

PROCESSO - A. I. N° 279462.0013/14-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. (CENTAURO)
RECORRIDOS - SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. (CENTAURO) FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO – Acórdão 1^a JJF nº 0088-01/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 27/12/2017

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0429-12/17

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Nulidade parcial dos valores lançados. A autuação faz referência a recolhimento a menor de ICMS enquanto que, pelos demonstrativos acostados, revela uso indevido de crédito fiscal. Inobservância do devido procedimento legal e cerceamento de defesa. Reconhecimento do instituto da decadência para o valor residual. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Reconhece a questão prejudicial de mérito da decadência para os fatos geradores até 09/2009. Reforma-se a decisão de piso, mantendo-se as exigências vinculadas especificamente ao crédito indevido de materiais de uso e consumo. Modificada a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO INCLUÍDAS NO REGIME ST. DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Em informação fiscal o autuante reconhece erro na aplicação da multa e reduz o valor imputado. Reconhecimento do instituto da decadência. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. 4. 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. Mantida a Decisão recorrida. 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. Mantida a

Decisão recorrida. **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. **5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Reconhecimento da decadência. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida deste item. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 1ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0088-01/15, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado em 30.09.2014 e exigindo o ICMS de R\$1.353.197,93, pelo cometimento das infrações abaixo:

1. *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos períodos fevereiro e maio de 2009; setembro a novembro de 2010. Valor de R\$190.221,56, com multa de 60%;*
2. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos períodos janeiro a dezembro de 2009; janeiro e fevereiro, agosto a novembro de 2010. Valor R\$7.415,84, com multa de 60%;*
3. *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 2009; janeiro a dezembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011. Valor R\$679.070,39, com multa de 60%;*
4. *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\$8.371,56 e multa 60%.*
5. *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 janeiro/dezembro de 2010; janeiro/dezembro de 2011. Valor R\$131.532,89.*
6. *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Períodos janeiro a agosto de 2009. Valor R\$1.555,00 e multa de 60%.*
7. *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. Períodos janeiro, abril a novembro de 2010; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2011. Valor R\$335.030,69 e multa de 60%.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, com base nos seguintes argumentos:

VOTO

“O presente lançamento de ofício contempla as 7 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. Discorre 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 dos pagamentos 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 recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no valor total de R\$190.221,56.

Nas razões, alega o autuado equívoco fiscal na diferença de R\$22.917,09, em relação ao mês de setembro de 2010, aduzindo que fez um recolhimento a maior, tendo um débito de R\$65.398,91, recolheu R\$88.316,00. Pede que o valor pago a maior seja compensado.

A Auditora Fiscal admite o recolhimento a maior, em setembro de 2010, contesta, contudo, sua compensação com o imposto apurado, considerando que o valor deve ser creditado, durante o prazo decadencial, nos termos do art. 25 da Lei 7.014.

Examinando os autos, constato que o demonstrativo de débito elaborado pelas Auditoras Fiscais - "Demonstrativo da Conta Corrente ICMS" - Anexo I (fls. 25/27), relacionando as informações extraídas dos livros Registro de Apuração do ICMS (fls. 450/655), em confronto com o recolhimento colhido do sistema de arrecadação da própria SEFAZ (fls. 17/20), apura diferenças no recolhimento do imposto estadual por parte do estabelecimento autuado.

Verifico, outrossim, que o demonstrativo retro mencionado e que apurou o desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor escriturado na apuração imposto contemplou na mesma exigência, as diferenças obtidas no ICMS do regime normal de apuração (código de receita 0759) e o ICMS antecipação parcial (código de receita 2175).

Apesar de não ser o desejado, não vislumbro qualquer desatenção a direitos do contribuinte ou ofensa ao devido processo legal, a exigência no mesmo item das diferenças no recolhimento do ICMS normal e antecipação parcial. Como já vimos, o contribuinte recebeu a planilha respectiva, apresentou defesa regular, mostrando pleno conhecimento do que lhe estava sendo exigido e, de fato, incorreu na irregularidade da falta de pagamento da obrigação principal, recolhendo o ICMS em valor menor do que havia escriturado.

Inexiste confusão de natureza jurídica entre as exigências (ICMS antecipação parcial e ICMS regime normal), diferindo apenas na fixação da entrada da mercadoria no território do estado como o momento para o recolhimento do ICMS da antecipação parcial, ocorrendo a antecipação de parte do valor devido, nas saídas subsequentes para comercialização.

