

A. I. N° - 279462.0005/17-7
AUTUADO - FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20.11.2018

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0157-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) PRODUTOS ENQUADRADOS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Item subsistente. b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Revisão dos valores lançados com a exclusão das notas fiscais de complementação de preços e da N.F. em que o destaque do imposto constou do campo “Informações Complementares” do documento. Item parcialmente mantido. c) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ORIGINÁRIAS DE IMPORTAÇÃO. Exigência fiscal que recaiu sobre entradas de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação originárias de importação. Alíquota de 4%. Crédito fiscal reduzido à alíquota correta. Inexistência de cobrança em duplicidade. Exclusão de valores cobrados antes de 01/01/2013. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA. Operações de saídas acobertadas com emissão de cupom fiscal de produtos de informática (*desktops, notebooks e tablets*) e óculos. Comprovado que o contribuinte adotou reduções de base cálculo incorretas para as operações com as citadas mercadorias. Item mantido sem alterações. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. No cálculo do imposto foi tomado por base a diferença de maior expressão monetária – as omissões de saídas. Excluídas da exigência fiscal as saídas de produtos enquadrados na substituição tributária: operações subsequentes com fase de tributação encerrada. Inexistência de cobrança do imposto por presunção. Não acolhidas as preliminares de nulidade e afastada a arguição de ilegalidade e desproporcionalidade das multas aplicadas. Indeferido pedido de diligência. Remessa dos autos para homologação dos valores recolhidos pelo contribuinte na fase de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 25/09/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$109.226,91 com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s)

adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme consta nas planilhas Demonstrativo: Crédito Indevido - Mercadoria com ICMS Substituído – Anexo I. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$14.802,50. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), conforme consta nas planilhas: Demonstrativo: Crédito Fiscal a Maior que o Destacado na Nota Fiscal - Anexo II. Fato gerador ocorrido no mês de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a novembro de 2014. Valor exigido: R\$11.259,08. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), conforme consta na planilha Crédito a Maior 2013. Anexo III. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a julho, outubro a dezembro de 2013. Valor exigido: R\$5.856,39. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96; Complemento: *"Adquiriu, em operação interestadual, mercadoria importada com alíquota superior a 4% (quatro por cento)."*

INFRAÇÃO 04 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme consta nas planilhas Demonstrativo: Débito a Menor - Operações com ECF - Erro na Determinação da Carga Tributária - Anexo IV. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$53.634,09. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 05 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme consta nas planilhas Demonstrativo: Saídas de Mercadorias Tributadas maior que a de Entradas - Anexo V. Fato gerador ocorrido nos meses de dezembro de 2013 e janeiro de 2014. Valor exigido: R\$23.674,85. Multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 25/09/2017, e ingressou com impugnação administrativa em 27/11/2017, em petição (fls. 79/105) subscrita por advogado, conforme procuração de fl. 107.

De início, discorreu acerca da tempestividade da impugnação e reproduziu o conteúdo das infrações.

Preliminarmente, suscitou nulidade do lançamento em relação à ausência de comprovação das infrações, descumprimento de dispositivos expressos e de preterição do direito de defesa.

Citou o art. 2º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), alegando que na autuação ocorreu violação dos princípios que regem a produção do processo administrativo fiscal, como a oficialidade, a legalidade objetiva, a verdade material, o informalismo e a garantia de ampla defesa.

Destacou que um dos requisitos para liquidez do auto de infração é que o mesmo apresente todos os dados relacionados à comprovação do valor exigido, através de minuciosa descrição da infração e dos documentos que a comprove. Disse que o fiscal afrontou os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em afronta ao art. 39, inc. VI do RPAF – cujo texto foi reproduzido na inicial.

Explicou que a comprovação da exigência fiscal tem por base um demonstrativo (planilha), no qual são apresentados os números das notas fiscais e seus respectivos valores. Observou que a despeito da menção de tais notas, não foram apresentados os documentos fiscais em seu

demonstrativo, muito menos os registros fiscais e contábeis para comprovar que a autuada utilizou crédito fiscal indevido, não logrando êxito o fisco na comprovação das acusações com base nos dados dispostos nas planilhas do Auto de Infração.

Reforçou que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade para a fiscalização. Ressaltou que a planilha apresentada, mesmo elaborada com dados do contribuinte, não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Afirmou que a ausência da documentação fiscal mencionada prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização em relação à materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Salientou que o § 1º, do art. 39 do RPAF, só excepciona as exigências meramente formais, sendo que o lançamento incorre em nulidade, por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência dos documentos fiscais não é passível de convalidação, simplesmente porque não são supríveis ou presumíveis.

Transcreveu várias decisões do TATE – Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco (AI SF 2014.000004865198-84 TATE 00.889/15-6. AUTUADA: SALVIANO COMÉRCIO ATACADISTA DE MATERIAL ELÉTRICO. CACEPE: 0371137-47. ACÓRDÃO 4ª TJ 0077/2016(02). RELATOR: JULGADOR MARCONI DE QUEIROZ CAMPOS; AI SF 2014.000005958067-11. TATE 00.200/15-8. AUTUADO: CHRISTIANE FERREIRA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - CACEPE: 0312893-80. RELATOR: JULGADOR MARCONI DE QUEIROZ CAMPOS. ACÓRDÃO 1ª TJ N.º 0031/2015(12); AI SF 2012.000001861146-60 TATE 01.172/12-3. AUTUADO: BEZERRA CALÇADOS LTDA. CACEPE: 0384603-27. ACÓRDÃO 1ª TJ N.º 0033/2014(12). RELATOR: JULGADOR MARCONI DE QUEIROZ CAMPOS; RECURSO ORDINÁRIO REFERENTE AO ACÓRDÃO 4ª TJ N.º 0045/2013(07). AUTO DE INFRAÇÃO SF N.º 2011.000003166261-90. TATE 00.120/12-0. AUTUADA: PAMESA DO BRASIL S/A. CACEPE: 0265842-98. ADVOGADOS: ANTONIO MÁRIO DE ABREU PINTO, OAB/PE N.º 7.687, SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETO, OAB/PE N.º 18.616, CARLOS FREDERICO CORDEIRO DOS SANTOS, OAB/PE N.º 20.653 E OUTROS. RELATOR: JULGADOR MARCONI DE QUEIROZ CAMPOS. PROLATOR: JULGADOR WILTON RIBEIRO. ACÓRDÃO PLENO N.º 0158/2014(14)), no sentido de que a apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados, o que não foi observado pelo fisco, posto que não foram apresentadas as planilhas impressas em sua totalidade.

Acrescentou que a apresentação da chave de acesso, não desobriga a fiscalização de apresentar os documentos fiscais, pois deve a mesma discriminar todos os documentos utilizados pelo Fisco para confecção da planilha ou demonstrativo de crédito tributário. Reiterou que a validade do lançamento sem anexar todos os documentos utilizados no levantamento fiscal não é suficiente para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário, sendo que a segurança jurídica só se perfaz com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim.

Sustentou, mais uma vez, que o lançamento não fornece segurança, sendo necessária a apresentação dos documentos que lhe deem respaldo e só a menção de não registro das notas fiscais, sem apresentar os documentos pertinentes, não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só da autuada, mas também do corpo julgador administrativo, em especial quando o raciocínio matemático aplicado em que se quer confirmar o resultado apontado, conforme o teor do art. 142 do CTN, segundo o qual compete a autoridade discriminar claramente e precisamente: os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados, pois para ser válido o Auto de Infração, tem que ser claro, límpido, de modo tanto a provar o fato gerador e corretamente tipificá-lo. E qualquer ambiguidade o invalida.

Sustenta o afastamento completo da autuação, isto porque o fato gerador nada mais é do que a adequação do fato (desde que provado), à norma (art. 114 do CTN), e às respectivas bases de cálculo e alíquotas, sendo que o Fisco não agiu em conformidade com essa regra, pois apresentou um débito sem os documentos correlatos, desprezando o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado ao autuado (art. 5º, LV da Constituição). Reproduziu o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 e alguns julgados do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF - 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - AI Nº - 207110.1205/99-6, ACÓRDÃO JJF Nº 2027/00, DOE - 02/08/00; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL – AI Nº 206865.0007/01-8, ACÓRDÃO 3ª CJF Nº 0384-12/02).

Pede a nulidade do Auto de Infração devido à desobediência dos dispositivos expressos em lei e por insegurança da acusação que repercutem no amplo direito de defesa da autuada. Salientou, mais uma vez, que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento que invalidam o trabalho fiscal, porque retira da Impugnante o seu direito de defesa.

No mérito, alega improcedência das infrações 2 a 5.

Em relação à infração 2, explica que a exigência fiscal não procede, uma vez que a fiscalização deixou de observar certas peculiaridades que culminaram com a conclusão de que houve a utilização de crédito fiscal indevido:

- Com relação a Nota Fiscal nº 61356 de 31/10/2013 - esclarece que o fisco não observou a natureza da operação, pois é de devolução e que no campo “Informações Complementares” há a indicação do valor do ICMS da mercadoria devolvida (R\$13,40), que corresponde exatamente ao montante considerado como crédito indevido (doc. 04). Assim, sendo operação de devolução de mercadoria, sustenta que não há como negar o direito ao crédito, como forma de anular o débito ocorrido quando de sua saída.
- Com relação às Notas Fiscais nºs 155690 (03/05/2013), 61468 (17/07/2013), 3597 (15/02/2013), 4093 (16/05/2013) e 17048 (22/11/2014) sustenta que não procede a acusação fiscal, pois as citadas notas foram motivo de complementação, sendo que o fornecedor emitiu Nota Fiscal Complementar nºs 157114, 62375, 3764, 4338 e 17271 (doc. 05), e que a escrituração representa a consolidação das duas notas fiscais (NF de origem e a complementar). Acosta tabela indicando a referência da NF COMPLEMENTAR.

No que pertine à infração 3, argumenta que houve nesse item a cobrança em duplicidade para as Notas Fiscais nºs 53423, 301241, 53423, 515390, 8280, 27818, 137588 e 14803. Acosta relação das notas.

Alega ainda nesta infração, no que se refere à aplicação da alíquota de 4%, que a mesma está sendo exigida fora dos parâmetros legais. Explica que a fiscalização se limitou ao exame apenas da escrita fiscal e não da nota fiscal em si, deixando de verificar que as mercadorias foram adquiridas em 2012, razão pela qual a carga tributária era superior a 4% como indicado nos documentos fiscais (doc. 06). Aduziu que conforme determina o art. 309, § 8º, IV do RICMS/2012 (transcrito), a carga tributária de 4% só passou a ser aplicada as mercadorias adquiridas a partir de 01/01/2013. Reproduziu o art. 15, III da Lei nº 7.014/96 e Resolução do Senado nº 13/2012 – arts. 1º e 3º, com vigência a partir de 01/01/2013.

Frisou que a exigência do ICMS na forma apresentada pela fiscalização caracteriza enriquecimento ilícito do Estado, e que a exigência fiscal em exame não procede.

Sustentou que o crédito foi utilizado corretamente uma vez que os produtos indicados nas notas fiscais possuem Código da Situação Tributária (CST), que indicam que são tributadas integralmente por serem mercadorias nacionais, conforme CST 000, 020 e 500 (doc. 07).

Registrhou que ocorreu um erro operacional da autuada ao informar o CST da mercadoria, no qual era o 200, que significa mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno. Contudo, declara

que o referido equívoco não retira da autuada o direito ao crédito do ICMS no valor correspondente a alíquota destacada no documento fiscal, sendo improcedente a acusação fiscal.

Quanto à infração 4, fez referência aos produtos objeto deste item (CPUs, Tablets, Notebooks, Ultrabooks, Computadores – doc. fls. 92/94). Afirmou que os mesmos são tributados às alíquotas de 12% e 17% e não a 7%, nos termos do art. 266, XIII, “d” do RICMS/2012. Argumenta que a fiscalização utilizou a alíquota para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/02/2017, conforme o art. 266, XIII, “d”. Afirma que os produtos listados pela fiscalização foram tributados corretamente com a aplicação da alíquota de 7%.

Ainda na infração em exame, declarou o fisco que para o produto (óculos), fez incidir a alíquota de 17% e não a de 12%. Asseverou que nos termos do art. 268, XLVI, “d” do RICMS/2012, a carga tributária para esse produto é de 9%, o que significa dizer que promoveu recolhimento a maior do imposto (12%) e não a menor como quer fazer entender o autuante.

No tocante à infração 5, esclareceu que dentre os produtos listados pela fiscalização constam aqueles que estão sujeitos ao regime de substituição tributária, o que significa dizer que não poderia fazer parte de levantamento quantitativo de estoque para conclusão de omissão de saída e, por sua vez, da exigência de imposto. Disse que estando os produtos sujeitos ao regime de ST, as respectivas saídas subsequentes estariam desoneradas do imposto.

Declarou que a exigência do imposto sobre produtos do regime da ST, mesmo que a título de omissão de saída, é indevida.

Alegou ainda que a fiscalização neste item presumiu a ocorrência do fato gerador, visto que promoveu uma verdadeira revolução contábil ao impor a autuada. Roga pelo princípio da estrita legalidade, o qual não permite qualquer tipo de presunção, sendo que protege o contribuinte contra exigências que não estejam prescritas em lei, pois esta autuação transgrediria os princípios constitucionais ao distinguir o que a norma não distinguiu, gerando uma incerteza jurídica incompatível com o Estado de Direito e a segurança jurídica.

Afirmou que o Sistema Tributário repele as presunções, indícios e ficções, e que a presente autuação não corresponde à realidade fática, sendo que tais iniciativas, repelem conclusões errôneas, fantasiosas, inverídicas. Afirmou, mais uma vez, que a presente autuação, no que se refere ao levantamento de estoques, se trata de uma presunção – sem base legal – que na hipótese partiu da suposição de recolhimento a menor do imposto.

Adicionou que a presunção não pode transgredir o princípio da legalidade e da capacidade contributiva, nem servir de pretexto para o confisco, muito menos concede poderes ao fisco para cobrar imposto acima do que é devido, até porque não pode ser considerada como penalidade. Disse que a presunção tem que levar em consideração todos os princípios que regem o sistema tributário, mormente a capacidade econômica do contribuinte e não de forma sub-reptícia de por em prática o confisco.

Afirmou que o levantamento fiscal está crivado de erros de avaliação e concepção, sob os critérios contábeis e jurídicos, sendo totalmente distorcido da realidade dos fatos.

Pontuou que os elementos utilizados para a lavratura da denúncia fiscal não foram utilizados com a devida cautela, pois tomou-se por base presunções e não os reais documentos que pudessem exibir a fidelidade e a legalidade do fato lançado, o que por certo elide a lavratura do Auto de Infração. Sustentou, mais uma vez, ser insubstancial a autuação.

Lembrou que no processo administrativo tributário se deve buscar a verdade dos fatos. Afirmou ser improcedente a presente denúncia fiscal, posto que em nenhum momento essa verdade foi verificada, atentando contra o princípio da legalidade, ao lançar valores que fogem à realidade dos fatos.

Mais à frente, a defesa afirmou que as multas aplicadas no lançamento são exorbitantes nos

percentuais de 60% e 100%. Disse que existem duas razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: “(i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco”.

Pontuou que as penalidades dependem da demonstração do flagrante intuito de fraude. Que quanto a este fato inexiste multa a ser recolhida. Disse que não houve fraude ou dolo do contribuinte, pois seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lídima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, não se podendo exigir comportamento contrário da autuada e que não pode a mesma ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência.

Assinalou que inexistindo elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Disse em seguida que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da CF. Destaca que este dispositivo veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Disse que há pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, no qual assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proportionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco. Colacionou na inicial julgados do STF (RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-05 PP-00915 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 203-209; TJRN. Apelação Cível nº 2007.007015-6 – Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho – 3ª Câmara Cível – Julgamento publicado em 10.04.2008). Afirmou que o STF consolidou esse entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade.

Reiterou que multas aplicadas são desproporcionais e servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte. Requeru o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Pede também a aplicação ao caso do princípio *in dúvida pro contribuinte*. Disse que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, conforme o art. 112, do CTN, se aplicando a interpretação mais favorável ao contribuinte.

Ao finalizar a peça de defesa formula os seguintes pedidos:

- reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal;
- Sucessivamente, não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.
- em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

A informação fiscal foi prestada pelas autuantes e a referida peça processual se encontra anexada às fls. 201/215. Pontuaram, inicialmente, que o autuado reconheceu a infração 1 (integralmente), e as infrações 2 a 5 (parcialmente) no valor total de R\$86.176,81.

Quanto à alegação de nulidade suscitada na peça defensiva, informaram que a partir do exercício de 2012, as empresas de grande porte foram obrigadas pela Receita Federal do Brasil a aderir ao SPED FISCAL, sistema que consiste basicamente no envio da movimentação de entrada, saída e apuração do ICMS por meio da Escrituração Fiscal Digital_EFD e aderir também ao Sistema de Emissão de Nota Fiscal Eletrônica-NFe, e que estas informações são disponibilizadas em tempo real ao fisco estadual, não tendo mais que se falar em documentos fiscais impressos em papel. Salientaram um grande ganho econômico e fiscal, pois as empresas não precisam alocar recursos para manter arquivos fiscais (guardar notas fiscais e livros fiscais) impressos em papel e o fisco tem acesso imediato às operações do contribuinte.

Afirmaram que uma vez que todas as informações necessárias para aferição das operações sujeitas à tributação estão disponíveis para consulta das partes envolvidas, seja o contribuinte, seja o fisco; a validade jurídica de tais documentos não se dá mais pela apresentação da cópia dos referidos documentos em papel, mas sim, pela validação das respectivas assinaturas digitais e chaves de acesso.

Declararam que trazer ao processo cópia de livros e/ou documentos fiscais é coisa que ficou no passado e ausente de amparo legal, sendo que através dos livros e notas eletrônicas é possível “visualizar” estes documentos com maior fidedignidade que antes e maior rapidez de pesquisa do documento referenciado.

Frisaram que conforme dispõe o RPAF, o auto de infração deve ser acompanhado de papéis de trabalho que indiquem com clareza e precisão a infração cometida, cuja finalidade é demonstrar a forma como o imposto lançado foi calculado, cabendo ao contribuinte exercer o contraditório a fim de elidir a acusação que lhe foi imputada.

Afirmaram que para todas as infrações lançadas fez-se acompanhar de uma planilha onde se demonstrou minuciosamente o número da nota fiscal, chave, data, origem, item de mercadoria, valor da operação e outros elementos que demonstram como foi efetuado o cálculo do imposto apurado, bastando ao contribuinte conferir se a acusação do fisco tem procedência ou não.

Transcreveram dispositivos do RPAF em relação aos princípios de direito aplicáveis ao PAF e aos procedimentos administrativos, como também reproduziram as formalidades a serem observadas na lavratura ou elaboração dos termos e demais atos processuais. Sustentam que os autos estão revestidos de todas as formalidades legais atinentes ao processo administrativo fiscal na forma do RPAF/BA supracitado.

No mérito, disseram que o autuado exerce a atividade econômica de comércio varejista de materiais de construção em geral, comercializando também móveis, eletrodomésticos, objetos de decoração, roupas de cama, mesa e banho e utensílios domésticos.

Afirmaram ser uma empresa de grande porte com matriz no Estado em Pernambuco, cuja filial obteve faturamento anual da ordem de R\$270 e R\$300 milhões e arrecadação anual de ICMS da ordem de R\$19,7 e R\$ 20,2 milhões nos exercícios de 2013 e 2014, respectivamente; além de boa parte do *mix* de mercadorias já serem adquiridas com o ICMS ST retido na fonte, a exemplo de tintas e pisos cerâmicos.

Salientaram que dado ao faturamento expressivo da empresa e sua arrecadação elevada há de se concluir que o valor do ICMS lançado no presente processo é de pequena monta, haja vista a alta complexidade da legislação e a grande quantidade de itens de mercadorias comercializados, (cerca de 70 mil itens).

Declararam que as infrações ora lançadas se deram muito mais por pequenos erros de interpretação da legislação e por falhas de parametrização dos sistemas fiscais da empresa, do que por intenção de omitir o pagamento do imposto.

Ressaltaram ainda que os Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, de Material de Construção, são bastante confusos, pois não descrevem com clareza suas mercadorias, trazendo expressões genéricas como: isolantes e afins, artefatos de higiene/toucador, outras obras de plástico, outras obras de alumínio, etc. o que dificulta sobremaneira o entendimento do alcance da descrição de tais mercadorias.

Argumentaram que a mesma falta de clareza ocorreu também com a utilização de NCMs muito abrangentes para uma só mercadoria, a exemplo do 3924 - artefatos de higiene ou toucador e do 7326 - abraçadeiras. Igualmente aqui, o texto dos referidos protocolos dificulta sobremaneira o entendimento de quais mercadorias (nome comercial) estariam inclusas em cada NCM. Acrescentaram que não existe consenso de quais mercadorias são consideradas artefatos de higiene ou toucador, nem se acessórios de cozinha são artefatos de higiene. Por essa razão, foi tolerada a inclusão de baldes, lixeiras, varais e escadas como "artefatos de higiene e toucador", uma vez que o contribuinte e seus fornecedores deram tratamento de ST aos mesmos.

Pontuaram que o trabalho foi extremamente exaustivo para conceder sempre o benefício da dúvida ao contribuinte, uma vez que para determinados itens de mercadorias existiam tratamentos tributários diversos entre os fornecedores e até divergência de entendimento entre a fiscalização do trânsito de mercadorias e a fiscalização de comércio. Nestes casos, as autuantes acataram a situação tributária adotada pela empresa, quando a mesma foi adotada uniformemente ao longo de todo o exercício. Ou seja: *"1) Entrada com crédito de ICMS e consequente Saída com débito de ICMS; 2) Entrada com antecipação/retenção ICMS e consequente Saída sem tributação ICMS"*.

Na análise da infração 1, transcreveram o art. 122 e verificaram que o contribuinte efetuou o pagamento integral do crédito tributário.

Para a infração 2, afirmaram que o contribuinte efetuou o pagamento parcial de R\$10.513,98 e alegou que Nota Fiscal nº 61.635 foi emitida em devolução e teve crédito de ICMS no valor de R\$13,40, ignorado pelo fisco. Disse também que, para as Notas Fiscais nºs 155690, 61468, 3597, 4093 e 17048 houve emissão de NF Complementar de imposto. (fls. 88/89).

Esclareceram que acataram as alegações do autuado, apesar do crédito de ICMS da Nota Fiscal nº 61635 ter sido informado no campo errado (campo Informações Complementares), e que de fato refere-se a uma devolução de venda com ICMS destacado anteriormente (fl. 139). Já quanto às Notas Fiscais nºs 155690, 61468, 3597, 4093 e 1704, afirmam que também acataram as alegações defensivas, pois efetivamente houve emissão de NFs complementares de ICMS, conforme prova acostada às fls. 140 a 151 dos autos. Reproduziram o art. 309 do RICMS/BA, e informaram que as planilhas foram ajustadas.

No que pertine à infração 3, verificaram que o autuado efetuou o pagamento parcial de R\$169,89 e alegou duplicidade de cobrança com a infração 2. Asseveraram que tal afirmação não condiz com a realidade dos fatos, uma vez que na Infração 2 foi lançado ICMS como crédito indevido por utilização em valor superior ao destacado no documento fiscal. Disseram que foi comparado o valor do ICMS lançado no livro Registro de Entradas com o valor do ICMS destacado na nota Fiscal e percebeu que o valor creditado estava a maior. Já na Infração 3, apurou-se o crédito máximo admitido para mercadorias importadas, posto que a partir de 01/01/2013 o crédito interestadual de ICMS sobre mercadoria importada com similar nacional é de 4%. Assim, todo o crédito de ICMS destacado a maior que este percentual foi considerado indevido, conforme dispõe a legislação. Transcreveram as disposições da Lei nº 7.014/96 acerca desse tema.

Complementaram que o RICMS/BA diz também que: O contribuinte somente tem direto ao crédito do imposto corretamente calculado, donde se depreende que embora o imposto tenha sido destacado nos documentos fiscais às alíquotas de 7% ou de 12% a depender do Estado de origem, o crédito permitido para tais operações é de somente 4%. Reproduziram na peça informativa as disposições do art. 309 do RICMS/BA.

Destacaram ainda que as informações apuradas para esses itens de mercadoria se referiam a produtos importados, obtidas através do livro Registro de Entradas de Mercadorias, onde foi consignado o código CST 200 e 220 para tais itens. E, os Códigos de Situação Tributária 200 e 220, são utilizados exclusivamente para mercadoria importada adquirida no mercado interno, conforme previsto nos Ajustes SINIEF 06/08 e 015/13.

Abordaram que no curso da fiscalização foi notório o elevado conhecimento de escrituração fiscal e tributação do segmento econômico que os representantes da empresa possuíam, tendo inclusive questionado ponto a ponto todas as divergências apontadas pelo fisco nos relatórios preliminares de fiscalização. Reiteraram que a utilização de crédito fiscal a maior que o devido decorreu de erro de parametrização do sistema fiscal da empresa, pois tal infração não foi encontrada no Exercício de 2014.

Para as notas fiscais listadas à fl. 90, (Notas Fiscais nºs 8280, 14803, 27818, 53523, 137588, 301241 e 515390), percebem que o contribuinte cometeu ambas as infrações no mesmo lançamento. Ou seja, se creditou de imposto a maior que o destacado na nota fiscal e ainda não observou que, em se tratando de mercadorias importadas, o crédito máximo seria de 4% (quatro por cento), conforme já dito anteriormente.

Acataram a alegação sobre as notas fiscais emitidas no Exercício de 2012 e somente recebidas pela empresa no Exercício de 2014, conforme prova anexada aos autos às fls. 152 a 161, sob o título “Doc. 06”, uma vez que a alíquota de 4% começou a viger em 01/01/2013, e declararam que a planilha de apuração dessa infração foi ajustada.

Para a infração 4, observaram que o contribuinte efetuou o pagamento parcial de R\$37.786,22. Aduziram que o autuado alega que aplicou carga tributária de 7% ao invés de carga tributária de 12% para as mercadorias CPU, Tablet e Notebook, e que “... o Autuante está utilizando alíquota que só poderia ser aplicada a fatos geradores ocorridos a partir de 01/02/2017...” (fl. 92), pois, segundo este foi nessa época que o art. 266 do RICMS/BA inseriu tal redução de base de cálculo-RBC para estas mercadorias. Que o contribuinte aplicou carga tributária de 12% ao invés de carga tributária de 17% para a mercadoria “Óculos Protec”, onde alega que “... nos termos do art. 268, XLVI, “d” do RICMS/2012, a carga tributária é de 9%, o que significa dizer que a Impugnante promoveu recolhimento a maior do Imposto (12%) e não a menor como quer fazer entender o Autuante” (fl. 97).

Registraram que nas saídas de mercadorias através de Cupom Fiscal, onde não existe campo próprio para inserção da base de cálculo do ICMS, toda Redução de Base de Cálculo - RBC atribuída ao produto é indicada na forma de alíquota do item, mais comumente identificada como carga tributária, pois desde o RICMS anterior que os ditos “produtos de informática” possuem RBC. As partes e peças listadas no Art. 266, inciso XIII, têm RBC de 58,825% e os equipamentos de informática têm redução de 29,411% de tal forma que a carga tributária seja de 7% e 12% respectivamente. Reproduziram a redação do Art. 266 que vigeu até 31/01/2017.

Salientaram que a nova redação do Art. 266, inciso XXXIV, vigente a partir de 01/02/2017 traz o mesmo texto, ou seja, não houve alteração do percentual de RBC dos itens CPU, Tablet e Notebook que continuam com carga de 12%.

Quanto à mercadoria Óculos Protec, a RBC prevista no Art. 268, inciso XLVI disseram que o benefício é condicionado e aplicável somente para os contribuintes que possuíssem Termo de Acordo com a SEFAZ. Reproduziram o teor das disposições do art. 268 do RICMS/BA.

No que se refere à infração 5, informaram que o contribuinte efetuou pagamento parcial do débito no valor de R\$15.779,91 e fez alegações de que há produtos sujeitos ao regime de ST. Os autuantes acataram as alegações defensivas, pois constataram que ocorreu um erro no Sistema de Fiscalização ao lançar itens de mercadorias sujeitas a substituição tributária como saídas tributadas.

Informaram que também existe um erro na data de ocorrência das omissões de saída do Exercício 2014, pois a data correta seria 31/12/2014 e não 31/01/2014, como indicado no lançamento. Disseram que procederam à exclusão das mercadorias citadas e retificaram a data de ocorrência das omissões de saída do Exercício 2014, conforme planilha em anexo.

Quanto às alegações de presunção e exorbitância da multa aplicada declararam que o percentual das penalidades é estabelecido para cada infração através da lei. Que os atos do auditor fiscal são vinculados aos ditames legais, não possuindo o mesmo, discricionariedade para aplicar multa em valor maior ou menor do que o estabelecido legalmente.

Quanto à “alegação de presunção”, discordaram dos argumentos defensivos. Asseveraram os aspectos técnicos do processo, reafirmaram que todas as infrações lançadas foram originadas da análise minuciosa dos livros fiscais, notas fiscais, dados de arrecadação e informações econômico-fiscais enviadas por meio digital pelo contribuinte, complementadas por outras informações e esclarecimentos fornecidos pelo setor fiscal da empresa no decurso da fiscalização.

Acrescentaram que ao analisarem todas as alegações e provas acostadas ao presente processo e as que serviram para modificar as infrações supracitadas, foi anexado um novo Demonstrativo de Débito com as planilhas ajustadas.

Em nova manifestação do contribuinte, juntada às fls. 243/254, o representante legal do mesmo fez as mesmas considerações pontuando as preliminares de nulidade suscitadas na inicial e, no mérito, a improcedência dos valores remanescentes das infrações 2 a 5. Fez ainda referência aos ajustes de valor das infrações acatados pelas auditorias fiscais autuantes. Apresentaram, em suma, as mesmas alegações expostas na petição inicial.

Para a infração 2, sustentou a defesa, em acréscimo, que a Nota Fiscal nº 17048 não foi excluída do levantamento, mesmo sendo reconhecida pelas autuantes. Na infração 3, voltou a alegar erro operacional das autuantes em relação ao CST da mercadoria, no qual alega que escriturou incorretamente. Quanto à infração 4, reproduziu as mesmas argumentações quanto às mercadorias tributadas a 12% e 17% e não a 7% para os produtos de informática, e a mercadoria tributada 17% e não 12% para o produto “óculo de proteção”, onde entende ser aplicável a carga tributária de 9%. Já na infração 5, não apresentou fato novo, verificando a exclusão dos valores relacionados aos produtos enquadrados na ST conforme foi solicitado na inicial.

Na manifestação da informação fiscal, fls. 268/269, as autuantes informam que o deficiente não trouxe nenhuma nova argumentação que já não estivesse sido contemplada na sua primeira defesa. Não existindo, portanto, nenhum ponto que suscitasse necessidade de nova revisão dos valores apresentados pelas autuantes no Demonstrativo de Débito às fls. 216 a 217.

Nas fls. 272/282, constam extratos de pagamento/reconhecimento do débito referente às infrações 1 (integralmente) e 2 a 5 (parcialmente).

VOTO

O Auto de Infração em lide totalizou o valor principal de R\$109.226,91 e é composto de 05 (cinco) imputações fiscais conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na fase de defesa o contribuinte efetuou o pagamento integral da infração 01, no importe principal de R\$14.802,50, e quitou parcialmente as infrações 02, 03, 04 e 05, nos valores originais, respectivamente, de R\$10.513,98; R\$169,89; R\$37.786,22; e, R\$15.779,91. Portanto, o principal reconhecido somou a cifra de R\$79.052,50. Remanesce em discussão tão somente os valores residuais das infrações 02, 03, 04 e 05.

Em razões preliminares, o contribuinte suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que o lançamento incorreu em preterição do direito de defesa, descumprimento de dispositivo expresso

de lei e ausência de comprovação dos fatos imputados na peça acusatória. Fundamentou o seu pedido nas disposições do art. 18, inciso II e inciso IV, letra “a” do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

Rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Os demonstrativos que embasaram o lançamento foram detalhados nos Anexos I a V do Auto de Infração, apensados às fls. 23 a 73 do processo e na mídia digital inserida à fl. 76, documentos que foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência do ato de lançamento.

Nestes Demonstrativos restou evidenciado que o contribuinte foi autuado em razão de créditos indevidos, diferença de imposto na quantificação das operações sujeitas à redução de base de cálculo e apuração de omissões de saídas constadas na aplicação do roteiro de contagem dos estoques físicos.

Observo que a questão relativa ao enquadramento legal efetuado pelas autuantes na peça de lançamento não é determinante para se anular o Auto de Infração, desde que pela descrição dos fatos fique evidente o ato infracional cometido pelo sujeito passivo. Ademais, eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação não acarretam nulidade, desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Assim dispõe o § 1º, do art. 18 e o “caput” do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

Observo ainda que o contribuinte fez a sua defesa de mérito sem esbarrar em qualquer óbice e na ocasião apontou erros e incorreções que foram em grande parte sanadas pelas autuantes na fase de informação fiscal. Na mesma oportunidade, na elaboração da peça defensiva, procedeu o contribuinte ao reconhecimento das parcelas que entendeu serem efetivamente devidas e efetuou o pagamento das mesmas com as reduções da lei. Não há, portanto, que se falar em nulidades neste processo, considerando ainda que os atos de reconhecimento dos valores devidos pelo contribuinte tornam essa postulação absolutamente preclusa e incompatível com os atos que praticou.

Passo ao exame do mérito das imputações fiscais no tocante aos valores residuais objeto da presente impugnação empresarial, ressaltando de início, não haver necessidade de remessa do processo para realização de diligências saneadoras, visto que estão presentes nos autos os elementos de prova suficientes para que este Relator possa proferir a sua decisão, conforme será melhor detalhado no exame de cada uma das infrações que foram imputadas ao sujeito passivo. Com essas considerações, indefiro o pedido de diligência formulado de forma difusa e abrangente na inicial.

Na infração 02, relacionada à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, as autuantes, na fase de informação fiscal, acataram os argumentos defensivos no tocante ao crédito de ICMS da Nota Fiscal nº 61356, visto que o valor creditado foi informado no campo errado do documento fiscal (campo Informações Complementares), sendo reconhecido que de fato a operação relacionada a essa NF, se refere a devolução de venda com ICMS destacado anteriormente (doc. fl. 139). Em relação às Notas Fiscais nºs 155690, 61468, 3597, 4093 e 17048, também foram acatadas as alegações defensivas, pois restou demonstrado que o crédito supostamente apropriado a mais, tem origem na emissão de NFs complementares de ICMS, conforme prova acostada às fls. 140 a 151 dos autos.

Restou comprovado ainda, que as autuantes não procederam à exclusão do crédito fiscal da NF complementar nº 17.271, vinculada à NF 17048, no importe de R\$22,04, do mês 11/2014. Em decorrência, o valor exigido nesse mês deve também ser excluído do saldo remanescente da

infração 02.

Por conta desses ajustes e exclusões, a infração 02 fica reduzida para a cifra de R\$10.503,51, conforme planilha juntada à fl. 216 dos autos, com a exclusão do fato gerador de novembro/2014, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

Relativamente à infração 03, a cobrança se refere à utilização indevida de crédito fiscal em operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e importadas do exterior. A cobrança em exame recaiu sobre o crédito que excedeu à alíquota de 4%. A defesa sustentou que há duplicidade de cobrança dessa ocorrência com a que foi lançada na infração 02, em relação às notas fiscais listadas à fl. 90, parte integrante da peça defensiva. Todavia a alegação de duplicidade não se verificou no caso concreto, visto que a infração 02 está restrita à cobrança dos valores que excederam ao que foi consignado nos documentos fiscais de aquisição e a infração em exame diz respeito tão somente ao crédito fiscal de ICMS em operações interestaduais com mercadorias de origem estrangeira, apropriados à alíquota superior de 4%, em relação às ocorrências verificadas a partir de 01/01/2013, conforme art. 15, inc. III, letra "b" da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 309, §§ 7º e 8º, inc. IV do RICMS/BA. Os cálculos efetuados pelas autuantes para essas infrações não foram cumulativos, inexistindo a duplicidade de cobranças alegada na impugnação empresarial. Observo ainda no mérito, que o contribuinte somente tem direito a crédito em relação ao imposto corretamente calculado, de forma que se a operação de aquisição interestadual de mercadoria importada for acobertada por documentação fiscal com destaque de ICMS de 7% ou 12%, a depender do Estado de origem, o crédito permitido em tais operações só pode ser apropriado à alíquota de 4%, na forma da lei de regência do ICMS. Deve ser ainda destacado que os itens de mercadoria objeto dessa cobrança, foram registrados pela empresa na sua escrituração fiscal com os códigos representativos da situação tributária para mercadoria importada adquirida no mercado interno (CST 200 e 220), não podendo ser acolhida, sem a devida retificação escritural devidamente comprovada, de que incorreu em um erro de registro sem qualquer consequência tributária. Acato, portanto, a revisão efetuada pelas autuantes, na fase de informação fiscal, ficando reduzida a infração 03 para a cifra de R\$2.185,67, conforme planilha anexada à fl. 216 deste PAF, que reflete a exclusão das notas fiscais emitidas no exercício de 2012 e somente recebidas em 2013, considerando que a limitação do crédito a 4% somente entrou em vigor a partir de 01/01/2013.

A Infração 04 abrange a cobrança de ICMS sobre operações de saídas de mercadorias, através de cupom fiscal, com a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. No que se refere às parcelas impugnadas, a cobrança alcança as operações em que o autuado aplicou a carga tributária de 7% ao invés de 12%, nas saídas de produtos de informática (CPUs, Tablets e Notebooks). Nesse mesmo item da autuação, foi aplicada a carga de 12% ao invés de 17% nas operações de saídas de "Óculos Protec".

Em relação aos produtos de informática acima nominados a legislação do ICMS, positivada no Regulamento de 2012, dispõe no art. 266, inc. XIII e inc. XXXIV, a redução de base de cálculo nos seguintes termos (redação vigente até 31/01/2017):

"Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

***Inciso XIII** - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos ("hardware"), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:"*

(...)

Código NCM 8471: Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e

máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet);

(...)

Inciso XXXIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);”.

A redação desse último dispositivo (inc. XXXIV), restrito a computador de mesa (*desktop*) e computador portátil (*notebook e tablet*), estabelece de forma clara que a redução da base de cálculo do imposto para aqueles específicos produtos, era, até 31/01/2017, calculado de forma que a carga tributária correspondesse à alíquota de 12%. Portanto, improcedem os argumentos defensivos de que as operações com *desktops*, *notebooks* e *tablets*, deveriam ser tributadas em 2013 e 2014 pela carga tributária de 7%, visto que o inc. XIII, do art. 266 do RICMS-BA, expressamente excluía essas mercadorias do benefício da redução a 7%, a fazer referência aos produtos da *NCM 8471*.

Quanto à mercadoria **Óculos Protec**, a redução de base de cálculo prevista no art. 268, inciso XLVI, condicionava a aplicação do benefício à celebração pelos contribuintes de Termo de Acordo com a SEFAZ, nos termos do que dispõe o art. 268, inc. XLVI do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XLVI - até 31/05/15, nas saídas internas e nas importações com os produtos de ótica- lentes, armações e óculos, de forma que a carga tributária seja equivalente a 9% (nove por cento), ficando a fruição do benefício condicionada à celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, desde que o contribuinte esteja em dia com as obrigações tributárias principal e acessórias:

Considerando que o contribuinte não fez prova nos autos de que formalizou o Termo de Acordo exigido na norma do RICMS/BA, não poderia o mesmo gozar do benefício da redução de base de cálculo reclamada na peça de defesa.

Em decorrência, mantendo a exigência fiscal lançada no item 04 do Auto de Infração sem quaisquer alterações de valor, no importe de R\$53.634,09, devendo ser homologadas as quantias já recolhidas pelo contribuinte.

A infração 05, no valor principal de R\$23.674,85, recaiu sobre a cobrança de ICMS apurada através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, relativamente aos anos de 2013 e 2014. Foi constada a omissão de saídas de mercadorias em valor superior às omissões de entradas, conforme demonstrativos juntados na peça acusatória (Anexo V). O contribuinte, na peça de defesa, impugnou parte dessa cobrança, já que efetuou o pagamento parcial do valor de R\$15.779,91, alegando que a exigência fiscal está baseada em mera presunção e que nos produtos listados pela fiscalização houve a inserção de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com o imposto já recolhido antecipadamente, situação em que não seria possível a cobrança do ICMS por omissão de saídas, visto que as operações subsequentes são desoneradas do tributo. As autuantes, na fase de informação fiscal, procederam à exclusão das mercadorias sujeitas ao regime da ST, afirmando que constataram o cometimento de erro ao lançarem os itens de mercadorias no sistema informatizado de fiscalização adotado na auditoria. Também constataram um erro no lançamento da data de ocorrência das omissões de saídas do exercício de 2014, pois a data correta é 31/12/14 e não 31/01/2014.

Ressalto que no presente caso não se verificou a cobrança de imposto por presunção, mas a partir dos elementos da escrita fiscal do contribuinte (notas fiscais de entrada e de saídas de mercadorias e registros de inventários), entregues ao fisco no curso da ação fiscal. E no caso concreto, foi detectada omissão de saídas de itens específicos, objeto da contagem dos estoques, caindo por terra a alegação defensiva de ocorrência de cobrança do imposto por presunção.

Pelas razões acima expostas, acolho a revisão efetuada na infração 05, nos valores apresentados no demonstrativo de débito inserido à fl. 217, no importe de R\$10.999,83 para o exercício de 2013, e de R\$10.604,39 para o exercício de 2014, totalizando a cifra de R\$23.604,22, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

No que se refere à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração é excessiva ou desproporcional, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo de ações próprias.

Destaco ainda, que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, e inc. III da Lei nº 7.014/96, nos percentuais, respectivamente, de 60% e 100% do valor do imposto não recolhido, estão sujeitas às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Ante o exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279462.0005/17-7, lavrado contra **FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.729,99**, acrescido das multas de 60% sobre R\$81.125,77, e de 100% sobre R\$23.604,22, previstas no art. 42, incisos II, "a", VII, "a" e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

ANTONIO EXPEDIDO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR