

A.I. N° - 2797333002/16-2  
AUTUADO - ESPLANADA BRASIL S.A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS  
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA.  
INTERNET - 28.06.2017

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0084-02/17**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. Infração reconhecida. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante. Infração parcialmente caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infração reconhecida. 3. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS. **a)** ERRO NA ALÍQUOTA APLICADA. Infração reconhecida. **b)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante. Infração parcialmente caracterizada. **d)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante. Infração parcialmente caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL D2AS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 30/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 132.827,04, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor histórico autuado de R\$9,22.

Infração 02 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Valor histórico autuado de R\$57.092,88. Multa de 60%.

Infração 03 - 02.01.02 - Falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor histórico autuado de R\$1.205,83, acrescido da multa de 100%.

Infração 04 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico autuado de R\$1.358,85. Multa de 60%.

Infração 05 - 03.02.04 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Valor histórico autuado de R\$25.712,08. Multa de 60%.

Infração 06 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico autuado de R\$37.726,11. Multa de 60%.

Infração 07 - 03.02.07- Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual. Valor histórico autuado de R\$88,26. Multa de 60%.

Infração 08 - 16.01.01- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico autuado de R\$2.801,95. Multa de 1%.

Infração 09 - 16.01.02- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico autuado de R\$6.831,86. Multa de 1%.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 20 a 36, informando que é sociedade empresarial dedicada ao comércio varejista de vestuário em lojas de departamentos que sempre recolheu os tributos devidos e se insurgiu contra as cobranças que reputou indevidas. Frisa que a fiscalização culminou com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe pela ocorrência das infrações a seguir:

- a) INFRAÇÃO 01 - 01.02.02 - INFRAÇÃO DEVIDAMENTE PAGA**
- b) INFRAÇÃO 02 - 01.02.06 - R\$ 57.092,88**

*Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária.*

- c) INFRAÇÃO 03 - 02.01.02 - INFRAÇÃO DEVIDAMENTE PAGA**
- d) INFRAÇÃO 04 - 03.02.02 - INFRAÇÃO DEVIDAMENTE PAGA**
- e) INFRAÇÃO 05 - 03.02.04 - R\$ 25.712,08**

*Recolheu ICMS a menor em decorrência de erro na apuração do imposto.*

- f) INFRAÇÃO 06 - 03.02.05 - R\$ 37.726,11**

*Recolheu ICMS a menor em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

- g) INFRAÇÃO 07 - 03.02.07 - INFRAÇÃO DEVIDAMENTE PAGA**
- h) INFRAÇÃO 08 - 16.01.01 - INFRAÇÃO DEVIDAMENTE PAGA**
- i) INFRAÇÃO 09 - 16.01.02 - INFRAÇÃO DEVIDAMENTE PAGA**

Destaca que as infrações que não foram pagas são improcedentes pelas razões de fato e de direito doravante despendidas.

Em relação à infração 02, aduz que o referido erro se deu em razão de um equívoco na parametrização do sistema contábil da empresa, que classificou mercadorias que eram sujeitas ao regime de substituição tributária no regime normal. Segundo as planilhas disponibilizadas pela autoridade fazendária, o valor creditado indevidamente totalizou o montante de R\$57.092,88.

Friza que a metodologia adotada na fiscalização para apuração do crédito do ICMS é completamente equivocada, pois não se pode simplesmente cobrar o imposto decorrente da glosa de créditos sem antes verificar a repercussão dessa glosa na apuração do ICMS do período. Isto porque existem períodos em que há saldo credor de ICMS, de maneira que a repercussão da glosa do crédito indevido só sendo verificada meses depois, fato que influencia diretamente no

cômputo dos juros. Ademais, no presente caso, justamente em razão do já mencionado erro de parametrização, ao dar saída as mercadorias indevidamente classificadas como sujeitas ao regime normal, a impugnante acabava se debitando do ICMS, anulando qualquer efeito do crédito indevidamente aproveitado. Portanto, ainda que tenham existido créditos indevidos, houve também débitos indevidos, de maneira que não poderia ter sido cobrado qualquer valor a título de imposto.

Argumenta que, ainda que se supere o argumento anterior, fato é que pelas planilhas que embasaram o presente auto de infração, constata-se que o auditor fiscal equivocadamente considerou como indevidos os créditos fiscais decorrentes de operações relativas a mercadorias que se sujeitavam ao regime normal e, portanto, eram passíveis de creditamento.

Por último, ressalta que o fiscal também se equivocou no cálculo dos juros, visto que apôs em sua planilha a referência ao ano de 2012, quando, na verdade, tratavam-se dos anos de 2013, 2014 e 2015.

Ressalta a o ICMS devido em um período resultará da diferença positiva do confronto entre os débitos e os créditos no período considerado, conforme determina o art. 305 do RICMS/2012.

Entende que deveria o fiscal ter glosado os créditos indevidos e verificado o resultado da glosa na apuração do período, pois eventualmente o contribuinte pode apresentar saldo credor em tal montante que, mesmo após a glosa dos créditos, não resulte qualquer montante a ser pago. Desse modo, pode ser que a glosa do crédito só tenha efeito em relação ao ICMS de período posterior, fato que influencia diretamente no cálculo dos juros devidos pela falta de pagamento do imposto, citando jurisprudência do STJ.

A respeito da possibilidade de aproveitamento de créditos sobre produtos não sujeitos ao ICMS-ST que constaram indevidamente na planilha que embasa a presente autuação, diz que, como se sabe, a vedação da utilização do crédito fiscal relativo a aquisição de mercadorias está disposta no Art. 97 do RICMS/BA (Decreto Estadual nº 6.284/97).

Destaca que da leitura desse dispositivo depreende-se que é vedada a utilização de crédito fiscal decorrente de operações de aquisição de mercadoria que, nos termos da legislação, esteja sujeita ao regime de substituição tributária. Logo, por derivação lógica, a utilização do crédito fiscal não é vedada nas operações com mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação.

Ressalta que ao analisar as planilhas elaboradas pela fiscalização, a impugnante acabou por identificar diversas mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária e, que, equivocadamente, foram incluídas no computo da infração decorrente da utilização indevida de crédito fiscal. Entretanto, como tais mercadorias estão sujeitas ao regime normal de tributação, o crédito decorrente da operação de aquisição dessas mercadorias é autorizado pela legislação pertinente.

Apenas a título exemplificativo, destacam-se algumas mercadorias indevidamente incluídas na planilha demonstrativa da infração (cortinas e varão para cortina):

*CORTINA ELITE 200X180  
CORTINA POLLY 200X230  
CORTINA ELITE 200X180  
CORT RUSTICA ARTESIAN 200X230 B JANELA  
CORTINA RUSTICA ARTESIAN LISA 200X180  
CORTINA MONTREAL COM BLACKOUT 200X230  
CORTINA VEGAS 200X180  
CORTINA LUANDA COM BLACKOUT 200X180  
CORTINA DE PORTA TULIPA 230X270 ANATEX  
CORTINA PVC 180X200 ROMA IMPORTS  
KIT VARAO PARA BOX EM ALUMINIO F E COLORES*

Logo, entende que deve ser reconhecida a parcial improcedência do auto de infração em análise, sendo determinada, ainda, a exclusão do valor da infração os valores relativos as mercadorias que não estão sujeitas ao regime da substituição tributária.

Quanto a impossibilidade de cobrança de ICMS pela inexistência da falta de pagamento do imposto com as mercadorias sujeitas à substituição tributária, diz que, como já narrado, o creditamento sobre as aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária decorreu de erro de parametrização dos sistemas contábeis da impugnante, que tratou esses produtos como normais, creditando na entrada e debitando na saída. Ou seja, os créditos aproveitados indevidamente acabaram sendo anulados pelas saídas com débitos também indevidos, inexistindo qualquer prejuízo para o fisco em decorrência do malsinado erro de parametrização. Como prova de tais alegações, junta-se aos autos exemplos de relatórios, onde se constata que as operações de saída dos produtos que eram sujeitos ao regime de substituição tributária foram devidamente escrituradas com o destaque do débito do ICMS (doc. 04 – relatório do sistema contábil).

Conclui que, tendo em vista a inocorrência da utilização indevida de créditos fiscais, e da clarividente ausência de prejuízo ao fisco baiano, conclui-se pela improcedência do auto de infração ora impugnado.

Sobre a necessidade do recálculo dos juros, observa que o fiscal também se equivocou no cálculo dos juros de parte da infração, visto que foi utilizado como referência o ano de 2012, quando, na verdade, tratavam-se dos anos de 2013, 2014 e 2015. Tal fato pode ser facilmente percebido pelo cotejo entre as informações constantes na descrição do auto de infração e as apontadas nas planilhas confeccionadas pelo próprio fiscal e que fazem parte da documentação que fundamenta a infração.

Destaca que em que pese a descrição constante no auto indicar como período da infração o ano de 2012, os fatos e as próprias planilhas fornecidas pela fiscalização, atestam que as supostas infrações, ocorreram, na realidade, nos anos de 2013, 2014 e 2015. Assim, em razão do equívoco na indicação do exercício fiscalizado, o cálculo dos juros moratórios foi realizado de maneira indevida e mais onerosa:

Logo, entende ser indispensável o reconhecimento da improcedência do método de cálculo dos juros moratórios, devendo ser, caso mantida a infração, recalculado o montante devido a título de juros, aplicando-se como data base o exercício em que de fato foram apurados os supostos fatos geradores.

No tocante às infrações 05 e 06, aduz que o erro no recolhimento do imposto se deu em razão de um equívoco na parametrização do sistema contábil da empresa, que classificou algumas mercadorias (sobretudo bolsas, sapatos e cintos) como se estas estivessem sujeitas ao regime de substituição tributária, de maneira que não haviam débitos de ICMS nas saídas. Em que pese o erro, novamente deve ser ressaltada a ilegalidade da metodologia utilizada, a qual não considerou a apuração (encontro de débitos e créditos) do período e realizou o lançamento do ICMS em igual montante ao valor não debitado, desconsiderando que em alguns dos períodos autuados existiam saldos credores capazes de suportar o ICMS que deixou de ser recolhido.

Salienta que, como consequência do mencionado erro de parametrização, em que pese não ter existido o débito do ICMS na saída de algumas mercadorias indevidamente classificadas como ST, também não houve o aproveitamento de créditos referente a essas mesmas mercadorias, o que deve ser considerado para fins de abatimento do imposto devido ao fisco baiano.

Realça que: *“Quanto a parcial nulidade da infração 06, diz que, antes de adentrar no mérito da defesa dos autos de infração 05 e 06, deve-se destacar que o fiscal não disponibilizou as planilhas demonstrativas do crédito fiscal relacionado às competências 12/2011 e 12/2012 da infração 06 – 03.02.05. Sem poder analisar como o fiscal chegou ao montante cobrado, quais mercadorias tiveram operações com a tributação considerada errada, fica evidente a impossibilidade de efetivação da ampla defesa e do contraditório.”*

Salienta que, sobre a improcedência das infrações 05 e 06 diante do equívoco da metodologia utilizada para apuração do ICMS, para que a presente defesa não se torne repetitiva, remete-se o julgador ao tópico da infração 01, onde se expõe o embasamento legal da necessidade de que os

eventuais erros referentes aos débitos e créditos em operações com mercadorias sejam levados para a apuração do período. Como o fiscal não procedeu dessa maneira e tão somente realizou o lançamento no montante do débito não verificado na saída, desconsiderando a possibilidade de saldos credores nos períodos autuados, pode-se afirmar que as infrações são improcedentes em decorrência do equívoco na metodologia utilizada.

Aduz improcedência parcial das infrações 05 e 06 pela necessária consideração dos créditos fiscais oriundos da aquisição de mercadorias que deixaram de ter ICMS debitado na saída, observa que, inicialmente, destaca que o estabelecimento autuado é vinculado a uma rede de lojas cuja sede está localizada no estado do Ceará, motivo pelo qual, equivocadamente, acabou vinculando algumas de suas operações com o sistema de apuração aplicável a esse estado.

Diz que esse fato fica evidenciado a partir da análise das planilhas elaboradas pela fiscalização, onde se percebe que grande parte das operações que suscitaram a autuação ocorreram com mochilas, bolsas e cintos, mercadorias que estão sujeitas ao regime da substituição tributária no Ceará, nos termos do Decreto Estadual - CE nº. 28.326/2006. Assim, resta evidente que o equívoco foi ocasionado por erro na parametrização do sistema fiscal do contribuinte, que acabou por aplicar o regime de substituição tributária – sem débitos de ICMS na saída - a produtos que não estão sujeitos a tal regime no Estado da Bahia.

Reitera que ainda que não tenha havido o débito, esse mesmo erro de parametrização terminou por ocasionar o não aproveitamento de créditos devidamente destacados e completamente legais. Assim, em que pese o erro que acarretou a falta de tributação nas saídas dessas mercadorias, pode-se afirmar que não pode o fiscal simplesmente cobrar esses valores sem considerar os correspondentes créditos que deveriam ter sido tomados e não foram.

Nesse sentido, observa que alguns relatórios extraídos do sistema contábil da impugnante que atestam que as mercadorias que constam na planilha para as quais não houve débito do ICMS não tiveram o correspondente crédito aproveitado pelo contribuinte (doc. 05). Argumenta que a revisão realizada pelo fiscal não deve ser realizada apenas em proveito do fisco, podendo e devendo ser realizada também em favor dos contribuintes, uma vez que os tributos decorrem diretamente da lei, citando doutrina sobre o tema.

Em seu entendimento, não pode o ente tributante fiscalizar um período e, concluindo haver incorreção na apuração do ICMS deste período, proceder com a revisão de ofício apenas levando em consideração os aspectos que aumentem o crédito fiscal, deve o ente tributante verificar se houve prejuízo ao erário, só sendo devida a autuação para cobrar ICMS caso, após o batimento de contas, tenha restado débito de imposto a pagar, transcrevendo trechos de decisões do Tribunal de Justiça da Bahia.

Diante do exposto, a autuação é improcedente, pois deveria ter sido reapurado todo o ICMS nas operações com mercadorias indevidamente classificadas como sujeitas ao regime de substituição tributária, necessariamente levando em consideração os créditos sobre as aquisições que também deixaram de ser aproveitados em virtude do mesmo erro de classificação pelo contribuinte.

Aduz que, diante de tudo que foi exposto, é imprescindível a realização de perícia sobre as planilhas da autuação e os documentos fiscais da impugnante para que sejam respondidas às seguintes questões:

*Em relação à Infração 02 :*

*1) Examinando-se a planilha da fiscalização, verifica-se a indevida inserção de mercadorias não sujeitas ao ICMS-ST sobre as quais o crédito sobre a aquisição é autorizado pela legislação? Qual montante do crédito autorizado?*

*2) Analisando-se as planilhas da fiscalização e a EFD do contribuinte, pode-se afirmar que os produtos para os quais houve o suposto creditamento indevido de ICMS foram objeto de saídas indevidamente tributadas pelo ICMS?*

*3) Comparando-se o montante indevidamente creditado que foi apontado pela fiscalização e o valor destacado indevidamente sobre as saídas da impugnante, houve algum prejuízo ao fisco baiano pelo creditamento indevido autuado? Qual montante do prejuízo?*

4) Realizando-se os ajustes em decorrência dos pontos apontados nos itens anteriores, qual o montante supostamente creditado indevidamente?

5) A partir do valor a que se chegou no quesito 4, qual o montante devido a título de ICMS levando-se em consideração o efeito da glosa do crédito dentro da apuração de cada período autuado, considerando inclusive a questão dos juros incidentes levantada pelo contribuinte?

*Em relação às Infrações 05 e 06:*

6) As operações com mercadorias apontadas nas planilhas da fiscalização sem o débito de ICMS nas saídas tiveram aproveitamento de ICMS quando das suas aquisições pela impugnante?

7) Abatendo-se do montante que deixou de ser debitado e o valor que deixou de ser aproveitado a título de crédito sobre as aquisições das mesmas mercadorias, qual o montante do prejuízo ao fisco baiano pelas infrações levando-se em consideração o efeito dentro da apuração de cada período autuado?

Diz acreditar que ao final restará devidamente caracterizada a improcedência da autuação.

Ao finalizar requer que o deferimento da perícia requerida e ainda:

*Em relação à infração 02:*

b) Improcedência da autuação diante da equivocada metodologia de apuração do ICMS, que não considerou o efeito da infração na apuração fiscal do período;

c) Improcedência da autuação em relação às mercadorias para as quais não há substituição tributária;

d) Improcedência da autuação diante da falta de prejuízo, uma vez que as mercadorias para as quais houve o crédito indevido houve também o correspondente débito indevido do ICMS;

e) Improcedência parcial pelo recálculo dos juros nos termos já mencionados;

*Em relação às infrações 05 e 06 -*

f) Nulidade parcial em relação às competências 12/2011 e 12/2012 da infração 06 – 03.02.05, cujas planilhas de autuação não foram disponibilizadas para realização de defesa;

g) Improcedência da autuação diante da equivocada metodologia de apuração do ICMS, que não considerou o efeito da infração na apuração fiscal do período;

h) Improcedência da autuação diante da falta de prejuízo, uma vez que se deve levar em consideração o crédito de ICMS não aproveitado para fins de abater o imposto que deixou de ser debitado na saída pela impugnante.