Importante é que tanto o ICMS antecipação parcial e ICMS regime normal estavam registrados no livro de Apuração do ICMS, os respectivos recolhimentos foram feitos em valores inferiores, fato colhido pela fiscalização. O próprio contribuinte autuado argumentou na defesa que apresentaria as provas da regularidades dos recolhimentos, não o fazendo, até o presente momento.

O pedido para compensação do valor de R\$22.917,09, reflexo do pagamento a maior realizado no mês de setembro de 2010 (consta do próprio relatório fiscal), acertadamente, não foi acatado pela fiscalização, considerando a previsão no dispositivo regulamentar (Decreto 6.284/97), quanto à anulação do débito fiscal, que, se o imposto já houver sido recolhido, se fará o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração fiscal ou preparo do documento de arrecadação (art. 112, § 1º, RICMS BA).

Posto isso, o valor pago a maior em setembro de 2010, R\$22.917,09, deve ser escriturado pelo próprio contribuinte como crédito fiscal, respeitando-se o período decadencial. Infração caracterizada integralmente, no valor de R\$190.221,56.

Na segunda infração, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$7.415,84.

Argumenta o autuado que o demonstrativo lista bens integrantes do ativo imobilizado, cuja autorização de apropriação de crédito ocorre à razão de 1/48, nos termos do art. 20 da LC 87/96, devendo ser excluídos tais bens, que foram abrangidos pela glosa dos créditos.

Verifico do demonstrativo acostados ao PAF - processo administrativo fiscal (fls. 28/32), que as Auditoras relacionaram as 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.

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 (impressora, scanner, CPU, expositor de bolsas), 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.

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 aí 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).

Infração caracterizada integralmente, no valor de valor de R\$7.415,84.

A infração 03 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\$679.070,39.

O autuado diz que os documentos anexados aos autos comprovam a inexigibilidade dos valores apurados. apresenta documentos comprovando a inexigibilidade dos valores apurados.

As Auditoras Fiscais admitem a existência de cópias de comprovantes de pagamentos do tributo (fls. 147/154). Informam, no entanto, que os recolhimento com código de receita 1145 - antecipação tributária já foram apropriados na infração 07.

Constatou os demonstrativos de débitos sintéticos acostados aos autos, primeira e última página (fls. 33/43), 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. 74) e entregue ao preposto do sujeito passivo.

Após o acolhimento dos DAEs que comprovam o pagamento de parte da exigência (fls. 147/154) as Auditoras elaboraram novo demonstrativo fiscal, reduzindo a exigência de R\$679.070,39 para R\$365.400,76 (fls. 685/686). No entanto, a soma dos valores mensais da exigência em questão, cuja cópia do demonstrativo foi entregue ao autuado, totaliza R\$407.442,25. Infração subsistente em parte, no valor de R\$407.442,25.

Na infração 04 é imputada ao autuado a falta de recolhimento de antecipação tributária o ICMS 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

anticipação 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\$8.371,56.

Identifiquei nos autos, o demonstrativo de fls. 45/47, 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\$8.371,56.

A infração 05 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, no valor de valor de R\$131.532,89.

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

As Auditoras elaboraram demonstrativos de débito sintético - primeira e ultima página e os acostou aos autos, fls. 49/51 (exercício 2010) e fls. 52/54 (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 (bicicletas) 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. 155/169 e 368/449), 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\$131.532,89.

Na infração 06, a acusação é da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$1.555,00.

As auditoras elaboraram demonstrativo de ICMS devido por diferença de alíquotas - Anexo VI (fls. 55/59), discriminando as operações que demandaram a exigência.

Contesta o autuado, alegando a improcedência do valor exigido, argumentando que documentos acostados comprovam o recolhimento integral do imposto.

Verifico que foram acostados aos autos relatório analítico sobre a apuração do ICMS diferencial de alíquota (fls. 361/367), além dos valores recolhidos regularmente e registrados no livro registro de apuração, cópias às fls. 450/655. Os valores recolhidos correspondentes ao ICMS diferencial de já haviam sido admitidos pela fiscalização. Infração caracterizada, no valor de R\$1.555,00.

Na infração 07 a exigência recai no recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo, nas aquisições de calçados, em face da consignação da MVA da antecipação tributária, no valor de R\$335.030,69.

Foram acostados aos autos os demonstrativos sintéticos, fls.60/64 (exercício 2010) e fls. 65/68 (exercício 2011). O demonstrativo integral e analítico encontra-se na mídia CD (fl.74).

O autuado também anexou ao PAF relatórios demonstrando o pagamento de ICMS-ST em relação às aquisições realizadas, no período fiscalizado (fls. 155/169) e ainda um relatório de apuração de Substituição Tributária (fls. 369/449), 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. 17/20) foram consignados pelas Auditores Fiscais.

As Auditoras informam que o autuado cuidou de proceder a antecipação tributária apenas 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").

O direito também não assiste ao autuado na argumentação de que a fiscalização desconsiderou o pagamento de diversas notas fiscais, porque todos os pagamentos de ICMS-ST constantes no extrato de recolhimento do autuado foram admitidos no demonstrativo fiscal.

Posto isso, o lançamento de ofício resta integralmente subsistente, no valor de R\$335.030,69.

O Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É o voto.

VOTO VENCEDOR – ITENS 1º e 2º

Peço vênia para manifestar minha discordância do voto do ilustre Relator no tocante aos lançamentos dos itens 1º e 2º.

No item 1º, a imputação fiscal é de que o autuado recolheu ICMS a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do tributo.

Ou seja, a descrição do fato, no Auto, é de que se trataria de imposto lançado e recolhido a menos. Porém, analisando-se os elementos constantes nos autos, essa descrição é verdadeira somente em relação à primeira parcela, no valor de R\$609,57. De acordo com o demonstrativo fiscal (fls. 26-27), as demais parcelas (R\$ 14.832,19, R\$ 51.420,69, R\$46,75 e R\$ 123.312,36) referem-se a crédito fiscal utilizado indevidamente.

Uma coisa é imposto lançado e recolhido a menos.

Coisa bem diversa é a utilização indevida de crédito fiscal.

Trata-se de fatos são ontologicamente distintos, tanto assim que o SEAI contempla códigos distintos para imposto lançado e recolhido a menos e para as situações atinentes à utilização indevida de crédito.

A descrição feita no Auto é adequada para quando se constata imposto pago a menos fazendo-se o cotejo entre os valores apurados pelo contribuinte em sua escrita fiscal (Registro de Apuração) e os valores recolhidos.

Porém, quando o fato verificado diz respeito a utilização indevida de crédito, a descrição deve explicitar que se trata de crédito indevido, e dizer por que é que foi considerado indevido, para que, diante dessa acusação, o contribuinte possa se defender precisamente do que foi acusado.

É inadmissível acusar-se o contribuinte de uma coisa, para que ele se defenda de outra.

O erro não se restringe apenas à descrição do fato, mas tem reflexos também quanto ao fundamento legal, que passa a ser outro. Se se tratasse de imposto lançado e recolhido a menos, como o caso foi descrito neste caso, os dispositivos infringidos seriam os que foram indicados no campo "Enquadramento", no Auto de Infração. Porém, em se tratando de utilização indevida de crédito fiscal, o enquadramento teria de indicar os dispositivos legais que cuidam do crédito fiscal, segundo o critério da não cumulatividade.

Isso é cerceamento de defesa. Por cerceamento de defesa não se deve entender apenas a "impossibilidade total" de defesa. A defesa é cerceada sempre que a fiscalização emprega um artifício para dificultar ou embaraçar a defesa.

Conforme assinalei no início, a primeira parcela do item 1º, no valor de R\$ 609,57, refere-se de fato a imposto lançado e recolhido a menos. Deve ser mantida essa parcela. Quanto às demais parcelas do item 1º, o lançamento é nulo, por inobservância do devido procedimento legal e cerceamento 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 ao item 2º, 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".

Também neste caso, 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. 30/32), 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” (vide, por exemplo, a fl. 32). 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 há também devolução de mercadoria do regime de substituição tributária, sob a rubrica “dev interna merc st”. Na devolução de mercadoria do regime de substituição tributária, algum crédito que eventualmente tenha sido utilizado teria de ser objeto de autuação em item distinto, conforme prevê o SEAI, acusando crédito relativo a mercadoria com fase de tributação encerrada, e não como foi feito neste caso, acusando crédito de “aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento”.

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 ou de mercadorias com sua fase de tributação encerrada. 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.

É nulo o lançamento do item 2º, 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.

Em suma, deve ser mantida a primeira parcela do item 1º, no valor de R\$609,57, anulando-se as demais, bem como o item 2º.

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

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

A Fazenda Pública Estadual interpôs Recurso de Ofício, em face de ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido nas infrações 1 e 2 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a decisão de piso, o recorrente interpõe Recurso Voluntário a essa 2ª Câmara de Julgamento para que sejam apreciadas as seguintes razões de defesa:

- Solicita a nulidade do lançamento sob a égide da violação do direito de defesa, alegando que: “*Impõe-se reconhecer de plano a nulidade do lançamento fiscal por preterição do direito de defesa, diante da não apresentação das provas necessárias à demonstração do fato imputado à Impugnante... (fl.85)* ”

Diz ainda 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. (fl.86) ”

- Alega preliminar de decadência dos créditos tributários lançados para fatos geradores ocorridos até 02/10/2009, trazendo aos autos diversas doutrinas e jurisprudência para afirmar que a contagem do prazo decadencial, considerando-se que no caso dos autos i) não se cogita da ocorrência dolo, fraude ou simulação e ii) há comprovação do pagamento antecipado do ICMS apurado nos meses de janeiro a outubro de 2009, há de ser observada a regra de decadência prevista no §4º do art. 150

do CTN.

- No mérito, quanto à Infração 1, requer reconhecimento da decadência para os fatos geradores de 2009.
- Em referência à Infração 3 afirma que "*Por meio de documentos anexos, a Impugnante comprova a inexigibilidade dos valores apurados, impondo-se o cancelamento do respectivo débito fiscal.*". Requer também o reconhecimento da decadência para os fatos geradores alcançados pelo decurso de prazo.
- Quanto ao disposto na Infração 4, alega que "*Referida exigência fiscal não procede, em face dos documentos que instruem a presente defesa e que serão, posteriormente, complementados ...*" Nesta infração reporta-se também aos fundamentos vinculados à decadência da exigência fiscal.
- Afirma na Infração 5 que "*Referida exigência fiscal não procede, em face dos documentos anexo que comprovam o integral recolhimento do ICMS exigido por antecipação tributária nas operações listadas.*" Alerta também quanto ao prazo decadencial da exigência fiscal.
- Aduz em referência à Infração 6 que "*Referida exigência fiscal também não procede, em face dos documentos anexo que comprovam o integral recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS em suas operações.*"
- Conclui alegando que, quanto a Infração 7 "*a infração não procede em face dos documentos anexos que comprovam o pagamento integral do ICMS devido por antecipação em suas operações*" acrescenta que "*as notas fiscais relacionadas no Anexo VII foram abrangidas ela apuração do ICMS por meio de substituição tributária, o que evidencia a inexigibilidade do crédito tributário apurado.*" Cita Notas Fiscais nºs 10441, 10865,12788 e 10717 as quais afirma ter efetuado o pagamento do ICMS, cujo valor restou indevidamente desconsiderado pela Fiscalização.

VOTO

O Recurso de Ofício, conforme já sinalizado, decorre de o fato da Decisão recorrida ter exonerado o autuado de parte do débito originalmente exigido nas infrações 1 e 2 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

As infrações objeto do presente Recurso de Ofício foram capituladas da seguinte forma:

1. *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos períodos fevereiro e maio de 2009; setembro a novembro de 2010. Valor de R\$190.221,56, com multa de 60%;*
2. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos períodos janeiro a dezembro de 2009; janeiro e fevereiro, agosto a novembro de 2010. Valor R\$7.415,84, com multa de 60%;*

Analisando os demonstrativos vinculados à infração 1, observo que o fiscal autuante imputou infração relacionada ao recolhimento a menor do ICMS, enquanto que o demonstrativo que trata da referida infração demonstra que há, com exceção à apuração 02/2009, débitos relacionados à uso indevido de crédito fiscal.

É de fácil constatação que em único demonstrativo trazido aos autos pelo fiscal autuante há diferenças entre o valor do imposto normal recolhido e o valor escriturado, assim como diferenças obtidas quando do confronto do ICMS antecipação parcial (código de receita 2175) recolhido e o efetivamente creditado, sendo certo que todas as diferenças encontradas foram transportadas para a infração 1.

Resta caracterizado, portanto, que, e em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, a autuação não pode prosperar, haja vista que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável.

No presente caso, a imputação diz respeito à recolhimento a menor do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, enquanto a matéria fática se refere, em sua grande maioria, à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como conferir guarida à referida ação fiscal, notadamente quanto a infração 1 objeto do referido Recurso de Ofício, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Mantendo, portanto, a decisão de piso que julgou NULA a infração 1 do lançamento fiscal, e, de ofício, reconheço o instituto da decadência para o valor residual reconhecido pela JJF referente ao fato gerador 02/2009 da infração 1.

Na infração 2, ao reclamar de uso indevido de crédito fiscal referente a aquisição de material de uso e consumo, o autuante faz constar também aquisições de equipamentos imobilizados.

Ocorre, contudo, que, e apesar de fazer constar créditos vinculados ao ativo imobiliário, em nada impediu que a recorrente exercesse a ampla defesa e contraditórios, notadamente porque a recorrente identifica claramente os créditos vinculados ao ativo imobilizado e/ou uso e consumo, conforme pode ser verificado às fls. 31 e 32.

Entendo, portanto, que os valores equivocadamente imputados e decorrentes de crédito do ativo imobilizado poderiam, considerando sua simples verificação, ser excluídos, saneando o vício inicial, e evitando a decretação de nulidade, como fez a decisão de piso.

Não há, pois, na infração 2, falta de clareza nem tampouco cerceamento de defesa, na medida em que, e conforme acima exposto, a planilha elaborada pelo fiscal autuante trazia em sua composição elementos que permitiam a efetiva constatação dos créditos ali glosados.

De ofício, reconheço o instituto da decadência para os fatos geradores que antecedem outubro de 2009, isto porque, observa-se que apenas no dia 02 de Outubro de 2014, a recorrida foi intimada acerca da lavratura do Auto de Infração em referência sob n.º N° 279462.0013/14-5, tendo sido, portanto, transcurso o prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN.

Assim, e em que pesa o reconhecimento da questão prejudicial de mérito da decadência para os fatos geradores até 09/2009, dou provimento parcial ao Recurso de Ofício, reformando a decisão de piso que anulou a infração 2, mantendo as exigências vinculadas especificamente ao crédito indevido de materiais de uso e consumo, conforme planilha abaixo:

Mês	Data	UF	N Fiscal	CFOP	Cód Produto	Descrição Produto	Tipo Mercadoria	VI Produto	B Cálculo	Aliq Prod	VI Cred Indevido
nov-09	02-nov-09	MG	181.950	2557	070066066	MATERIAL DE ESCRITORIO	mat uso consumo	180,00	180,00	0,07	12,60
nov-09	08-nov-09	MG	186.517	2552	070067188	IMPRESSORA MULTIFUNCIONAL	ativ immobilizado	1.200,00	1.200,00	0,07	84,00
nov-09	14-nov-09	MG	190.600	2557	070066277	MATERIAL DE ESCRITORIO	mat uso consumo	80,00	80,00	0,07	5,60
nov-09	15-nov-09	MG	191.903	2552	070064963	MICROCOMPUTADOR	ativ immobilizado	1.000,00	1.000,00	0,07	70,00
nov-09	15-nov-09	MG	191.903	2552	070063591	MONITOR	ativ immobilizado	280,00	280,00	0,07	19,60
nov-09	18-nov-09	MG	194.389	2557	070066277	MATERIAL DE ESCRITORIO	mat uso consumo	230,00	230,00	0,07	16,10
nov-09	22-nov-09	MG	198.017	2557	070068872	UNIFORME	mat uso consumo	50,00	50,00	0,07	3,50
nov-09	24-nov-09	MG	200.318	2552	070063593	SCANNER	ativ immobilizado	350,00	350,00	0,07	24,50
nov-09	30-nov-09	MG	206.530	2557	070066277	MATERIAL DE ESCRITORIO	mat uso consumo	280,00	280,00	0,07	19,60
nov-09 Total											
dez-09	01-dez-09	MG	207.438	2557	070067306	UNIFORMES	mat uso consumo	780,00	780,00	0,07	54,60
dez-09	05-dez-09	MG	210.669	2552	070063583	CPU	ativ immobilizado	1.000,00	1.000,00	0,07	70,00
dez-09	05-dez-09	MG	210.654	2552	070063594	TECLADO	mat uso consumo	105,00	105,00	0,07	7,35
dez-09	07-dez-09	BA	88.269	1202	755616	TENIS TIMBERLAND TRAIL	dev interna merc st	99,90	99,90	0,17	16,98
dez-09	11-dez-09	MG	216.363	2552	070063594	TECLADO	mat uso consumo	150,00	150,00	0,07	10,50
dez-09	18-dez-09	MG	223.647	2552	070067186	IMPRESSORA LX 300	ativ immobilizado	950,00	950,00	0,07	66,50
dez-09	18-dez-09	MG	223.684	2557	070068872	UNIFORME	mat uso consumo	50,00	50,00	0,07	3,50
dez-09 Total											
Total geral											

Mês	Data	UF	N Fiscal	CFOP	Cód Produto	Descrição Produto	Tipo Mercadoria	VI Produto	B Cálculo	Aliq Prod	VI Cred Indevido
jan-10	19-jan-10	SE	459	2552	00124419	MAQ. PRENSA TERMICA QF1M220 V	ativo imobilizado	2.500,00	2.500,00	0,12	300,00
jan-10	19-jan-10	SE	460	2552	00124419	MAQ. PRENSA TERMICA QF1M220 V	ativo imobilizado	2.500,00	2.500,00	0,12	300,00
jan-10	26-jan-10	MG	248.829	2552	070063593	SCANNER	ativo imobilizado	240,00	240,00	0,07	16,80
jan-10 Total											
fev-10	23-fev-10	MG	265.036	2552	0700658888	IMPRESSORA MATRICIAL FX1180	ativo imobilizado	1.037,00	1.037,00	0,07	72,59
fev-10 Total											
ago-10	03-agosto-10	BA	5.728	1552	000001055268	EXPOSITOR	ativo imobilizado	946,28	946,28	0,17	160,87
ago-10	29-agosto-10	RJ	13.290	2949	000004239900	CABIDES	uso consumo	20,00	20,00	0,19	3,80
ago-10 Total											
set-10	18-set-10	MG	73.001	2949	000700681789	DISPLAY EXPOSITOR DE BOLSAS	ativo imobilizado	976,16	976,16	0,07	68,33
set-10 Total											
out-10	22-out-10	BA	47.237	1552	000006720090	EXPORSITOR DE BOLSA	ativo imobilizado	946,28	946,28	0,17	160,87
out-10	29-out-10	BA	106.718	1949	000006040978	EXPORSITOR DE BOLSA	ativo imobilizado	1.000,00	1.000,00	0,17	170,00
out-10 Total											
nov-10	17-nov-10	ES	37.198	2949	000004026910	CABIDES PARA SUNGAS	uso consumo	200,00	200,00	0,12	24,00
nov-10	17-nov-10	ES	37.198	2949	000004026911	CABIDES PARA MAIO	uso consumo	200,00	200,00	0,12	24,00
nov-10 Total											
Total geral											

O Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente, por sua vez, visa combater integralmente as infrações objeto do presente Auto de Infração. Sendo assim, passarei a tratar das sete infrações, isoladamente.

Analizando, de logo, as preliminares de nulidade, conlubo que assiste razão à recorrente, especialmente quanto a arguição destinada à infração 1.

Isto porque, e conforme já sinalizado acima, na análise do Recurso de Ofício, não há como prosperar o lançamento de ofício imputado a recorrente, visto que, ao acusar o contribuinte do cometimento de uma imputação (recolhimento a menor de ICMS- normal), traz em seus demonstrativos apuração de crédito indevido. Ou seja, o autuante promoveu uma acusação por um motivo, mas praticamente exigiu que o recorrente se defendesse de outro.

Mantendo, portanto, a decisão de piso que reconheceu a nulidade da infração 1, notadamente por ensejar manifesto cerceamento ao direito de defesa da ora Recorrente.

Concluo ainda pela pertinência nas razões defensivas que suscitaram o reconhecimento do instituto da decadência na presente demanda fiscal.

Isto porque, observa-se que em 02 de Outubro de 2014, a Recorrente foi intimada acerca da lavratura do Auto de Infração nº 279462.0013/14-5, por meio do qual o Autuante apurou o crédito tributário referente ao ICMS, no valor histórico de R\$1.353.197,93.

Ocorre que, os valores supostamente devidos a título de ICMS são originários dos meses de janeiro a setembro de 2009, restando, portanto, alcançado pela decadência o lançamento exigido, haja vista o transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN. Vejamos:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Registre-se ainda que, e no tocante às Infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 7, a Recorrente recolheu a menor o ICMS, por conta do uso indevido de crédito fiscal e pagamento a menor do ICMS.

Para corroborar esse entendimento, a Procuradoria Fiscal promoveu a uniformização de sua orientação jurídica, segundo os requisitos e sistemática do Decreto Estadual n.º 11.737, de 30/09/2009, exarando entendimento quanto ao prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, parágrafo 4º, do CTN e quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, fazendo

ressalva apenas para os fatos geradores ocorridos antes de 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF.

Diante do acima exposto, considerando que a Recorrente realizou o pagamento a menor do ICMS devido nos meses autuados, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, por meio de Auto de Infração, valores apurados de janeiro a setembro de 2009, operando-se, portanto, a decadência e extinção do crédito tributário.

Isto posto, voto pelo acolhimento da preliminar de Decadência, suscitada pelo Recorrente, que fulmina integralmente com a infração 1 (parte remanescente após julgamento de piso) e 6 e parcialmente o lançamento exigido nas infrações 2 e 3.

A infração 2 fica assim mantida:

DATA OCORR	DATA VENCTO	B. DE CÁLCULO	ALÍQ %	MULTA (%)	VLR. HISTÓRICO
30/11/2009	09/12/2009	337,64	17%	60%	57,40
31/12/2009	09/01/2010	446,76	17%	60%	75,95
31/08/2010	09/09/2010	22,35	17%	60%	3,80
30/11/2010	09/12/2010	282,35	17%	60%	48,00
TOTAL DA INFRAÇÃO 2					185,15

Na infração 3, limita-se a recorrente a acostar documentos no intuito de comprovar a inexigibilidade dos valores apurados, sem apontar, contudo, qualquer divergência detectada, sendo difícil averiguar o erro pretendido.

Em informação fiscal, o autuante informa que dentre os documentos apresentados há 08 (oito) cópias de comprovantes de pagamentos de tributos, sob código 1145- ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, referente à aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária total (chuteiras, sandálias e tênis) e que, portanto, não tem o condão de elidir referida infração visto que a infração ora em análise trata-se de recolhimento a menor de ICMS- ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Contudo, aponta o fiscal autuante erro no Sistema SEAI que, ao invés de calcular a multa sobre o valor do imposto que deixou de ser recolhido por antecipação parcial, calculou a multa sobre a base de cálculo proporcional a esse valor, em dissonância ao previsto no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/1996.

Assim, saneando o erro encontrado, o fiscal autuante elaborou nova planilha alterando os valores devidos para R\$365.400,76. Ocorre que, o total mencionado na referida planilha não condiz com o somatório dos valores ali expostos mensalmente, de forma que o valor total a ser reconhecido é de R\$400.442,25, conforme decisão da 1ª JJF no acórdão referido.

Considero, portanto, procedente em parte a infração 3, devendo ser observado o valor retificado e reconhecido pela JJF, abatendo, contudo, a parte reconhecida da decadência para os fatos geradores de janeiro a setembro de 2009.

A infração 3 fica assim mantida:

DATA OCORR	DATA VCTO	B CÁLCULO	ALIQ %	MULTA %	VL HISTÓRICO
31/10/2009	25/11/2009	7222,95	0	60	4.333,77
30/11/2009	25/12/2009	17902,02	0	60	10.741,21
31/12/2009	25/01/2010	9352,31	0	60	5.611,39
31/01/2010	25/02/2010	1722,51	0	60	1.033,51
29/02/2010	25/03/2010	1574,81	0	60	944,89
31/03/2010	25/04/2010	2444,58	0	60	1.466,75
30/04/2010	25/05/2010	6282,33	0	60	3.769,40
31/05/2010	25/06/2010	29.846,58	0	60	17.907,95
30/06/2010	25/07/2010	23.259,76	0	60	13.955,86
31/07/2010	25/08/2010	18.022,37	0	60	10.813,42
31/08/2010	25/09/2010	19.860,46	0	60	11.916,28
30/09/2010	25/10/2010	17.828,28	0	60	10.696,97
31/10/2010	25/11/2010	9.327,94	0	60	5.596,76
30/11/2010	25/12/2010	36.753,47	0	60	22.052,08
31/12/2010	25/01/2011	45.662,51	0	60	27.397,51

31/01/2011	25/02/2011	42.461,79	0	60	25.477,07
28/02/2011	25/03/2011	25.962,94	0	60	15.577,76
31/03/2011	25/04/2011	18.0163,68	0	60	10.838,21
30/04/2011	25/05/2011	21.682,34	0	60	13.009,40
31/05/2011	25/06/2011	26223,93	0	60	15.734,36
30/06/2011	25/07/2011	23.453,08	0	60	14.071,85
31/07/2011	25/08/2011	33.231,59	0	60	19.938,95
31/08/2011	25/09/2011	39.982,66	0	60	23.989,60
30/09/2011	25/10/2011	24.949,07	0	60	14.957,44
30/10/2011	25/11/2011	35.100,52	0	60	21.060,31
30/11/2011	25/12/2011	44.127,21	0	60	26.476,33
31/12/2011	25/01/2012	62.919,37	0	60	37.751,62
TOTAL DA INFRAÇÃO 3		807.321,06			387.120,65

Na infração 4, mais uma vez o recorrente limita-se a informar que há documentos acostados que elidem referida infração, sem mencionar, contudo, de forma efetiva, qual a competência e quanto seria o valor suposta e equivocadamente apurado pelo fiscal autuante.

A referida infração trata-se de falta de recolhimento do ICMS- ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, relativo ao ajuste de estoque de produtos que migraram para o regime da substituição tributária por força do Decreto nº 11.806/09.

A recorrente deveria, pois, efetuar o levantamento de inventário no final de 2009, segregando as mercadorias brinquedos e bicicletas, objetivando efetuar o recolhimento da antecipação tributária das referidas mercadorias, de forma que suas saídas subsequentes estariam desoneradas do imposto. Mas assim não o fez!

Reconheço, portanto, a procedência da autuação.

A infração 5 refere-se a multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo e relativo às mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

A aludida infração está associada à infração 4, na medida em que se refere às mercadorias brinquedos e bicicletas, incluídas na substituição tributária e que, por erro da recorrente, foram submetidas ao regime normal de apuração do ICMS.

A recorrente trouxe aos autos relatórios no intuito de comprovar o recolhimento integral da infração. Tais provas, contudo, fazem referência a outras mercadorias (chuteiras, sandálias e tênis), não sendo, portanto, valoradas na presente ação fiscal.

Assim sendo, e considerando que as mercadorias objeto da presente infração foram submetidas à tributação quando da saída subsequente, a multa aplicada está em perfeita consonância com a infração cometida pela recorrente.

Julgo, portanto, procedente a referida infração.

Na infração 7, o recorrente foi imputado a recolher diferenças do ICMS por antecipação total referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Cita notas fiscais em relação às quais alega que o autuante não considerou os valores pagos a título de ICMS- antecipação por substituição tributária.

No demonstrativo do fiscal autuante, há relação de todas as notas fiscais e as notas fiscais citadas em defesa constam no referido demonstrativo, assim como os valores recolhidos pela recorrente a título antecipação do ICMS foram devidamente considerados.

Em Informação Fiscal, o fiscal autuante esclarece que a MVA aplicada pela recorrente é inferior à constante na legislação. Dessa forma, na planilha DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TOTAL foi efetuado o cálculo de todo o imposto devido no período e deduzidos os valores de ICMS recolhidos pelo contribuinte com o código de receita 1145- ICMS Antecipação

Tributária.

Infração procedente.

Diante do acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$862.240,94, após a exclusão do período que operou a decadência nas infrações 1, 3 e 6 e a aplicação da multa na infração 5, conforme demonstrativo a seguir:

INF.	DECISÃO JJF	DECISÃO CJF	OBRIGAÇÃO	RESULTADO
01	R\$ 609,57	R\$ 0,00	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
02	R\$ 0,00	R\$ 185,15	IMPOSTO	PROC. EM PARTE
03	R\$400.442,25	R\$387.120,65	IMPOSTO	PROC. EM PARTE
04	R\$ 8.371,56	R\$ 8.371,56	IMPOSTO	PROCEDENTE
05	R\$131.532,89	R\$131.532,89	MULTA	PROCEDENTE
06	R\$ 1.555,00	R\$ 0,00	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
07	R\$335.030,69	R\$335.030,69	IMPOSTO	PROCEDENTE
TOTAL	R\$884.541,96	R\$862.240,94		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0013/14-5**, lavrado contra **SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. (CENTAURO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$730.708,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$131.532,89**, prevista no inciso II, “d”, §1º do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS- RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS