

PROCESSO	- A. I. Nº 207096.0057/05-8
RECORRENTE	- ARGAMASSA DA BAHIA LTDA. (CONCREMASSA SERVIÇOS DE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0043-01/08
ORIGEM	- INFAS ATACADO
INTERNET	- 17/06/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/08

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. É vedada a utilização de crédito fiscal não vinculado a operação de industrialização de mercadorias tributadas. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento ou ao seu uso e consumo. Infrações parcialmente caracterizadas, tendo em vista que a identificação de equívocos na apuração dos valores do imposto gerou a redução do débito. 3. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Infração caracterizada. **b)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor lançado no livro de Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração mantida. **c)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. A constatação de equívoco na apuração gera redução do montante do ICMS devido. Infração parcialmente caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor total de R\$101.585,83, em razão de onze irregularidades, sendo que apenas as seguintes infrações são objetos do presente Recurso:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$17.806,84, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro e setembro a dezembro de 2000, outubro a dezembro de 2001 e janeiro a dezembro de 2002.

2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.243,44, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de outubro e dezembro de 2001 e janeiro, março a agosto e outubro a dezembro de 2002.
3. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$4.208,09, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro de 2000, outubro a dezembro de 2001 e janeiro a dezembro de 2002.
4. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$457,10, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio e novembro de 2000 e março de 2002.
6. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$16.795,66, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no mês de janeiro de 2000.
7. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$1.512,65, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas o escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), nos meses de janeiro, fevereiro, setembro e outubro de 2000.
9. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$31.163,84, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho de 2004 e abril e maio de 2005.
11. Falta de retenção do ICMS, no valor de R\$6.665,38, e do seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2000.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, pois entendia que não foram indicados os fundamentos das infrações.

No mérito, reconheceu a procedência das infrações 8 e 10 e impugnou as demais.

Quanto à infração 1, alegou que tem direito aos créditos fiscais em questão, pois a energia elétrica foi utilizada em processo de industrialização.

Quanto à infração 2, afirmou que a acusação não procedia, pois a legislação tributária lhe dava direito aos créditos fiscais decorrentes da aquisição de bens destinados ao seu ativo imobilizado.

Relativamente às infrações 3 e 4, ressaltou que não foram indicadas as notas fiscais que deram origem a essas acusações. Salientou que essas infrações estavam relacionadas às duas primeiras.

No que tange à infração 5, alegou que não constavam nos autos as cópias do livro RAICMS e dos comprovantes de recolhimento, elementos necessários para caracterizar a infração.

Quanto à infração 6, afirmou que não foi anexada ao processo cópia do livro RAICMS, o que impediu a comparação dos lançamentos feitos nesse livro com os do livro Registro de Entradas.

Relativamente à infração 7, disse que os livros Registro de Saídas e o RAICMS não tiveram suas cópias juntadas aos autos, o que terminou por cercear o seu direito de defesa.

Com relação à infração 9, afirmou que o descumprimento de uma obrigação acessória não acarretava pagamento de obrigação principal. Alegou que o imposto foi recolhido.

Quanto à infração 11, disse que não foram relacionadas as operações sujeitas ao regime de substituição tributária, o que tornou difícil a preparação da sua defesa. Disse que não comercializava com nenhuma das mercadorias arroladas no inciso II do art. 353 do RICMS-BA.

Na informação fiscal, fls. 125 a 128, o autuante reiterou os termos da autuação.

O processo foi convertido em diligência, fl. 131, para que o autuante atendesse às seguintes solicitações: intimasse o autuado a apresentar cópias das notas fiscais de energia elétrica e a comprovar quais os percentuais de energia utilizados na área industrial; elaborasse demonstrativos relacionando as notas fiscais que geraram a glosa do crédito (infrações 1 e 2) e a cobrança do ICMS concernente à diferença de alíquota (infrações 3 e 4); elaborasse demonstrativo da para a infração 5, relativamente aos meses de jul/04 e de mar/05, bem como os demonstrativos referentes às infrações 6 e 7.

Em atendimento à diligência, fl. 135, o autuante informou que, apesar de intimado (fl. 136), o autuado não apresentou a documentação solicitada, de forma que não foi possível a elaboração dos demonstrativos solicitados. Ratificou os termos da ação fiscal.

O processo foi convertido em nova diligência ao autuante, fl. 140, para que fosse o autuado reintimado a apresentar os livros necessários ao atendimento da diligência, desta vez concedendo o prazo de dez dias para o atendimento da intimação.

Por meio da informação prestada à fl. 145, o autuante explicou que, apesar de intimado (fl. 146), o autuado novamente não apresentou os livros necessários ao atendimento da diligência.

O processo foi novamente convertido em diligência, para que o autuante atendesse às seguintes solicitações: explicasse qual a razão para o glosa dos créditos fiscais referentes à infração 2; elaborasse os demonstrativos correspondentes às infrações 3 e 4; e, em relação à infração 5, laborasse demonstrativos para os meses de julho/04 e março/05.

Em atendimento à última diligência, o autuante explicou que os créditos fiscais glosados na infração 2, conforme consta no livro RAICMS, eram apropriados de uma só vez, em total desobediência ao previsto na legislação pertinente.

No que tange às infrações 3 e 4, o autuante afirmou que, em todo o período fiscalizado, não houve recolhimento de ICMS referente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou ao consumo do estabelecimento. Disse que os dados foram extraídos do RAICMS, escriturado pelo próprio sujeito passivo. Aduziu que o autuado foi mais uma vez intimado a apresentar livros fiscais (fl. 156) e, no entanto, não os apresentou, prejudicando a elaboração dos demonstrativos solicitados, já que reparos e trocas de computadores agravaram a impossibilidade de elaboração dos demonstrativos.

Quanto à infração 5, o autuante disse que em virtude da falta de apresentação dos livros não foi possível elaborar os demonstrativos solicitados.

Na Decisão recorrida, a primeira instância afastou as preliminares de nulidade, alegando que o Auto de Infração atendia aos requisitos legais, que não ocorreu cerceamento de defesa.

A infração 1 foi julgada procedente, uma vez que o autuado não comprovou o emprego da energia elétrica no seu processo industrial, ao passo que as fotocópias do livro RAICMS acostadas às fls. 31 a 69 atestam que a energia era utilizada na comercialização.

Decidiu a 1<sup>a</sup> JJF pela procedência da infração 2, sob o argumento de que os créditos fiscais de ICMS relativos a aquisições de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento só poderiam ser utilizados de forma parcelada e, no entanto, foram apropriados de uma só vez. Ressaltou o relator que, como o autuado não atendeu as intimações expedidas pelo diligenciador, a apuração dos valores mensais a que o autuado tinha direito ficou impossibilitada, já que o livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) não foi escriturado.

As infrações 3 e 4 foram julgadas procedentes em parte. Considerou a 1<sup>a</sup> JJF que as acusações estavam caracterizadas, porém os valores cobrados foram retificados em razão de erros na apuração dos débitos. Mencionou o relator que o fato de não haver cópia dos livros fiscais no processo não prejudicou o direito de defesa, pois tais livros pertenciam ao autuado.

As infrações 6 e 7 foram julgadas procedentes, já que o autuado não apresentou elementos capazes de desconstituir as exigências fiscais.

Decidiu a 1ª JJF pela procedência parcial da infração 9, uma vez que os documentos de fls. 72 a 75 comprovam a falta de recolhimento do imposto declarado nos livros fiscais, relativamente aos meses de abril e maio de 2005. Todavia, foi retificado o valor cobrado no mês de junho de 2004, tendo em vista que nesse mês ocorreu saldo credor na conta corrente fiscal.

A infração 11 foi julgada procedente, tendo o relator argumentado que o autuado não apresentou prova da existência de equívoco nos demonstrativos elaborados pelo autuante, nos quais estão relacionadas todas as notas fiscais, a margem de valor acrescido, a base de cálculo, o imposto devido, o valor do ICMS recolhido e o saldo a recolher.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, argumentando que não foram acostados ao processo os elementos necessários à demonstração dos fatos argüidos. Cita o disposto no art. 41 inc. II, do RPAF/99. Diz que foram violados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Sustenta que as intimações efetuadas pelo autuante no atendimento das diligências são nulas, pois foram entregues a profissional não autorizado. Cita doutrina para embasar suas alegações.

No mérito, o recorrente alega que a autuação é infundada no que tange à infração 1, pois a energia elétrica foi utilizada no processo de industrialização e, portanto, o seu procedimento estava amparado no art. 33, II, “b”, da LC nº 87/96, e no art. 93, II, “a”, “2”, do RICMS-BA.

Quanto à utilização de crédito fiscal e à cobrança de diferença de alíquota relativamente às aquisições destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo (infrações 2, 3 e 4), o recorrente diz que não foram indicadas as notas fiscais que acobertaram as referidas aquisições. Sustenta que os créditos fiscais referentes a compras destinadas ao ativo imobilizado foram apropriadas de acordo com o estabelecido no art. 20, § 5º, da LC 87/96, e no art. 93, §§ 11 e 12, do RICMS-BA. Afirma que para ser cobrada a diferença de alíquota, era necessário que o autuante tivesse identificado a origem, o momento da entrada e a destinação das mercadorias em questão, sob pena de incidir em cerceando de defesa.

No tocante às divergências entre os valores lançados nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas e os do livro Registro de Apuração de ICMS (infrações 6 e 7), o recorrente alega que apenas foi anexado ao processo cópia do livro Registro de Entradas, o que torna impossível a comparação entre esses citados livros. Sustenta que os valores cobrados nessas infrações foram compensados com os créditos fiscais de ICMS oriundos de outras operações e, portanto, já foram extintos nos termos do art. 156, II, do CTN.

Quanto ao não recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (infração 9), o recorrente diz que a exigência fiscal é insubstancial, pois o descumprimento de uma obrigação acessória não pode implicar pagamento de uma obrigação principal. Afirma que o ICMS foi pago.

Relativamente à falta de retenção do ICMS devido por antecipação tributária (infração 11), o recorrente alega que a acusação não procede, haja vista que não foram indicadas quais as operações que estariam sujeitas ao regime de substituição tributária. Diz que esse fato prejudicou o seu direito de defesa, já que utiliza uma vasta gama de insumos sujeitos à antecipação parcial. Sustenta que, dentre os produtos relacionados no inciso II do art. 353 do RICMS-BA, não se encontra nenhum dos que comercializa. Reconhece que comercializa com tintas e impermeabilizantes, produtos elencados no item “16” do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA, porém frisa que os produtos são procedentes de outras unidades da Federação e, portanto, já estão com a fase de tributação encerrada. Frisa que não lhe cabe fazer prova negativa, uma vez que compete ao autuante provar como chegou aos valores cobrados dos contribuintes.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 199 a 208, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não há razão para a nulidade do Auto de Infração, haja vista que a discriminação das infrações e a tipificação legal utilizada estão corretas e, portanto, não houve cerceamento de defesa. Aduz que não compete ao CONSEF, na sua condição de órgão julgador, buscar provas que se encontram na posse do recorrente, pois, nos termos do art. 333 do CPC, o ônus de provar cabe a quem alega. Ressalta que, no entanto, diversas diligências foram realizadas, porém o recorrente não atendeu às intimações que foram realizadas. Diz que essas intimações eram válidas, pois foram recebidas por prepostos do recorrente, nos termos do art. 109, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito, o ilustre procurador afirma que a infração 1 está caracterizada, uma vez que o recorrente não comprovou que a energia fora utilizada em processo de industrialização.

Quanto às infrações 2, 3 e 4, diz que a Decisão da primeira instância deve ser mantida, já que o recorrente não forneceu os elementos necessários à revisão do lançamento.

Referindo-se às infrações 5 e 6, o procurador assevera que os demonstrativos de fls. 16, 18, 21 e 22 comprovam as acusações e o acerto da Decisão recorrida.

No que tange à infração 7, diz que o demonstrativo de fl. 20 assinala as diferenças entre o imposto lançado no livro Registro de Saídas e no livro Registro de Apuração de ICMS.

Tratando da acusação contida na infração 8, o procurador salienta que esse item do lançamento foi reconhecido como procedente, não havendo, assim, como apreciar as alegações do recorrente.

Ao finalizar o seu Parecer, o ilustre procurador afirma que todos os argumentos trazidos na fase recursal já foram apreciados na Decisão recorrida, não tendo o contribuinte trazido qualquer argumento novo capaz de modificar a Decisão proferida pela primeira instância. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois no Auto de Infração a descrição dos fatos é satisfatória e a capitulação legal dos dispositivos infringidos está correta, permitindo, assim, a perfeita compreensão das acusações e o pleno exercício do direito de defesa.

Efetivamente, para uma parte da infração 5 não foi elaborado o demonstrativo necessário, porém essa parte da citada infração foi julgada nula em primeira instância. Para as demais infrações, o lançamento está acompanhado de demonstrativos, quando eles são necessários. Para as infrações que dispensavam demonstrativos em razão de serem os valores colhidos diretamente nos livros fiscais, o autuante anexou ao processo cópia dos respectivos livros, cujos originais se encontram em poder do recorrente.

Comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, considero válidas as intimações efetuadas no cumprimento das diligências solicitadas pela 1<sup>a</sup> JJF, já que essas intimações foram recebidas por prepostos do recorrente, em conformidade com o disposto no art. 108, inc. I, do RPAF/99. Corroborando esse fato, saliento que a intimação de fl. 116 foi recebida pelo assistente administrativo Gilmar Ribeiro de Santana, pessoa que também assinou o Auto de Infração (fls. 5 e 9) e a intimação de fl. 11.

Em face do acima comentado, considero que o presente processo administrativo fiscal está em conformidade com os dispositivos legais pertinentes, não houve violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal e, portanto, não há qualquer vício que o macule de nulidade, conforme bem demonstrado no Parecer da PGE/PROFIS.

No mérito, quanto à infração 1 – utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, referentes a aquisições de energia elétrica utilizada na comercialização –, o recorrente alega que a energia

elétrica foi consumida no seu processo industrial e que, nos termos do art. 93, II, “a”, “2”, do RICMS-BA, tinha direito a se apropriar desses créditos fiscais.

Efetivamente, o citado dispositivo regulamentar prevê o direito de apropriação do crédito fiscal quando a energia elétrica for consumida no processo de industrialização. Todavia, no caso em apreço, o livro RAICMS acostado ao processo deixa patente que a energia elétrica foi consumida na comercialização, haja vista que as aquisições foram registradas sob o Código Fiscal de Operações (CFOP) 1.43 – “Compra de energia elétrica para consumo no comércio.” –, conforme se pode constatar mediante um exame das fls. 53, 54, 66, 67, 68, etc.

Intimado a comprovar que a energia elétrica fora utilizada na industrialização, o recorrente não atendeu às intimações e, nem mesmo agora, em fase recursal, traz aos autos tal comprovação. Dessa forma, a infração está caracterizada e, em consequência, foi correta a Decisão da 1<sup>a</sup> JJF.

No que tange à infração 2 – utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, referentes a aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado –, o recorrente alega que não foram indicadas as notas fiscais correspondentes às aquisições. Também afirma que a legislação vigente à época dos fatos geradores amparava a apropriação dos créditos fiscais em questão.

Essas alegações recursais não merecem acolhimento, pois o RAICMS do recorrente (fls. 57, 59, 60, etc.) comprova as entradas de bens destinados ao ativo imobilizado (CF0OP 2.91 e 2.92), bem como atesta que a apropriação dos créditos fiscais se deu de uma só vez. Não há como se considerar que houve apenas descumprimento de obrigação acessória, já que os créditos fiscais foram utilizados ao arrepio do previsto na legislação pertinente. Visando buscar a comprovação de que a apropriação dos créditos fiscais atendia às condições previstas na legislação, o recorrente não atendeu às intimações, o que impossibilitou a verificação, ficando, assim, sem respaldo documental os créditos lançados no referido livro. Assim, a infração subsiste integralmente e, portanto, foi correta a Decisão da 1<sup>a</sup> JJF.

Relativamente às infrações 3 e 4 – falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo –, o recorrente alega que não foram indicadas as notas fiscais referentes às compras. Diz que só com a discriminação dessas notas fiscais poderia se defender plenamente.

Mais uma vez essa alegação recursal de cerceamento de defesa não pode ser acolhida, pois os valores cobrados pelo autuante tiveram como base os registros feitos pelo próprio recorrente em seus livros fiscais próprios, como se pode constatar às fls. 52, 53, 54, 57, 31, 32, 34, 33, etc.

Os livros fiscais, quando regularmente escriturados, fazem prova do que neles está registrado. Dessa forma, as acusações estão comprovadas, cabendo ao recorrente – pessoa que detém a posse do RAICMS e das notas fiscais – atestar que os fatos que ele escriturou no referido livro fiscal não refletem a verdade.

Reitero que visando buscar a verdade material dos fatos o processo foi convertido em diligência, porém o recorrente não atendeu às intimações, impossibilitando a comprovação de fatos controversos com elementos que estão em seu poder.

Em face do acima comentado, as infrações 3 e 4 estão parcialmente caracterizadas, conforme apurou a primeira instância, não havendo correção a fazer na Decisão da 1<sup>a</sup> JJF.

As infrações 6 e 7 foram abordadas em conjunto no Recurso Voluntário, dessa forma também passo a apreciá-las em conjunto.

Nessas infrações, o recorrente foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS em razão de divergências entre os valores lançados no RAICMS e no livro Registro de Entradas (infração 6) e no livro Registro de Saídas (infração 7).

Os demonstrativos de fls. 19 e 20 evidenciam como foram apurados os valores cobrados nas infrações em tela, bem como indicam as divergências existentes entre os citados livros fiscais.

Dessa forma, as acusações estão formalizadas, cabendo ao sujeito passivo comprovar a improcedência das imputações mediante a apresentação dos livros fiscais correspondentes, ou apontando a existência de erros nos citados demonstrativos.

O recorrente alega que nos autos consta fotocópia apenas do livro Registro de Entradas, o que impossibilita a comprovação das infrações, bem como alega que os valores cobrados já foram compensados com os créditos fiscais oriundos de outras operações.

Essas duas alegações recursais não merecem guarida. A alegação pertinente à ausência de fotocópia de livros fiscais nos autos não tem qualquer razão, pois os livros pertencem ao recorrente e, em princípio, estão em seu poder, não havendo como prosperar a alegação de cerceamento de defesa ou de falta de comprovação das acusações. Do mesmo modo, a alegada compensação dos débitos com créditos fiscais carece de respaldo, pois os valores empregados na apuração do imposto foram os escriturados pelo próprio recorrente e, portanto, não há mais compensação a efetuar.

Considero, portanto, que as infrações 6 e 7 estão caracterizadas e, desse modo, foi acertada a Decisão da primeira instância.

Quanto à infração 9 – falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – observo que a infração está caracterizada, conforme as fotocópias dos livros RAICMS acostadas as fls. 71, 73 e 75. Tendo em vista que os valores a recolher foram lançados a débito pelo próprio recorrente, cabia a ele comprovar os respectivos pagamentos (mediante a apresentação dos DAEs correspondentes) ou demonstrar de forma incontroversa que os valores lançados não correspondiam à verdade dos fatos.

Alegação recursal pertinente a obrigações acessória e principal não elide a acusação, uma vez que o imposto cobrado decorre da falta de pagamento do imposto lançado. Do mesmo modo, a simples alegação de pagamento dos valores, sem a apresentação dos respectivos comprovantes, não é capaz de elidir a imputação feita ao contribuinte.

Tendo em vista que o recorrente não efetuou a comprovação da improcedência da infração, a exigência fiscal subsiste e, dessa forma, foi correta a Decisão da primeira instância.

No que tange à infração 11 – falta de retenção e recolhimento do ICMS devido na qualidade de sujeito passivo por substituição – constato que, no demonstrativo de fls. 13 a 17, foram relacionadas as notas fiscais referentes a operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que tinham o recorrente como sujeito passivo por substituição. Nesse demonstrativo, constam todos os dados necessários à perfeita identificação das operações listadas nesse item do lançamento, tais como: data, nota fiscal, margem de valor agregado, base de cálculo, alíquota, ICMS destacado e ICMS a recolher.

O recorrente alega que não foram indicadas as operações sujeitas à substituição tributária, diz que não produz mercadoria enquadrada no regime de substituição e menciona que recebe mercadoria com o imposto já pago pelo regime de substituição tributária.

Essas alegações recursais não merecem acolhimento, uma vez que o demonstrativo de fls. 13 a 17 discrimina todos os elementos necessários ao exercício do direito de defesa, especialmente quando se considera que essas notas fiscais foram emitidas pelo recorrente e, em princípio, devem estar em seu poder. Caso alguma das notas fiscais citadas pelo recorrente fosse referente a mercadorias adquiridas com o imposto já pago pelo regime de substituição tributária, deveria o recorrente fazer essa comprovação, o que não foi feito. Dessa forma, a infração está caracterizada e, portanto, foi correta a Decisão da 1<sup>a</sup> JF.

Ressalto que apesar de ter o recorrente feito, às fls. 186 e 192/193, referência à infração 5, os fatos descritos e impugnados pelo recorrente são referentes à infração 6. Assim, mantendo a Decisão proferida pela primeira instância relativamente à infração 5 e reitero a representação para que a

repartição fazendária competente providencie nova ação fiscal, visando apurar e cobrar o imposto referente aos meses de julho de 2004 e março de 2005.

Em face do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207096.0057/05-8, lavrado contra **ARGAMASSA DA BAHIA LTDA. (CONCREMASSA SERVIÇOS DE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$86.799,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$63.531,31 e 50% sobre R\$23.268,50, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” “b”, “e”, “f”, VII, alínea “a”, e I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Representa-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal para apurar o imposto relativo aos meses de julho de 2004 e março de 2005, concernentes à infração 05, de acordo com o art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO - REPR. DA PGE/PROFIS