O autuante em sua Informação Fiscal, fls. 82 a 87, em relação à infração 02, frisa que em 2011 os valores constantes no auto de infração, estão corretos e são de fato de 2011. O equívoco ocorrido é que por algum motivo, os valores das infrações mensais foram acumulados e lançados em apenas no mês de dezembro. Neste caso, a infração deste ano deve ser desmembrada da seguinte forma, conforme consta na planilha Credito Indevido 2011 Produto Substituição Tributária Resumo, que foi encaminhado ao contribuinte com o referido auto de infração, nos arquivos inseridos no CD anexo ao processo. Neste caso, as datas das infrações devem ser alteradas para as indicadas na primeira coluna da tabela abaixo:

Mes	Ano	VlDevidoAud	VlAjustEmpr	Crédito Indevido
31/12/11	2011	96,39	0	96,39
31/01/11	2011	308,21	0	308,21

*total* 404,60

Sobre o reflexo do uso do crédito indevido ser absorvido por eventual saldo credor, salienta que não é possível uma vez que os saldos de 2011 são todos devedores.

Em relação ao exercício de 2012: *Não foi detectada a infração. O valor R\$ 17.592,00 que consta de 31/12/2012, refere-se aos valores do ano de 2013, e são assim descritos em cada mês:*

Mes	Ano	VlDevidoAud	VlAjustEmpr	Crédito Indevido
1	2013	522,31	-	522,31
2	2013	1.027,29	-	1.027,29
3	2013	901,44	-	901,44
4	2013	431,67	-	431,67
5	2013	369,35	-	369,35
6	2013	527,53	-	527,53
7	2013	579,05	-	579,05

8	2013	1.388,01	-	1.388,01
9	2013	766,05	-	766,05
10	2013	2.307,71	683,25	1.624,46
11	2013	1.845,47	34,15	1.811,32
12	2013	1.714,77	-	1.714,77
				11.663,25

Destaca que os valores de R\$ 683,25 e R\$ 34,15 nos meses de outubro e novembro referem-se a saldos credores no conta corrente fiscal que foram utilizados para abater o débito. Também foram excluídos da apuração o imposto referente às mercadorias cortina e kit varão.

Realça que o valor total desta infração em 2013 passa a ser de R\$11.663,25

Em relação ao valor de R\$ 20.025,53, aduz que:

*Em 2014 – O valor R\$ 20.025,53, que consta como período 29/02/2012, é na verdade, referente aos meses do ano de 2014. E foram assim descritos mensalmente: Foram excluídos os valores referentes a meses em que o saldo se apresentou credor.*

Mes	Ano	VlDevidoAud	VlAjustEmpr	Crédito Indevido
1	2014	792,54	-	792,54
2	2014	1.195,09	-	1.195,09
3	2014	525,60	-	525,60
4	2014		-	-
5	2014		-	-
6	2014	830,15	-	830,15
7	2014		-	-
8	2014		-	-
9	2014		-	-
10	2014		-	-
11	2014	1.394,39	-	1.394,39
12	2014	1.431,96	-	1.431,96
				6.169,73

*exclui- saldo credor conta corrente  
exclui- saldo credor conta corrente*

Conclui que: Logo o valor em 29/02/2012, deverá ser substituído por valores parciais conforme tabela acima.

Em relação ao valor de R\$19.070,75, aduz que:

*Em 2015 – O valor de R\$19.070,75, do período de 31/03/2012, refere-se aos meses do ano de 2015, que constam conforme descrito na tabela abaixo: Foram excluídos os valores dos meses em que a apuração apresentou saldo credor.*

Mes	Ano	VlDevidoAud	VlAjustEmpr	VlIcmsDevido	Observacao
1	2015	390,72		390,72	
2	2015	614,54		614,54	
3	2015	760,86		760,86	
4	2015	321,76		321,76	
5	2015	881,89		881,89	
7	2015	1.288,10		-	<i>excluiu - saldo credor no conta corrente</i>
9	2015	96,28		96,28	<i>excluiu - saldo credor no conta corrente</i>
11	2015	5.283,54		-	<i>excluiu - saldo credor no conta corrente</i>

3.066,05

Conclui que: Logo, o valor total de R\$19.070,75 de 31/03/2012, deve ser substituído por cada um dos valores acima indicados.

Concluindo sobre à infração 02: “utilização de crédito indevido, os valores deverão ser alterados conforme apresentado anteriormente. Foram excluídos os valores referentes às mercadorias que foram parametrizadas indevidamente como substituídas pelo autuante. Assim, considero que esta infração deva ser julgada parcialmente procedente.”

Quanto à infração 05, destaca que, em primeiro lugar, admite o erro no lançamento do valor do imposto cuja data de ocorrência consta 31/12/2011. Argumenta que na transposição dos valores das planilhas para o auto de infração, em vez de ser lançado mês a mês cada valor, foi transposto o valor total referente à infração. Sendo assim, onde conta o valor R\$19.018,45 da infração 05, o valor deverá ser substituído pelos valores em seus respectivos anos, conforme planilha às folhas 84 e 85 dos autos.

Sobre a possibilidade de utilização dos valores na apuração do imposto, informa que os saldos do conta corrente do contribuinte sempre foram devedores nos anos de 2011 e 2012.

No tocante à infração 06, destaca da mesma forma que ocorreu o equívoco na infração anterior, no momento da transposição dos valores mensais, apenas o valor total da infração anual foi levado para o auto de infração. Desta forma, informa que os valores apurados mensalmente são os descritos nas tabelas, fls. 85 e 86 dos autos.

Observo ainda que os valores referentes às ocorrências de 31/12/2011, no valor de R\$2.139,40 e ocorrência de 31/12/2012, no valor de R\$341,00 devem ser excluídos do referido auto de infração por serem indevidos.

Sendo assim, opina que o auto de infração seja julgado procedente em parte com as alterações que foram feitas acima descritas.

O autuado, em sua 2<sup>a</sup> manifestação defensiva, fls. 93 a 95, sobre a Informação Fiscal, diz que, ao prestar as referidas informações, a autoridade fiscal incorreu em omissão ao deixar de analisar todas as questões apresentadas na impugnação, se manifestando apenas a respeito do equívoco da metodologia utilizada para apuração do ICMS, constante da infração 02. Assim, ainda se faz necessária a realização de perícia sobre as planilhas da autuação e os documentos fiscais no que se refere às outras infrações, as quais serão demonstradas a seguir.

Sobre a Infração 02, reitera que por erro de parametrização em seus sistemas contábeis, a autora tratou as mercadorias elencadas na infração e sujeitas ao regime de substituição tributária como normais, creditando-se de ICMS na entrada e debitando-se do referido imposto na saída. Entretanto, reitera também que houve equívoco do fiscal ao incluir no computo da infração diversas mercadorias que não estão sujeitas ao regime de tributação tributária.

Assim, entende necessário o abatimento dos valores relativos aos créditos decorrentes da aquisição de produtos não sujeitos ao ICMS-ST do valor total da infração.

Ressalta que os créditos aproveitados indevidamente pela autora acabaram sendo anulados pelas saídas que se realizaram com o débito indevido de ICMS, tornando clarividente a ausência de prejuízo ao fisco em virtude do malsinado erro de parametrização.

Frisa que ainda se mantém a necessidade de baixar o processo para apurar o valor dos créditos de produtos que não se sujeitavam ao ST e dos débitos indevidos de ICMS sobre mercadorias que não foram tratadas como ST, abatendo-os do valor da autuação.

No tocante às Infrações 05 e 06, reitera que o erro de parametrização do sistema fiscal da autora, que acabou por aplicar o regime de substituição tributária a produtos que não estão sujeitos a tal regime no Estado da Bahia, não se debitando do ICMS nas saídas. Entende que, por mais que não tenha havido tal débito, este erro também gerou o não aproveitamento dos créditos devidos, não podendo, consequentemente, o fiscal cobrar esses valores sem considerar os créditos que deveriam ter sido tomados e não foram.

Conclui defendendo a improcedência da autuação, uma vez que deve se levar em consideração os créditos sobre as aquisições desses produtos para fins de abatimento dos valores que deixaram de ser debitados.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de 09 infrações.

O autuado reconheceu às infrações 01, 03, 04, 07, 08 e 09. Assim, entendo que a mesmas restaram caracterizadas, pois não existe lide.

Logo, a lide persiste em relação às infrações 02, 05 e 06.

Inicialmente, não acolho a preliminar 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.

Sobre a alegação de “*Nulidade parcial em relação às competências 12/2011 e 12/2012 da infração 06 – 03.02.05, cujas planilhas de autuação não foram disponibilizadas para realização de defesa*”, cabe ressaltar que na informação fiscal o autuante esclareceu esse fato, inclusive corrigindo as datas, elaborando novo demonstrativo fiscal, o qual foi entregue ao autuado e lhe foi concedido novo para de manifestação defensiva, tendo o sujeito passivo se manifestado sobre o trabalho de revisão, fls. 93 a 95 dos autos.

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.

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 inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “b” do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

No mérito, propriamente dito, na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente de crédito fiscal de ICMS, no valor histórico de R\$57.092,88, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que:

- 1) *Improcedência da autuação diante da equivocada metodologia de apuração do ICMS, que não considerou o efeito da infração na apuração fiscal do período;*
- 2) *Improcedência da autuação em relação às mercadorias para as quais não há substituição tributária;*
- 3) *Improcedência da autuação diante da falta de prejuízo, uma vez que as mercadorias para as quais houve o crédito indevido houve também o correspondente débito indevido do ICMS;*
- 4) *Improcedência parcial pelo recálculo dos juros nos termos já mencionados;*

Em relação ao primeiro argumento defensivo, embora o autuante tenha reconhecido seus erros em relação às datas dos fatos geradores, entretanto, entendo que tal argumento defensivo não é capaz de elidir a imputação, uma vez que o autuante, quando da informação fiscal, esclareceu os motivos dos erros e corrigiu as referidas datas, apresentando novo demonstrativo com as datas corretas, as quais já constavam do CD entregue ao contribuinte juntamente com a ciência da autuação.

Acolho o segundo argumento defensivo “*Improcedência da autuação em relação às mercadorias para as quais não há substituição tributária*”, fato que foi acatado pelo próprio autuante ao realizar a revisão do levantamento, durante sua informação fiscal. Assim, fica mantida as exclusões das cortinas e kit varão.

Não pode ser acolhido o terceiro argumento defensivo de “*... falta de prejuízo, uma vez que as mercadorias para as quais houve o crédito indevido houve também o correspondente débito indevido do ICMS*”, uma vez que a defesa não comprovou que todas as compras dessas mercadorias teriam saídas correspondente com tributação.

Igualmente não cabe acolhimento ao 4º argumento defensivo, pelas mesmas razões do não acolhimento da alegação do primeiro argumento.

Cabe, ainda, destacar que na segunda manifestação defensivo, ou seja, após a revisão fiscal elaborada pelo autuante, a defesa não apresentou nenhum argumento novo. Continuou tentando justificar a utilização dos créditos indevidos sobre mercadorias adquiridas com o imposto pago pelo Regime de Substituição, o que é expressamente vedado pela legislação do ICMS.

Reiterou, na última manifestação defensiva, seu argumento de existência de mercadorias enquadrada no regime normal, entretanto, sem apontar nenhuma das supostas mercadorias. As apontadas na defesa inicial forma excluídas pelo autuante, quando da revisão fiscal. Assim, cabe destacar que 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.

Logo, entendo que à infração 02 restou parcialmente caracterizada, conforme planilhas revisadas na informação fiscal, consignada no relatório do presente acórdão, conforme abaixo:

<b>MÊS</b>	<b>ANO</b>	<b>ICMS DEVIDO</b>
1	2011	308,21
12	2011	96,39
1	2013	522,31
2	2013	1.027,29
3	2013	901,44
4	2013	431,67
5	2013	369,35
6	2013	527,53
7	2013	579,05
8	2013	1.388,01
9	2013	766,05
10	2013	1.624,46
11	2013	1.811,32
12	2013	1.714,77
1	2014	792,54
2	2014	1.195,09
3	2014	525,60
4	2014	0,00
5	2014	0,00
6	2014	830,15
7	2014	0,00
8	2014	0,00

9	2014	0,00
10	2014	0,00
11	2014	1.394,39
12	2014	1.431,96
1	2015	390,72
2	2015	614,54
3	2015	760,86
4	2015	321,76
5	2015	881,89
7	2015	0,00
9	2015	96,28
11	2015	0,00
<b>TOTAL INF. 02</b>		<b>21.303,63</b>

As infrações 05 e 06 foram tratadas conjuntamente pela defesa, razão pela qual serão examinadas da mesma forma.

Na infração 05 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menor ICMS, no valor histórico de R\$25.712,08, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Por sua vez, na infração 06 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menor ICMS, no valor histórico de R\$37.726,11, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que:

- 1) *Nulidade parcial em relação às competências 12/2011 e 12/2012 da infração 06 – 03.02.05, cujas planilhas de autuação não foram disponibilizadas para realização de defesa;*
- 2) *Improcedência da autuação diante da equivocada metodologia de apuração do ICMS, que não considerou o efeito da infração na apuração fiscal do período;*
- 3) *Improcedência da autuação diante da falta de prejuízo, uma vez que se deve levar em consideração o crédito de ICMS não aproveitado para fins de abater o imposto que deixou de ser debitado na saída pela impugnante.*

Como podemos observar, os argumentos de “*Improcedência da autuação diante da equivocada metodologia de apuração do ICMS, que não considerou o efeito da infração na apuração fiscal do período;*” e “*Improcedência da autuação diante da falta de prejuízo, uma vez que se deve levar em consideração o crédito de ICMS não aproveitado para fins de abater o imposto que deixou de ser debitado na saída pela impugnante*”, os mesmo já foram examinadas e afastados neste voto, quando do exame da infração 02, não sendo necessários reproduzir os motivos do não acolhimento de ambos argumentos.

Com relação ao argumento de *Nulidade parcial em relação às competências 12/2011 e 12/2012 da infração 06 – 03.02.05, cujas planilhas de autuação não foram disponibilizadas para realização de defesa*, como já dito no exame da preliminar de nulidade, no início do presente voto, na informação fiscal o autuante esclareceu esse fato, destacando que da mesma forma que ocorreu o equívoco na infração 05, no momento da transposição dos valores mensais, apenas o valor total da infração anual foi levado para o auto de infração. Observou, ainda o autuante, que os valores referentes às ocorrências de 31/12/2011, no valor de R\$2.139,40 e ocorrência de 31/12/2012, no valor de R\$341,00 devem ser excluídos do referido auto de infração por serem indevidos.

Constatou que o autuante corrigiu as datas, elaborando novo demonstrativo fiscal, o qual foi entregue ao autuado e lhe foi concedido novo prazo para manifestação defensiva, tendo o sujeito passivo se manifestado sobre o trabalho de revisão, fls. 93 a 95 dos autos, sem apresentar nenhum fato novo.

Logo, à infração 05 restou parcialmente caracterizada, conforme planilhas revisadas na informação, conforme abaixo:

MES	ANO	ICMS DEVIDO
1	2011	1.588,43
2	2011	1.330,20
3	2011	1.582,76
4	2011	1.919,12
5	2011	1.524,89
6	2011	1.622,87
7	2011	1.098,15
8	2011	1.227,76
9	2011	1.394,28
10	2011	1.456,99
11	2011	1.664,62
12	2011	2.488,92
1	2012	892,9
2	2012	852,18
3	2012	1.369,77
4	2012	698,97
5	2012	830,86
6	2012	960,66
7	2012	760,43
8	2012	203,93
9	2012	33,44
10	2012	10,36
11	2012	57,04
12	2012	23,09
<b>TOTAL INF. 05</b>		<b>25.592,62</b>

Assim, à infração 06 restou parcialmente caracterizada, conforme planilhas revisadas na informação, conforme abaixo:

MES	ANO	ICMS DEVIDO
1	2013	113,37
2	2013	33,99
3	2013	79,88
4	2013	87,19
5	2013	132,91
6	2013	321,57
7	2013	383,26
8	2013	837,13
9	2013	440,91
10	2013	375,79
11	2013	354,87
12	2013	925,97
1	2014	576,64
2	2014	647,43

3	2014	207,46
4	2014	0,00
5	2014	0,00
6	2014	214,59
7	2014	0,00
8	2014	0,00
9	2014	0,00
10	2014	0,00
11	2014	2.664,84
12	2014	3.512,26
1	2015	2.522,80
2	2015	2.013,57
3	2015	1.965,48
4	2015	1.472,86
5	2015	1.710,83
6	2015	2.010,63
7	2015	0,00
8	2015	1.487,39
9	2015	764,65
10	2015	583,10
11	2015	0,00
12	2015	0,00
<b>TOTAL INF. 06</b>		<b>26.441,37</b>

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL o auto de infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE	9,22
2	PROCEDENTE EM PARTE	21.303,63
3	PROCEDENTE	1.205,83
4	PROCEDENTE	1.358,85
5	PROCEDENTE EM PARTE	25.592,62
6	PROCEDENTE EM PARTE	26.441,37
7	PROCEDENTE	88,26
8	PROCEDENTE	2.801,95
9	PROCEDENTE	6.831,86
<b>TOTAL</b>		<b>85.633,59</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2797333002/16-2, lavrado contra **ESPLANADA BRASIL S.A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.999,78**, acrescido da multa de 60% sobre R\$74.793,95 e 100% sobre R\$1.205,83 previstas no art. 42, inciso II, alínea “a”, inciso III e inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de ACÓRDÃO JJF Nº 0084-02/17

obrigações acessórias no valor de **R\$9.633,81**, previstas no art. 42, incisos IX e XI do mesmo dispositivo legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR