisados. A recorrente não apresentou nenhum documento novo capaz de comprovar a inexigibilidade dos valores remanescentes. Infração mantida.

Quanto à infração 3, a recorrente aduz que os documentos apresentados comprovam o integral recolhimento do ICMS exigido por antecipação tributária nas operações listadas.

No pertinente à infração 3, que trata de *Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente*, algumas considerações são importantes.

Restou comprovado nos autos que houve um equívoco por parte do recorrente, uma vez que os produtos brinquedos (Protocolo ICMS 108/09) e bicicletas (Protocolo 110/2009), relacionados nas planilhas do Fisco estavam submetidos ao regime de substituição tributária, tendo o recorrente incluído na apuração do ICMS normal.

Ademais, como observou o julgador de piso, os relatórios gerenciais (fls. 135/149, 163/449 e 174/202), acostados aos autos, dizem respeito a antecipação de calçados (sandálias, chuteiras e tênis), sem repercussão na presente exigência do ICMS-ST de brinquedos e bicicletas.

Assim, a infração se mantém no valor de R\$159.812,65.

Já a infração 4, a qual versa sobre recolhimento a menor de antecipação tributária em relação aos produtos “calçados”, restou comprovado que houve a antecipação tributária, porém a MVA estava inferior à devida, prevista no Anexo 88 do RICM/BA (art. 61, II, “a”).

Assim, Procedente a infração, uma vez que a legislação determina, conforme explanado pelo julgador de piso, que *nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado, no regime de substituição tributária (calçados, no presente caso – art. 353, II, item 32, a partir de 01.03.03), em não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, no prazo previsto no art. 125, II, “b”, RICMS BA.*

No pertinente a infração 5, a mesma também não merece qualquer reparo, uma vez as mercadorias brinquedos e bicicletas, inseridas nos Protocolos ICMS 108/09 e 110/09, *condicionam a aplicação das regras ali contidas à existência de previsão da substituição tributária nas legislações dos Estados signatários. Dessa forma, para a incidência da substituição tributária nas operações interestaduais com mercadorias listadas nos Anexos Únicos dos Protocolos ICMS supra citados, necessário que tais mercadorias se sujeitem ao regime de substituição tributária interna. No âmbito desse Estado, a sujeição ao regime de substituição tributária, ora em exame, foi introduzida com a inclusão do item 37 ao inciso II, art. 353, RICMS BA (brinquedos) e item 39 ao inciso II do caput do art. 353, ambos através do Decreto nº 11.806/09, efeitos a partir de 01/01/10.*

Em síntese, Por ter o recorrente repisado os mesmos fundamentos da defesa inicial sem apresentar qualquer fato novo ou argumento de direito capaz de contrapor os fundamentos apresentados pela JJF, tal recurso ensejou em simples negativa de cometimento da infração, o que não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Deste modo, entendo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **298932.0005/14-3**, lavrado contra **SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$615.768,38**, acrescido da multa de

60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$159.812,65**, prevista no inciso II, "d" e § 1º, do mesmo artigo lei supracitados, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFS