

A. I. N.º - 298616.0025/05-8
AUTUADO - FABER PAPAIZ LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/06/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0209-05/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Não restou caracterizada a saída de mercadorias, sem a documentação fiscal pertinente, quando da realização da auditoria, mas sim em período anterior a essa. A infração não se subsume ao dispositivo de multa aplicada, sendo modificada essa para descumprimento de outras obrigações acessórias. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Comprovada que parte das notas fiscais autuadas era remessa por conta e ordem de terceiros, constando essas operações em duplicidade no levantamento fiscal. Infração modificada para omissão de saídas, com redução do montante exigido. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS COM PAGAMENTO DO TRIBUTO.** Não se configurou o tipo legal, uma vez que não foi constatada a tributação regular nas operações subsequentes. Infração insubsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO.** É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo permanente. Comprovado que parte das mercadorias tratava-se de produtos a serem comercializados. Infração reconhecida. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo), que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar o seu pagamento quando da sua entrada no território deste Estado. Parte da autuação teve sua tipificação alterada durante a instrução processual para falta de retenção e de recolhimento do

imposto retido, entendendo o julgador que essas duas situações guardam semelhança entre si e por essa razão manteve a autuação. Infração procedente. **5. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO.** Não se constatou que as mercadorias destinavam-se a Bahia. Infração insubsistente. Rejeitado pedido de diligência e afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/05, exige ICMS, no valor de R\$681.058,53, acrescido das multas de 60% e 70%, bem como MULTA por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$7.856,63, em razão das seguintes infrações:

1. Deixou de emitir nota fiscal correspondente às operações realizadas. Consignou o autuante que o contribuinte não emitiu notas fiscais de entradas de mercadorias provenientes do exterior, em maio e setembro de 2003, aplicando-se multa no valor de R\$690,00;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, referente aos exercícios de 2003 e 2004 – R\$34.126,81, com multa de 70%;
3. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo tributário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, com saída posterior tributada normalmente, referente aos exercícios de 2003 e 2004 – R\$7.166,63;
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente aos meses de outubro e dezembro de 2003. – R\$447,17;
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Anotou o autuante que a infração refere-se à falta de substituição tributária de mercadorias sujeitas à antecipação interna (autopeças para veículos, recipiente para gases comprimidos ou liquefeitos, de ferro fundido, ferro ou aço) sendo utilizado como base de cálculo os valores de saídas dessas mercadorias a contribuintes deste Estado. Fatos geradores (outubro de 2003 a dezembro de 2004) - R\$ 170.366,26;
6. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo tributário, relativa a mercadorias citadas na infração anterior, sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, referente aos meses de julho a setembro de 2003 – R\$73.992,11;
7. O mesmo da infração 5, vinculada a importações, nos meses de maio e junho de 2003, cobrando-se imposto de R\$90.156,43;

8. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de maio e junho de 2003, cobrando-se imposto de R\$257.589,81;
9. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Observou o autuante que a infração refere-se à falta de substituição tributária de mercadorias sujeitas à antecipação interna (autopeças para veículos, recipiente para gases comprimidos ou liquefeitos, de ferro fundido, ferro ou aço), oriundas de transferências de Outros Estados da Federação, com aplicação de MVA de 35%, referente ao exercício de 2003 - R\$54.379,94.

Às fls 311 o contribuinte peticionou à INFAZ de sua circunscrição fiscal requerendo o pagamento da infração 4 em sua totalidade.

O autuado, através de seus advogados, apresenta impugnação às fls. 318 a 350, inicialmente descrevendo todas as infrações a ele imputadas e o montante incorrido por supostamente tê-las infringido. Ressaltou o reconhecimento e quitação da infração de nº 4. Alegou que a 1ª infração decorreu do levantamento de estoques, no qual computaram-se equivocadamente notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiro. Afirmou que a obrigação de emitir documento fiscal é de natureza acessória, haja vista ser uma obrigação de fazer. Prosseguindo, disse que a infração decorreu de suposta falta de emissão de notas fiscais de entrada na importação de mercadorias. Frisou que em momento algum a empresa deixou de emitir os documentos fiscais a que estava obrigado. Reiterou que a fiscalização, inadvertidamente, considerou no levantamento quantitativo, notas fiscais de remessas por conta e ordem de terceiros, sendo certo que no período citado, maio e setembro de 2003, a empresa não recebeu mercadorias provenientes do exterior. Observou que como não importou mercadorias nos períodos autuados, a infração baseou-se em fatos geradores inexistentes. Pugnou pela improcedência dessa. Entendeu que não se realizou o aspecto material do fato gerador da obrigação acessória em exame, razão pela qual pugnou pela improcedência dessa.

Quanto à 2ª infração, disse que não restou comprovado que a empresa adquiriu produtos sem contabilizar as entradas, ferindo assim seu direito à ampla defesa. Insistiu também nessa infração, que o autuante considerou equivocadamente notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros no levantamento fiscal realizado, computando em duplicidade essas operações. Exemplificou o suposto equívoco incorrido pelo autuante, apresentando como referência o produto Cilindro de Alta Pressão GNV DIAM. 356, 701200 BAR. Ressaltou que os documentos juntados no anexo 1 de sua defesa fazem prova do alegado. Chamou a atenção para o primado da busca pela verdade material no processo administrativo, aduzindo que a improcedência dessa infração se impõe por conta de todo o aqui demonstrado. Protestou pela produção de prova pericial para as infrações 2 e 3, resguardando-se para a apresentação da quesitação quando do seu deferimento.

No tocante a 3ª infração, informou que a mesma estava associada a 2ª, com o acréscimo da MVA do imposto já reclamado no item anterior e padece dos mesmos equívocos apontados para essa infração. Requereu revisão fiscal a ser feita pela ASTEC desse CONSEF.

Defendeu as infrações 5 e 6 em seu conjunto, entendendo que essas se referem às mesmas operações. Explicou que antecipou o imposto dessas operações, ao contrário do disposto na acusação a ele feita. Trouxe farta doutrina aos autos para afirmar que as saídas das mercadorias do estabelecimento constitui o marco temporal, e a partir daí, o imposto é devido, e não por ocasião da entrada dessas. Entendeu ter descumprido apenas obrigação acessória ao considerar todas as suas saídas como se tributáveis fossem, ao passo que deixou de recolher o ICMS relativo à antecipação tributária. Com arrimo no princípio da capacidade contributiva, requereu a improcedência dessas.

Quanto às infrações 7 e 8, esclareceu que essas dizem respeito às mesmas operações, razão pela qual a impugnação foi feita conjuntamente. Informou que a empresa atua no ramo de comércio por atacado de peças e acessórios para veículos automotores e possui dois estabelecimentos, um em São Paulo e outro na Bahia. O de São Paulo era a matriz, mas confiante no desenvolvimento de seus negócios na Bahia, a empresa resolveu transferir a matriz para cá, passando o de São Paulo para a condição de filial. Afirmou que esse esclarecimento se impõe porque o critério de destinação física quanto às mercadorias por ele importadas foi utilizado como suporte na lavratura dessas infrações. Contestou a versão do autuante que as mercadorias importadas por São Paulo foram transferidas para o estabelecimento da Bahia, ressaltando que houve apenas erro material na emissão das DI's pela Receita Federal. Assim, o CNPJ da matriz no momento do pedido de compra dos produtos autuados estava vinculado ao estabelecimento de São Paulo, mas quando as mesmas foram desembarcadas, aquele número já estava vinculado ao da Bahia e vice-versa. Por essa razão, as mercadorias autuadas foram compradas por São Paulo, e lá permaneceram, não se destinando a este Estado. Transcreveu o art. 2º do RPAF e jurisprudência desse CONSEF com o fim de subsidiar todo o alegado. Aceitou a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta Reais), à vista do princípio da eventualidade, caso se entenda ter havido falha por parte da empresa.

Quanto à infração 9, alegou que o enquadramento legal não se coaduna com a situação fática, impossibilitando o exercício à plena defesa. Pugnou pela nulidade dessa com fulcro no art. 18 do RPAF e art. 5º, LV da Constituição Federal, transcrevendo também julgados desse CONSEF nesse sentido.

Entendeu que se mantido o levantamento quantitativo de estoques, configura-se enriquecimento ilícito por parte do Estado, uma vez que a empresa em nada violou a legislação tributária sobre o assunto.

Protestou pela juntada posterior de documentos e provas que se fizerem necessários à elucidação da lide, inclusive a revisão fiscal, pugnando pela procedência parcial da autuação, com a manutenção apenas da infração 4. Requereu também o envio de todas as intimações referentes a este PAF ao endereço de seus advogados. À fl 527 juntou aos autos cópia do demonstrativo de débito para a infração 4, apresentando cópia do pagamento da mesma às fls 526.

Na informação fiscal (fls. 1254 a 1265), o autuante historiou as alterações de Contrato Social por quais passaram a empresa, até a transferência da sede para o Estado da Bahia em 17 de fevereiro de 2003. Afirmou que o autuado adquiriu mercadorias por transferências da filial do Estado de São Paulo, a partir de setembro de 2003, sem antecipar o imposto a que estava obrigado, por adquirir mercadorias sujeitas à substituição tributária. Disse que a empresa foi habilitada ao Programa do Desenvolvimento Industrial e Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), sendo a ela conferido o diferimento para bens do ativo imobilizado e recipientes para gases comprimidos (GNV), conforme certificados de nº 00.4170.000-7 e 00.45163.000-9, a partir de setembro de 2003. Que de março a setembro de 2003, o defendente efetuou apenas o recolhimento do ICMS sobre a importação, com tributação normal nas saídas de mercadorias, não recolhendo a antecipação quando das entradas. Disse que de outubro de 2003 a dezembro de 2004, a empresa suspendeu o imposto sobre as importações que até então recolhia. Em seguida, transcreveu as infrações constantes do auto de infração em exame e as razões defensivas, estas analiticamente, ressaltando que o contribuinte reconheceu a infração 4. Quanto às infrações 1 a 3, diz estarem desprovidas de contraprovas materiais, não rebatendo assim a acusação feita. Opinou pelo indeferimento da diligência pleiteada, uma vez que a autuada sequer demonstrou onde se deram os supostos equívocos nos levantamentos fiscais elaborados.

Quanto a infração 1, explicou que a mesma decorreu da remessa de chapas de aço para industrialização de cilindros de alta pressão, pelo regime de Exportação Temporária (fls 275/76), sem o conseqüente retorno, indicando que após industrializada, a mercadoria foi importada, sob

a forma de produtos acabado, cujas notas fiscais discriminam apenas os cilindros de alta pressão GNV. Observou que o a alegação do contribuinte de que não houve esses fatos geradores é contraditada pelas saídas dessas no livro de Registro de Apuração do autuado (fls 225 e 229). Esclareceu que essa infração não se vinculou ao levantamento quantitativo de estoques, uma vez que a mercadoria autuada, chapas de aço, não constou do referido levantamento. Observou que o contribuinte não acostou prova hábil suficiente para elidir a pretensão fiscal.

Em relação à infração 2, acatou a argumentação de que parte das notas fiscais ali arroladas era de fato simples remessa, excluindo da infração os débitos apurados referentes a 2003, bem como reduzindo o valor constatado para 2004, assumindo este o montante de R\$1.554,80, passando a natureza da omissão a ser considerada como de saídas, ao invés de entradas. Considerou da alçada dessa JJF a decisão de aceitar ou não a diligência requerida pelo autuado.

Ressaltou que a infração 3 vinculou-se a 2, e como essa foi reduzida, aquela também sofreu alteração, exigindo-se apenas R\$544,18 a título de imposto, e não de multa, referente a 2004.

Considerou que não havia motivos para discutir a infração 4, uma vez que a mesma fora reconhecida pelo autuado.

No tocante a infração 5, frisou que estava retificando o enquadramento para o Grupo Substituição/Antecipação Interna, no subgrupo Vendas de Mercadorias elencadas nos anexos 69 e 88, e infração ICMS não retido. Assim, a infração cujo histórico era pelo contribuinte ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, foi modificado para: “deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado”. A multa aplicada também teve o seu enquadramento modificado para a alínea “e” do mesmo artigo e lei. Ressaltou que essa alteração foi feita com o fim de melhorar o entendimento do ocorrido e se fundamentou no art. 18, §1º do RPAF. Informou que o contribuinte não procedeu à retenção na entrada ou saída (diferimento) das mercadorias, limitando-se a tributá-las a alíquota de 17%, sem considerar para o cálculo do imposto a MVA de 35%, aplicável aos produtos que comercializa. Disse que esse procedimento importou em prejuízo ao erário público, além de descumprimento da legislação vigente. Explicou que ao analisar as vendas de outubro de 2003 a dezembro de 2004 (na fase do diferimento) a contribuintes deste Estado, identificou que as notas fiscais eram emitidas com direito ao crédito do imposto, mesmo tratando-se de produtos substituídos. Aprofundando a fiscalização, constatou que a retenção não fora feita, constituindo os créditos tributários desta infração.

No que diz respeito à infração 6, narrou que essa se reporta a fatos geradores ocorridos antes do diferimento, quando o contribuinte era obrigado a proceder a retenção do imposto nas aquisições de mercadorias. Assegurou que a infração está demonstrada nos autos e que se tratava de importações nos meses de julho a setembro de 2003, constantes de planilha à fl.93 do PAF.

Para as infrações 7 e 8, frisou que após o desembaraço aduaneiro supõe que as mercadorias foram transferidas para este Estado, e que todos os dados das DIs referem-se exclusivamente a matriz situada na Bahia. Chamou a atenção para o fato de que as notas fiscais anexadas ao processo de importação pelo defendente, com o endereço de São Paulo, apenas confirmam o uso indevido de formulário de notas fiscais, uma vez que nessa época a matriz já tinha se transferido para este Estado. Acrescentou que a infração 7 refere-se à exigência do imposto sobre mercadorias antecipadas e a de nº 8 a importação dessas mercadorias.

Disse que a infração 9 vinculou-se a transferência de mercadorias de São Paulo para a Bahia em setembro de 2003, antes portanto do diferimento, e que está demonstrada fl 90 do PAF. Concluiu pela procedência parcial da autuação.

Às fls 1551 o autuado juntou cópias de notas fiscais com o fim de consubstanciar a defesa das infrações 1 a 3.

Às fls 1741 requereu extensão do prazo para se manifestar sobre a informação fiscal, em face do expressivo número de documentos fiscais e da complexidade da autuação, sendo o pedido deferido, e reaberto o prazo de defesa.

Às fls 1745/67 o autuado voltou a se manifestar, dizendo que não restou provado a venda de mercadorias sem nota fiscal, solicitando por essa razão o afastamento da 1ª infração. Em relação à 2ª e 3ª infração, assinalou que as notas fiscais anexadas aos autos em 16/02/2006, consubstanciando o quanto alegado na defesa, elidem os valores residuais. Reiterou a diligência requerida quanto a essas duas infrações.

Para as infrações 5 e 6, novamente, as defendeu conjuntamente, repetindo que houve o pagamento do ICMS, e que a manutenção dessas ofende o princípio da capacidade contributiva. Prosseguindo, reafirmou o alegado em sua defesa para essas ocorrências.

Quanto as infrações 7 e 8, insistiu que as importações foram feitas pelo estabelecimento de São Paulo, e lá permaneceram as mercadorias. Ressaltou que não se comprovou que as mesmas circularam na Bahia.

No que diz respeito à infração 9, reiterou todo o alegado em sua defesa. Concluiu pela procedência parcial da autuação.

O autuante em nova informação fiscal (fl 1769) aduziu que o autuado não apresentou fato novo que alterasse a situação do presente auto de infração. Esclareceu que as notas fiscais apensadas aos autos pelo contribuinte em sua última manifestação são reproduções de notas fiscais anexadas anteriormente.

Às fls 1772/73 juntaram-se ao PAF extratos de sistemas informatizados dessa SEFAZ com o pagamento parcial deste auto de infração.

O PAF foi baixado em diligência (fls 1776) por essa JJF com o fim de que o autuante se manifeste sobre os documentos juntados ao processo em comento, bem como a nova defesa apresentada, e fosse intimado o contribuinte a apresentar livro de Registro de Entradas de Mercadorias, do estabelecimento de São Paulo, com o registro das notas fiscais referentes as DIs autuadas.

O autuante em atendimento a diligência solicitada (fls 1783/84) esclareceu que já havia se pronunciado sobre as notas fiscais citadas na diligência requerida, tornando-se desnecessário qualquer tipo de análise. Observou que as notas fiscais em discussão quanto às infrações de nº 7 e 8 já haviam sido anexadas anteriormente ao processo. Reproduziu o entendimento manifestado em informação fiscal acerca da inidoneidade das notas fiscais autuadas quanto a essas infrações. Acrescentou que o livro de Registro de Entradas de nº 2 consta em sua abertura o CNPJ da matriz, o que o levou a certeza de que um mesmo CNPJ possuía dois livros de Entrada, ambos abrangendo o mesmo período. Informou que o contribuinte anexou cópia do cadastramento de sua filial no Estado de São Paulo, demonstrando que o efetivo cadastramento dessa se deu em julho de 2003 (fl 1782).

Patrona da autuada em sustentação oral disse que se reservava ao direito de se insurgir apenas contra as infrações 7 e 8, nesse momento, uma vez que entendia como satisfatórios os argumentos trazidos à lide quanto as demais infrações. Reiterou ter havido apenas erro formal quanto ao uso de CNPJ da matriz pelo estabelecimento de São Paulo, salientando que as mercadorias não foram destinadas à Bahia, tendo sido pago o imposto dessas naquele Estado.

O autuante em contradita reiterou seu posicionamento quanto ao uso indevido pelo sujeito passivo tributário das notas fiscais arroladas por ele como prova do cometimento das infrações de nº 7 e 8. Explicou que na infração 5, inicialmente, exigiu imposto pelas saídas de mercadorias

sem o pagamento da antecipação, modificando posteriormente para falta de retenção nas saídas dessas. Chamou a atenção para o fato da empresa ter vivenciado duas situações: uma, antes do benéfico DESENVOLVE, quando o imposto deveria ser pago nas entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, que vai até setembro de 2003; Outra, após a concessão do benefício, com o conseqüente diferimento do pagamento do imposto, havendo um deslocamento no prazo desse pagamento, das entradas para as saídas.

VOTO

Entendo que durante a instrução do presente auto de infração foram observadas as formalidades legais previstas, não ensejando nenhuma violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, estando o mesmo devidamente instruído das provas documentais pertinentes, conforme demonstrativos acostados autos. Quanto à solicitação de diligência, indefiro, pois os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

Quanto à infração 1, inicialmente, observo que o tempo verbal (gerúndio) constante no texto referente à multa aplicada pode dar margens a controvérsias, mas ao se interpretar a norma, depreende-se que a intenção do legislador era aplicá-la no momento em que se identificou a realização de operações sem a emissão de documentos fiscais, sendo imprescindível para configurar o tipo legal que fosse no momento da operação (vendas sem emissão de nota fiscal).

O autuado entendeu que a 1ª infração decorreu do levantamento de estoques, no qual computaram-se equivocadamente notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiro. O autuante explicou que a mesma decorreu da remessa de chapas de aço para industrialização de cilindros de alta pressão, pelo regime de Exportação Temporária, sem o conseqüente retorno. O sujeito passivo tributário em nova manifestação disse que não restou provada a venda de mercadorias sem nota fiscal, solicitando por essa razão o afastamento da 1ª infração. Entendo que a infração ali configurada não guarda equivalência com a multa aplicada, uma vez que não se flagrou o contribuinte vendendo mercadorias sem a pertinente documentação fiscal. Observo também que as mercadorias eram destinadas à exportação, portanto sem a incidência do imposto. Por outro lado, da análise dos elementos de prova trazidos pela acusação, restou configurada a irregularidade. As mercadorias saíram a título de Exportação Temporária, sem que houvesse o retorno dessas. Assim, as provas anexadas aos autos pelo autuante demonstram irrefutavelmente que o sujeito passivo tributário descumpriu a legislação ao não emitir a documentação fiscal na forma a que estava obrigado, ou seja, exportando-as definitivamente ou, se confirmado o suposto pelo autuante, discriminando-as na importação do produto acabado. Por essa razão, substituo a multa aplicada pela de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei de nº 7.014/96, fundamentando esse agir no art. 158 do RPAF.

A 2ª infração foi por conta da aquisição de produtos sem a contabilização das entradas. O autuado aduziu que o autuante considerou equivocadamente notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros no levantamento fiscal realizado, computando em duplicidade essas operações. O autuante acatou as razões de defesa, excluindo da infração os débitos apurados referentes a 2003, bem como sugerindo que se reduzisse o valor apurado para 2004, assumindo este o montante de R\$1.554,80, vinculado, porém às saídas e não mais a presunção de entradas não contabilizadas. Como esse CONSEF através de reiteradas decisões tem se manifestado que essa alteração de omissão de entradas para saídas não configura mudança no “fruto da acusação”, uma vez que a mencionada presunção (omissão de entradas) abrange uma série de estágios diferenciados, precedendo a omissão de saídas. Assim, o que se exige na presunção referida são as saídas anteriores, possuindo, portanto, tanto a omissão de entradas, como a de saídas, a mesma natureza. Aceito dessa maneira a alteração quanta a natureza da omissão e a reduzo o valor exigido para essa infração, passando essa para o importe de R\$1.554,80, conforme recomendação do autuante. Ressalto que no ano de 2004 o contribuinte usufruía os benefícios do DESENVOLVE,

pagando o imposto das mercadorias substituídas nas saídas e não nas entradas, razão pela qual não se aplicou a multa fixa pelas saídas de mercadorias substituídas, e sim se exigiu o imposto que não fora pago.

Embora tenha reiterado as diligências pleiteadas pelo defendente, esclareço, especificamente quanto à solicitada para essa infração, que o RPAF em seu art 147 dispõe que diligência requerida deverá ser indeferida quando a mesma consistir de elementos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, como é o caso em questão. Por essa razão, rejeito a diligência pleiteada, e decido que a mesma assuma o montante de R\$1.554,80, apurado pelo autuante após acolher as provas acostadas aos autos.

Em relação à 3ª infração, ressaltou o autuado que a mesma estava vinculada a 2ª, com o acréscimo da MVA do imposto já reclamado no item anterior e continha os mesmos equívocos apontados para essa infração. Requereu revisão fiscal a ser feita pela ASTEC desse CONSEF. O autuante também dessa vez acolheu as contraprovas apresentadas, recomendando que esta fosse reduzida para R\$544,18, a título de imposto, referente a 2004, e não mais por multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado.

Ocorre, porém que houve alteração quanto à natureza da omissão do item anterior, passando de omissão de entradas para a de saídas, e como esta infração está associada àquela, constato que o enquadramento aplicado não mais se configura. Entendo que ao alterar a natureza da omissão, constatando-se a de saídas, cabia ao autuante cobrar o próprio imposto substituído e não mais a multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado, uma vez que não se constatou a tributação regular nas operações subsequentes, não se perfazendo a tipificação dada a esta ocorrência. Dessa forma, decido pela improcedência da infração de nº 3. Rejeito a diligência requerida pela mesma motivação apresentada no parágrafo anterior.

Observo que as notas fiscais anexadas aos autos em 16/02/2006, tidas pelo autuado como contraprovas as infrações 1,2 e 3 já integravam o processo, segundo afirmação do autuante. O autuado afirmou que foram apresentadas em sua defesa só que na forma de espelho. Não são assim novos documentos. Friso que os mesmos já foram considerados pelo autuante por ocasião de sua informação fiscal, e por isso, não os recebo como fato novo, suficientes em si, para elidir as acusações feitas.

A infração 4 foi reconhecida e quitada pelo autuado, motivo pelo qual não me detenho na sua análise, mantendo a mesma no valor de R\$447,17.

As infrações 5 e 6, referentes ao recolhimento do ICMS substituído por antecipação, foram defendidas em seu conjunto, entendendo o contribuinte que essas se referiam às mesmas operações.

Posteriormente, o autuante modificou o enquadramento dado na inicial para a infração 5, passando essa para a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. Esclareceu o mesmo que modificou a multa aplicada para a alínea “e” do mesmo artigo e lei. Informou que procedeu desse modo com o objetivo de se fazer melhor entender, fundamentando o seu agir no art. 18, §1º do RPAF.

Com a reabertura do prazo de defesa, e considerando que tanto a tipificação desta infração dada na inicial, como após a manifestação do autuante, exigia o imposto por substituição nas saídas das mercadorias autuadas, tenho por mim que não houve mudança no fruto da acusação e sim uma mera adequação da situação à tipificação, como assinala o autuante. Neste sentido, exigia-se o imposto devido por substituição, antes na condição de antecipado (mencionando o autuante que a base de cálculo usada vinculava-se as operações de saídas) e agora, com a alteração procedida pelo autuante, na de retenção (pelas saídas subsequentes). As situações guardam

semelhança entre si. Por entender assim, mantenho a infração de nº 5, no valor originalmente exigido, acolhendo a alteração da multa aplicada para esta.

Quanto à infração 6, essa cobra a antecipação tributária na entrada de mercadorias importadas. No período autuado, explicou o autante, o contribuinte ainda não havia se habilitado no Programa do Desenvolvimento Industrial e Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), pelo qual foi a ele conferido o diferimento quanto à importação de recipientes para gases comprimidos (GNV). Era devido o imposto então na entrada dessas mercadorias. O contribuinte argumentou que apesar de não ter recolhido a antecipação, as mercadorias foram tributadas nas saídas, não havendo prejuízo à fiscalização. Novamente, entendo que o atuante agiu corretamente ao exigir a multa de 60% referente ao imposto não antecipado, pois de acordo com o artigo 371 do RICMS/97, “nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, (...) o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação...”. Percebo que a acusação está consubstanciada no demonstrativo fiscal referente à infração, motivo pelo qual mantenho a infração 6 em seu valor inicial.

Quanto às infrações 7 e 8, o autuante esclareceu que após o desembaraço aduaneiro as mercadorias foram transferidas para este Estado, e que todos os dados das DI's referem-se exclusivamente a matriz situada na Bahia. Já o autuado, alegou que as importações foram feitas pelo estabelecimento de São Paulo, e lá permaneceram as mercadorias. Ressaltou que não se comprovou que as mesmas circularam na Bahia e que as infrações se deram em virtude da mudança de condição de filial para matriz do estabelecimento situado neste Estado, com a consequente alteração do CNPJ. O autuante se baseia no fato de que desde dezembro de 2002, quando houve a transferência da matriz para este Estado, o contribuinte não tinha mais autorização para emitir notas fiscais com esse CNPJ, em São Paulo, e que todos os documentos fiscais emitidos nessa situação são inidôneos.

Noto que consta como solicitante no pedido de compra (mais conhecido como invoice) referente à nota fiscal autuada, de nº 43, o estabelecimento de São Paulo. Constato também que todas as notas fiscais autuadas foram registradas no livro de Registro de Entradas desse estabelecimento (o de nº 02). Corroborando a alegação do contribuinte, este juntou ao PAF consulta a Secretaria da Fazenda de São Paulo, a qual constata divergência quanto ao número do CNPJ. A soma desses fatos, e a falta de prova quanto à entrada das mercadorias autuadas neste Estado, fazem prevalecer às razões defensivas sobre a autuação dessas infrações. Assim, entendendo ter havido falha por parte da empresa, substituo as infrações 7 e 8 pela aplicação de uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50,00 (cinquenta Reais), contida no art. 42, XXII do RPAF.

Quanto a infração 9, o defendente alegou que o enquadramento legal não se coaduna com a situação fática, impossibilitando o exercício a plena defesa. Bateu-se pela nulidade dessa com arrimo no art. 18 do RPAF. O autuante afirmou que a infração 9 referia-se a transferência de mercadorias de São Paulo para a Bahia em setembro de 2003, antes portanto do diferimento, e que está demonstrada às fls 90 do PAF. Tenho a esclarecer que à semelhança do processo judicial, no administrativo o sujeito passivo tributário se defende do fato a ele imputado, e este, em meu entender, está descrito de forma clara: deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. É esta a acusação, consubstanciada pelo demonstrativo de fls 90, e dela o contribuinte deve se defender. Rejeito, portanto a arguição de nulidade, observando que a multa e o enquadramento dessa

infração são os mesmos da infração 7, uma vez que na infração em análise repete-se a situação ali descrita. Voto pela procedência, uma vez que restou configurada a infração descrita na inicial.

Recomendo a devolução dos livros fiscais entregues pelo contribuinte como prova de suas alegações.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no montante de R\$300.740,28 e multa no importe de R\$100,00 devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido. Segue abaixo demonstrativo com os valores por infração:

ocorrência	infração	data venc	ICMS R\$
multa	1	21/12/2003	50,00
imposto	2	09/1/2005	1.554,80
multa	3	09/1/2005	Improcedente
imposto	4	09/11/2003	294,00
imposto	4	09/01/2004	153,17
imposto	5	várias	170.366,26
imposto	6	09/08/2003	38.096,89
imposto	6	09/09/2003	27.010,99
imposto	6	09/10/2003	8.884,23
multa	7	09/06/2003	50,00
n/d	8		Improcedente
imposto	9	09/10/2003	54.379,94
Imposto total			300.740,28
Multa total			100,00

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 **298616.0025/05-8**, lavrado contra **FABER PAPAIZ LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$300.740,28**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.554,80 e 60% sobre R\$299.185,48 previstas, respectivamente, no art. 42, inciso III; II, “d”, “e” e “f” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$100,00**, previstas no art. 42, XXII da mesma lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da edição Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR