

A. I. N ° - 207494.0001/08-4
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTES - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA e REGINALDO C. M. FILHO.
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18. 09. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0308-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração confirmada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a.1)** NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS. 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. **a.2)** NOTAS FISCAIS ESCRITURADAS. Apesar de ter lançado as notas fiscais, não efetuou a devida antecipação do imposto. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Erro na aplicação da alíquota, determinação da base de cálculo e apuração do imposto. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO TEMPESTIVAMENTE RECOLHIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Não há provas de que o imposto foi recolhido tempestivamente. Multa mantida. 5. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. **a)** OPERAÇÃO INTERNA DE SAÍDA PARA CONSUMIDOR FINAL. Infração subsistente. **b)** OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA PARA CONTRIBUINTE. Estando o destinatário localizado em outro Estado e sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações interestaduais. Infração subsistente. 6. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A apropriação do crédito

fiscal foi efetuada a mais do que efetivamente o devido e recolhido por antecipação parcial. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. OPERAÇÃO DE SAÍDA SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Não acolhidas às arguições de ilegalidade. Infração subsistente. **c)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA OU ISENTA. Não cabe a apropriação de crédito relativo às mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição tributária ou isenta. Infração caracterizada. **7.** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. Divergências comprovadas, não apenas com os dados constantes dos arquivos magnéticos, como também, com a análise do livro Registro de Apuração. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidades para as infrações que foram arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/05/2008, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 1.352.513,69, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Omissão de Receitas Tributadas caracterizadas por Notas Fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, e não comprovado os lançamentos na escrita fiscal e contábil, após prazo concedido a empresa. ICMS no valor de R\$ 92.753,64, acrescido da multa de 70%, nos meses de janeiro a dezembro de 2005 e nos meses de janeiro a dezembro de 2006;

Infração 02 - 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/ou do exterior relacionadas nos anexos 88. Consta a existência de Notas Fiscais de Transferências de Mercadorias de outras unidades da Federação não registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, relativas aos meses de fevereiro, abril, maio, junho, setembro e dezembro de 2005 e novembro de 2006. ICMS no valor de R\$ 4.102,65, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, relativo aos meses de janeiro, março maio, agosto e dezembro de 2005, janeiro fevereiro, julho e novembro de 2006. Multa no valor de R\$ 4.195,04;

Infração 04 - multa percentual de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 38.001,54, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006;

Infração 05 - efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88. Falta de recolhimento do ICMS por substituição dos produtos constantes das notas com valores zerados nas planilhas fornecidas pela empresa. ICMS no valor de R\$ 288.886,21, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a outubro de 2005;

Infração 06 - utilizou a mais o crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Crédito a mais do ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL lançados nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2005. ICMS no valor de R\$ 179.161,11, acrescido de multa de 60%;

Infração 07 - recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menos por erro na aplicação de alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias por ECF's. ICMS no valor de R\$ 307.289,74, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006;

Infração 08 - recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menos por erro na aplicação da alíquota nas transferências de mercadorias para outras unidades da Federação. ICMS no valor de R\$ 58.155,40, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de julho a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006;

Infração 09 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 6.573,13, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006;

Infração 10 - 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/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Falta de Antecipação do ICMS nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, referente às notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas. ICMS no valor de R\$ 176.421,96, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006;

Infração 11 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro Apuração do ICMS, relativo aos meses de dezembro/2005, julho a dezembro de 2006.

Infração 12 - deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. ICMS no valor de R\$ 14.188,46, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2006;

O autuado, às fls. 530 a 552, apresenta impugnação, argüindo que, no caso em epígrafe, o trabalho fiscal cingiu-se na análise de arquivo magnético, que embora seja documento obrigatório a ser preenchido pelos contribuintes desse Estado e que, logicamente, reflete as operações fiscais atinentes ao imposto no período fiscal, não tem o condão absoluto de fazer prova contrária ao contribuinte, caso seja verificada pela fiscalização fatos que coloquem em dúvida a correta tributação em determinadas operações. Mister seria o levantamento fiscal no estabelecimento da Impugnante pelo Agente Fiscal responsável, a fim de confrontar os dados lançados em arquivo magnético e aqueles escriturados em livros obrigatórios.

Argumenta que estão ausentes os requisitos de validade do ato administrativo que convolou na lavratura do auto de infração, quais sejam, a forma, legalidade, finalidade, objeto e motivação.

Argumenta que a descrição pormenorizada da infração é atribuição que compete exclusivamente à autoridade administrativa, no caso o agente fiscal do ICMS, sob pena de causar ao administrado ofensa ao seu direito de ampla defesa e contraditório, assegurados pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV. Contudo, no caso, o agente fiscal deixou de descrever e demonstrar detalhadamente as supostas infrações cometidas pela Impugnante, impossibilitando trazer elementos de argumentação para presente defesa, demonstrando a improcedência do Auto de Infração.

Cita Roque Antonio Carrazza, anexa decisões do Conselho de Contribuintes e o próprio Tribunal de Impostos e Taxas no Estado de São Paulo, condenando o trabalho fiscal pautado em incerteza e iliquidize do lançamento. Observa, ainda, que algumas autuações são contraditórias, na medida em que o agente fiscal considera que a Impugnante deixou de recolher o ICMS e logo adiante afirma que o imposto teria sido recolhido a menos. Estas irregularidades denotam, sem sombra de dúvidas, a iliquidize e a incerteza da autuação em exame e, por conseguinte, justificam a sua improcedência, uma vez que retrata claramente uma tentativa de enriquecimento ilícito do erário.

Conclui que o lançamento se deu em verdadeira afronta ao art. 142 do CTN, o que justifica o reconhecimento de sua nulidade, não podendo produzir qualquer efeito no mundo jurídico a fim de compelir a Impugnante a recolher aos cofres públicos os valores nele consignados.

Afirma que Impugnante efetuou pagamento de todas as obrigações, principalmente no tocante ao ICMS. Ressalta que, embora haja entendimento de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, todos os documentos e livros fiscais foram colocados à disposição da fiscalização, sendo que nenhum erro ou falta de escrituração ocorreu que pudesse dar ensejo às supostas infrações apontadas na acusação fiscal.

Passa assim, a individualizar a sua impugnação em relação a cada infração, conforme segue:

Infração 01

Consigna que a infração, ora discutida, refere-se à suposta omissão de receitas tributadas caracterizadas por Notas Fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, e a suposta não comprovação dos lançamentos na escrita fiscal e contábil, apurado através de vias de notas fiscais. Alega que o fato de existirem entradas de mercadorias sem a devida comprovação de sua origem não implica na ocorrência de fato gerador da obrigação tributária principal, uma vez que a incidência tributária se dá é na saída da mercadoria do estabelecimento. Entende que legislação considera ocorrido o fato gerador nas entradas de mercadorias somente nas hipóteses dos incisos VIII e XV do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e dos incisos III, IV e V do § 2º do artigo 1º do seu regulamento, situações que não correspondem ao presente caso. Além disso o agente fiscal calcula o valor do imposto pelo maior valor monetário, desconsiderando que a entrada de mercadoria no estabelecimento gera crédito à impugnante. Assegura ainda que a autuação deixou de certificar que o imposto foi pago na saída dos produtos, constatação imprescindível para autuação, eis que o imposto foi pago na saída, não pode o Estado tributar novamente, havendo somente falta de utilização do crédito fiscal.

Argumenta que seria imperioso o levantamento fiscal nos estabelecimento da Impugnante pelo Agente Fiscal responsável, a fim de confrontar os dados lançados em arquivo magnético e aqueles escriturados em livros obrigatórios. Alega, que dessa forma o agente fiscal deixou de descrever e demonstrar detalhadamente a suposta infração cometida pela Impugnante, impossibilitando trazer elementos de argumentação para presente defesa, demonstrando a improcedência do Auto de Infração.

Alega que já decidiu reiteradamente o Conselho de Contribuintes deste Estado, condenando o trabalho fiscal pautado em incerteza e iliquidize do lançamento, passando a reproduzir uma ementa acórdão sem número.

Assegura, que, diante disso, não há que se falar em omissão de receita, devendo ser a alegada infração ora impugnada afastada, consequentemente cancelando-se a presente autuação.

Infração 02

Reproduz a respectiva imputação: “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 de Federação e ou do exterior”.

Primeiramente, observa que o instituto da substituição tributária, no presente caso, trata da venda para clientes não contribuintes do imposto por determinação legal, momento em que deve ser recolhido por antecipação pelo vendedor o ICMS incidente nas operações seguintes. Assim, verifica que recolhe, na qualidade de substituta, o ICMS incidente na operação ao consumidor final.

Argúi ser completamente confuso o auto de infração, o que impede que a Impugnante exerça plenamente sua defesa, a infração. Anota ser o levantamento um emaranhado de contas, as quais não guardam nenhuma relação comprobatória entre o trabalho fiscal realizado e a discriminação das mercadorias e das notas fiscais.

Considera ter havido violação do princípio da verdade material, posto que o Auto de Infração objeto da presente impugnação não se alicerça em fatos verídicos mas em deduções infundadas e totalmente incorretas e em cálculos confusos que não podem fazer frente à autuação, deve ser este julgado totalmente improcedente.”

Infração 03

Aduz que, nesta infração, o Agente Fiscal autua por suposta entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Contudo, aqui, assim como na infração de nº 1, o Agente Fiscal deixou de certificar que o imposto foi pago na saída dos produtos do estabelecimento da Impugnante, não havendo nenhum prejuízo ao Estado e sim o contribuinte que deixou de utilizar crédito fiscal, não havendo fato gerador nas entradas, conforme já argumentado.

Considera improcedente também esta infração.

Infração 04

A infração se refere exclusivamente à aplicação de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação adquiridas para comercializar e devidamente registrada na escrita fiscal.

O autuado argumenta que a acusação fiscal não merece prosperar, eis que fundada em alegações contraditórias, devendo a autuação também no tocante a este ponto ser anulada. Entende que o próprio agente fiscal admite que a Impugnante recolheu o imposto, pois caso não tivesse pago nenhum valor, a infração seria por falta de recolhimento do ICMS, havendo, portanto, o recolhimento espontâneo, não podendo ser cobrado multa.

Infração 05

Neste item a imputação foi por “efetuar recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota , na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade de federação. Falta de recolhimento do ICMS substituto dos produtos constantes das Notas Fiscais com valores zerados nas planilhas fornecidas pela empresa”.

Argumenta que é contraditória na medida em que o agente fiscal considera um suposto erro de aplicação de alíquota pela Impugnante, lavrando o auto de infração, tanto pelo recolhimento menor como pela falta de recolhimento. Ademais, continua o autuado, os autuantes não identificam quais foram as mercadorias tratadas nas operações autuadas, o que daria azo à impugnante identificar se

tais operações são de fato tributadas pela alíquota de 17% ou outra menor. Aduz que, neste item, o Agente Fiscal também deixa de considerar o crédito quando da entrada de mercadoria no estabelecimento.

Argumenta que é importante diligenciar nas dependências do estabelecimento da Impugnante para que seja confirmada a operação. Passa a reproduzir ementa sem número de Acórdão do Conselho de Contribuintes do Estado da Bahia.

Considera, assim, existir vício insanável, pois calculou todos os débitos apenas com o valor do ICMS relativo às saídas.

Infração 06

Na infração 06 a Impugnante é autuada por se utilizar a maior de crédito de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias de outra unidade de federação ou do exterior, lançados nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2005.

Argumenta que o artigo 155, § 2º,I da Constituição Federal, lhe assegura o direito à compensação do valor do imposto cobrado em operações tributadas com o valor devido em sua operação própria, com base no princípio da não-cumulatividade. Aduz que, no caso, o Agente Fiscal não considerou no seu levantamento fiscal os débitos relativos às operações de saídas das mercadorias, devendo, assim, ser abatido o valor exigido do débito fiscal.

Entende ser imprescindível à elaboração de demonstrativo contendo informações consistentes, comprovando que a Impugnante teria se utilizado de crédito a maior considerando os saldos credores anteriores, o que, no caso, não foi feito.

Infrações 07 e 08

A referida infração dispõe que o contribuinte “recolheu ICMS a menor em razão de erro na aplicação da alíquota cabível a saída de mercadorias regularmente escrituradas”.

Considera a imputação totalmente ilegal e contraditória, eis que o agente fiscal: atribuiu indistintamente a alíquota de 17% e aplicou esse percentual à base de cálculo das operações, tal como demonstrativo de cálculo, mas esqueceu de subtrair o montante pago pela Impugnante naquelas operações pela alíquota menor e que na visão do agente fiscal, estaria em desacordo com a legislação de regência; não detalhou a mercadoria adquirida de outro Estado da Federação, bem como não atribuiu o diferencial de alíquota interestadual aplicável à operação (7% ou 12% por exemplo), simplesmente aplicou 17%, como se a parcela integral do imposto coubesse ao Estado da Bahia.

Afirma que o Decreto 8.088 de 27.12.2001 reduz a alíquota nas operações internas realizadas com produtos como: “arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca”, sofrendo incidência de 7% do valor da operação. Aduz que os autuantes limitaram-se apenas ao dispositivo acima mencionado, aplicando a alíquota de 17% a todas as mercadorias saídas do estabelecimento da Impugnante referente aos produtos citados, não distinguindo as mercadorias que estão amparadas pelo artigo 51, inciso I, alínea “a” do Decreto 8.088 de 27.12.2001.

Argumenta que aos produtos integrantes da cesta básica foram concedidos os benefícios fiscais de redução da carga tributária do ICMS nas suas saídas internas, de modo que a Incidência final seja equivalente a 7% do valor das mercadorias, bem como o benefício de manutenção integral do crédito de ICMS relativo às entradas dessas mercadorias, o que foi ignorado pelo Agente fiscal. Conclui que não restam dúvidas que o Ilustre Agente Fiscal pecou por não verificar devidamente os documentos fiscais da Impugnante, pois caso tivesse analisado toda a documentação, sem dúvida não teria lavrado o Auto de Infração ora impugnado.

Considera improcedente ou nula tal infração.

Infração 09

Dispõe que a Impugnante “usou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária.”

Argumenta que as mercadorias adquiridas pela Impugnante estavam amparadas por notas fiscais contendo todos os requisitos necessários, para que o Agente fiscal submetesse os produtos a uma análise de sujeição ou não de recolhimento de ICMS por substituição.

Considera que o artigo 353 do RICMS/BA é taxativo ao enumerar os produtos que estão sujeitos à substituição tributária. Entretanto, ainda que por uma análise sumária dos Documentos Fiscais objeto do presente Auto de Infração, constata-se que houve recolhimento de produtos que estão sujeitos à substituição tributária, além de produtos que não estão sujeitos à substituição, ou seja, que está sujeito à tributação normal, o qual foi devidamente quitado, ao contrário do que fazem crer os autuantes.

Alguns produtos que foram autuados tais como: o suco, batata ou lustra móvel não estão relacionados no rol do artigo 353 do RICMS/BA, o que condena o trabalho fiscal, por estar pautado em incerteza e iliquidez do lançamento.

Logo, a Impugnante não pode ser punida pela negligência e imprudência do Agente Fiscal, que deveria ter analisado a documentação para que constatasse que há produtos que não se sujeitam ao ICMS por substituição, razão pela qual o presente lançamento deve ser cancelado.

Requer o cancelamento da infração nº 09, diante da incerteza e iliquidez do lançamento.

Infração nº 10

A infração nº 10 dispõe que houve “falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a mercadorias provenientes de outra unidade da federação.”

Consigna que nessa infração os autuantes apontaram como infringido o artigo 371, do RICMS/BA, passando a reprodução de seu texto, para concluir que a adquirente ora Impugnante não deveria jamais recolher por antecipação o imposto, ainda mais pela alíquota de 17%, tal como imposta no auto de infração, pois a operação seguinte realizada é a saída das mercadorias para consumidor final. Assim, entende que o ICMS sob a alíquota de 7% foi devidamente pago ao Estado de origem pelo fabricante ou vendedor, devendo a Impugnante, na condição de estabelecimento comercial — supermercado — recolher o ICMS por ocasião das saídas das mercadorias para consumidor final sob a alíquota de 17%.

Argumenta que nessa operação, há apenas uma única e última etapa de circulação da mercadoria, para consumidor final, não tendo nenhum sentido obrigar a Impugnante a recolher, por antecipação, o ICMS por substituição tributária. Caso contrário, estaria havendo duplicidade de recolhimento.

Entende que a infração apontada viola frontalmente o princípio da não cumulatividade insculpido na Constituição Federal, em seu artigo 155, §2º, 1, já que pretende o Agente Fiscal cobrar duas vezes o imposto pela mesma operação, qual seja a operação seguinte de venda ao consumidor final. Além disso, argumenta que, sequer poderia considerar a antecipação do imposto a título de diferencial de alíquota de 10%, porquanto não recai na hipótese do artigo 155, §2º, VII, “a” e VIII, isto é, a impugnante não é consumidora final da mercadoria adquirida.

Por tais razões, argüi que não deve prosperar a infração apontada, devendo o auto de infração ser cancelado nesse sentido.

Infração 11

A infração nº 11 dispõe que a Impugnante “recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Diferença apurada entre os totais do ICMS constantes nas planilhas apresentadas a fiscalização pela empresa e os valores efetivamente recolhidos constantes no Sistema de Arrecadação da Sefaz”

Alega o impugnante que a autuação baseou-se exclusivamente em análise de arquivos, que embora seja documento obrigatório a ser preenchido pelos contribuintes desse Estado e que, logicamente, reflete as operações fiscais atinentes ao imposto, no período fiscal, não tem o condão absoluto de fazer provar contrária ao contribuinte, caso seja verificada pela fiscalização fatos que coloquem em dúvida a correta tributação em determinadas operações. Reafirma que imperioso seria o levantamento fiscal no estabelecimento da Impugnante pelo Agente Fiscal responsável, a fim de confrontar os dados lançados em arquivo magnético e aqueles escriturados em livros obrigatórios.

Considera, portanto, haver iliquidize e incerteza do lançamento tributário, devendo a presente autuação ser integralmente anulada.

Infração 12

A referida infração dispõe que “o contribuinte deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução”

Entende que se deve levar em consideração o artigo 155, 2º, 1 da Constituição Federal que assegura ao contribuinte do ICMS o direito à compensação do valor do imposto cobrado em operações tributadas com o valor devido em sua operação própria. Eis o princípio da não-cumulatividade.

Argumenta que não há previsão na Constituição Federal e muito menos na Lei Complementar 87/96 de estorno proporcional do crédito na entrada nos casos de redução de base de cálculo. A legislação pertinente que trata de tal assunto é Estadual, sem supedâneo na Carta Política.

Assevera que não se pode restringir a apropriação do crédito, vez que a redução da base de cálculo não se confunde com isenção ou não-incidência.

Apresenta jurisprudência colacionada no Anexo I, considerando que o Supremo Tribunal Federal tem decidido, reiteradamente, que a redução da base de cálculo do ICMS não configura isenção ou não-incidência, que são as duas únicas hipóteses excluídas do sistema de não-cumulatividade do imposto.

Conclui requerendo o cancelamento da infração de número 11.

Considera a exigência da multa em percentuais elevados, representa um verdadeiro excesso de exação, porque, pune confiscatoriamente o contribuinte por ter adotado um procedimento absolutamente legítimo, inclusive amparado pelas normas e princípios constitucionais e legais.

Aponta o valor da penalidade aplicada é de 60% e 70% do suposto crédito, como revelador da medida de confisco.

Acrescenta que a Constituição Federal ao vedar o emprego do confisco tributário (artigo 150, inciso IV), na realidade está impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar tributo ou penalidades (multas), que tenham nítido e ostensivo caráter de confiscar a propriedade privada (artigos 51, XXII, XXIII: 170,11 e III da CF/88), já que esta só pode ser abalada, quando em processo judicial normal e regular, ficando provado que tem origem em crimes, sendo, pois, adquirida com o produto do delito, e ainda assim, sob a garantia do artigo 51, LV, LIV, e LVII da mesma Constituição, nos estritos limites que derivam do ilícito penal.

Cita várias decisões do Supremo Tribunal Federal - RTJ (74/320; 78/610; 79/478-490; 96/1354), alegando o Colendo Tribunal sempre repudiou qualquer tipo de cobrança que tivesse cunho ou caráter confiscatório, mesmo antes da existência do artigo 150, inciso IV, da CF/88.

Considera, por fim, a penalidade imputada excessiva e deve ser exonerada, a despeito da própria improcedência da autuação.

Requer que seja julgada totalmente nula/improcedente a ação fiscal, cancelando-se, via de consequência, o auto de infração em comento, a fim de que o mesmo não gere nenhum efeito. Protesta pela posterior juntada de provas, bem como requer seja feita diligência no local autuado, caso entenda-se como necessário para a apuração dos fatos ora alegados.

Os autuantes apresentam a informação fiscal, constante às fls. 568 a 583, rebatendo as argumentações da defesa conforme segue:

Afirma que todas as infrações constantes do Auto de Infração estão devidamente respaldadas das provas necessárias, através de documentos anexos ao PAF fls. 23 a 525 , que serão analisadas nos itens seguintes.

Salienta que todos os dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Sefaz foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme relatórios às fls. 522 a 525 e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS fls. 456 a 517 do PAF, ou seja, todos os elementos constantes deste Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal, que foram arrecadados junto ao contribuinte e devidamente analisados.

Infração 01

Alega que a Defendente não trouxe ao Processo provas que tivesse havido equívocos na escrituração fiscal/contábil de sua empresa das Notas Fiscais não registradas , assim, ficaram comprovadas as ocorrências de entradas de mercadorias não registradas, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos por não terem respaldo legal tiveram a sua origem desconhecida como estabelece o § 4º do artigo 4º da Lei 7014/96.

Infração 02

Os autuantes alegam que o impugnante adquiriu as mercadorias, objeto desta infração, em outras Unidades da Federação, cujo imposto correspondente às operações subsequentes deveria ter sido recolhido pelo próprio contribuinte nas condições estabelecida na Legislação Estadual conforme segue, a teor do art. 371 do RICMS/BA

Infração 03

Considera que a infração está caracterizada pela falta de escrituração de Notas Fiscais de Transferências de mercadorias no livro Registro de Entrada, que se destina à escrituração das entradas a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, tendo o contribuinte infringido o artigo 322 do RICMS/BA, devendo, assim, lhe ser imputada a multa de 10% do valor das mercadorias, conforme art. 915, IX do RICMS/BA.

Infração 04

Assegura que não procedem as alegações da autuada, uma vez que o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Parcial independe do regime de apuração do contribuinte, conforme prevê o RICMS/Ba, conforme art. 352-A do RICMS/BA.

Infração 05

Aduz que a identificação dos valores do ICMS da Antecipação Tributária das mercadorias constantes da Notas Fiscais com valores zerados foram extraídos do livro Registro Entrada de Mercadorias calculados e escriturados pela própria autuada como ICMS Antecipação Tributária (CD-R / ICMS SUBSTITUÍDO CONSTANTE NO LIVRO fl. 270 do PAF)

Infração 06

Afirma de plano, que não procede a alegação da autuada, uma vez que esta infração baseia-se em lançamento efetuado a maior no Livro Apuração de ICMS (fls. 505, 510 e 515 do PAF) a título de ICMS Antecipado PG/Barreira tendo em vista que nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2005,

foram apurados os valores de R\$ 150.238,52, R\$ 160.200,61 e R\$ 258.544,35 referentes a ICMS Antecipação Parcial enquanto que no Livro de Apuração do ICMS foram lançados os valores de R\$ 167.986,66, R\$ 286.650,46 e R\$ 297.507,48 respectivamente, caracterizando desta forma uma utilização indevida de crédito de ICMS.

Infrações 07 e 08

Rebate as alegações do autuado, que as infrações 07 08 são ilegais e contraditórias, pois estão totalmente de acordo com a Legislação vigente, conforme expôs:

“A infração 07 – Refere-se a saídas de mercadorias promovidas por ECF (consumidor final) com saídas de produtos tributados com erro na aplicação da alíquota, onde foi apurado o valor correspondente entre a alíquota correta (estabelecida na Legislação vigente) e a alíquota aplicada indevidamente, como está claramente demonstrado por valor do produto, base de cálculo, código e descrição do produto nos Demonstrativos de Auditoria de Saída por ECF- Erro na Aplicação da Alíquota (fls. 56 a 101 do PAF) e CDR (fl. 270 do PAF) por si só explicativos e que a autuada recebeu cópia no dia 02/05.2008, porém não se deu ao trabalho de analisar.

A Infração 08 - Refere-se a Transferências de mercadorias tributadas efetuadas pela autuada para outras Unidades da Federação com erro na aplicação da alíquota, pois utilizou a alíquota de 7% quando a Legislação estabelece a alíquota de 12% nas saídas deste Estado para Outras Unidades da Federação, como está claramente demonstrado por valor do produto, base de cálculo, código, descrição do produto e Unidade da Federação nos Demonstrativos de Auditoria de Transferência para outras Unidades da Federação com Alíquota de ICMS de 7% (fls. 102 a 156 do PAF) e CDR (fl. 270 do PAF) por si só explicativos e que a autuada recebeu cópia no dia 02/05.2008, porém não se deu ao trabalho de analisar.”

Infração 09

Aduz que a Legislação é clara quando veda a utilização do crédito fiscal tanto na aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, como de mercadorias isentas do ICMS conforme artigos 356 e artigo 97 inciso I alínea “a” do RICMS, respectivamente. Afirma que no Demonstrativo de Auditoria de Utilização Indevida de Crédito – Produtos Isentos e Substituídos (fls. 157 a 166) e CD-R (fl. 270 do PAF) estão relacionadas todas as Notas Fiscais com as mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributárias ou Isentas do ICMS que foram objeto da vedação do crédito do ICMS.

Assegura que, mais uma vez, a autuada mostra desconhecer o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, quando afirma que suco, batata ou lustre móveis não estão relacionados no rol do artigo 353, pois no mesmo consta no inciso II item 7 para o período até 30/09/2005, suco de frutas em líquido, industrializado, concentrado ou não; item 29.2 salgados preparados à base de batata e item 16.7.3 – encáusticas e preparações semelhantes, para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, como produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária.

Infração 10

Lembra que o autuado se utiliza dos mesmos argumentos da infração 02 o que demonstra mais uma vez o total desconhecimento do Regime de Substituição Tributária, pois ao adquirir as mercadorias objeto desta infração em outras Unidades da Federação o imposto correspondente às operações subsequentes deveria ter sido recolhido pelo próprio contribuinte nas condições estabelecida na Legislação Estadual conforme consta do art. 371 do RICMS/BA.

Consigna que no Demonstrativo de Auditoria de ICMS – Substituição Tributária (fls. 167 a 239) e CD-R (fl. 270 do PAF) estão relacionadas todas as Notas Fiscais com as mercadorias enquadradas no Regime de substituição Tributárias que foram objeto desta infração.

Infração 11

Salienta que todos os dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Sefaz foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme podemos verificar nos Relatórios fls. 522 a 525 e cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS fls. 456 a 517 do PAF, ou seja, todos os elementos constantes deste Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal, que foram arrecadados junto ao contribuinte e devidamente analisados.

Assegura que os valores apurados nesta infração foram extraídos das planilhas que o contribuinte elaborou para apurar o ICMS Antecipação Parcial e ICMS Substituição Tributária (CD-R fl. 270) e confrontados com os valores efetivamente recolhidos e constantes no Sistema de Arrecadação da Sefaz/DARC – GEIEF (CD-R fl. 270), concluindo que não existe dúvida que os valores constantes dos Demonstrativos (fls 240 a 242) e CD-R (fl. 270) do PAF são devidos pelo contribuinte.

Infração 12

Argumenta que, quanto às alegações do autuado de que a estorno proporcional de crédito, por saídas subseqüentes com redução de base de cálculo, só tem respaldo na Legislação Estadual sem supedâneo na Carta Política, não está incluída em sua competência discutir a constitucionalidade, ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado pelo Secretário da Fazenda ou pelo Governador do Estado da Bahia.

Da Multa Confiscatória

Argumenta que o percentual das multas aplicadas estão de acordo com a Lei 7014/96 e não se incluem em nossa competência discutir a constitucionalidade, ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado pelo Secretário da Fazenda ou pelo Governador do Estado da Bahia.

Conclui que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA., considerando que as razões apresentadas pela autuada não têm fundamento. Pugna que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE.

O julgador, Valmir Nogueira de Oliveira, se declarou impedido de participar do presente julgamento, com base no art. 40, §3º do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7592/99.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência tributária, relativa à imputação de 12 infrações, as quais são integralmente combatidas pelo impugnante e mantidas pelos autuantes na informação fiscal.

Assim, adotando a mesma sistemática constante do relatório, acima alinhado, serão analisadas pontualmente cada infração, diante dos elementos trazidos aos autos e os textos normativos insertos na legislação tributaria pertinente.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e os dados constantes dos Arquivos Magnéticos, enviados pelo contribuinte à Sefaz, foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme indica os relatórios, às fls. 522 a 525 e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS fls. 456 a 517 do PAF. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Quanto às solicitações de diligência ou mesmo de perícia, cabe, de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, não há necessidade, inclusive, de verificar nas dependências do estabelecimento da Impugnante para que seja confirmada a operação em razão das alíquotas, pois os demonstrativos (fls. 37 a 54) são claros e identificam as notas fiscais, fornecedores, origem das mercadorias, etc. Caberia ao autuado demonstrar suas alegações quanto à aplicação indevida da alíquota interna pelos autuantes. No presente caso, é ônus do autuado. Assim, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas de ofício para o convencimento dos julgadores.

Infração 01: as alegações de que a falta de registro das entradas de mercadorias não implicam em saídas não tributadas, não podem se acolhidas. É irrelevante para essa infração que as mercadorias não registradas tenham ou não efetivamente saído posteriormente, pois foi apurada a falta de registro das mesmas, bem como a não contabilização de seus pagamentos, restando, com base § 4º do artigo 4º da Lei 7014/96, a presunção de omissão anteriormente das saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cujas receitas, delas originárias, serviram para o pagamento das mercadorias correspondentes as notas não registradas. Observo, inclusive, que não há a previsão legal para o aproveitamento dos alegados créditos.

Cabe lembrar que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário, prova essa, que não foi apresentada pelo autuado, restando, portanto subsistente a infração 01.

Infração 02: o autuado adquiriu as mercadorias, objeto desta infração, em outras Unidades da Federação, cujo imposto correspondente às operações subsequentes deveria ter sido recolhido pelo próprio contribuinte nas condições estabelecida na Legislação, em consonância com o teor normativo do art. 371 do RICMS/BA. Não cabem as alegações de obscuridade, imprecisão ou dificuldade em conhecer das razões e elementos que resultaram na presente exigência, haja vista às detalhadas planilhas, às fls. 23 a 28, constando os dados e cálculos, bem como indicando, na coluna 12, os valores reclamados da presente infração. Considero subsistente a infração 02.

Infração 03: a presente exigência imputa multa de 10% sobre as mercadorias não registradas, que ingressaram no estabelecimento do autuado. Considero a infração devidamente caracterizada pela falta de escrituração de Notas Fiscais de Transferências de mercadorias no Livro Registro de Entrada, pois a exigência é de escrituração das entradas a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, infringido o autuado o disposto no artigo 322 do RICMS/BA, cabendo a multa prevista no art. 42, II, alínea “d” da Lei 7014/96. Infração mentida.

Infração 04: a infração se refere à aplicação da multa de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, adquiridas para comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal do autuado.

Não procedem as alegações da autuada, uma vez que o recolhimento do ICMS, referente à Antecipação Parcial, independe do regime de apuração do contribuinte, conforme prevê o art. 352-A do RICMS/BA, cabendo, portanto, já que ficou caracterizada a intempestividade, e falta do pagamento da antecipação parcial, independente do pagamento posterior nas saídas, a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96. Infração corretamente imputada.

Infração 05: os autuantes, no presente caso, identificaram os valores do ICMS da Antecipação Tributária do aludido imposto, relativo a erros na apuração da base de cálculo, alíquotas e apuração do imposto. As mercadorias constantes da Notas Fiscais com valores zerados, os foram extraídos do Livro Registro Entrada de Mercadorias que foram calculados e escriturados pela própria autuada como ICMS Antecipação Tributária (CD-R / ICMS SUBSTITUÍDO CONSTANTE NO LIVRO fl. 270 do PAF). Apesar da insurgência do impugnante, o mesmo não apresenta nenhum elemento que

descaracterize a imputação, quanto à alíquota pertinente as mercadorias, alvo da exigência, ou mesmo em relação aos demais erros de base de cálculo ou apuração do imposto. Infração subsistente.

Infração 06: a infração se refere à utilização de crédito a mais do ICMS concernente à antecipação parcial. Ficou demonstrado que o autuado lançou crédito a mais no livro Apuração de ICMS (fls. 505, 510 e 515 do PAF) a título de ICMS Antecipado PG/Barreira, tendo em vista que nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2005, foram apurados os valores de R\$ 150.238,52, R\$ 160.200,61 e R\$ 258.544,35, referentes à ICMS devido por Antecipação Parcial, enquanto que no livro de Apuração do ICMS foram lançados os valores de R\$ 167.986,66, R\$ 286.650,46 e R\$ 297.507,48, respectivamente, caracterizando, desta forma, uma utilização indevida de crédito de ICMS, conforme detalha os autuantes na informação fiscal. As saídas subsequentes tributadas, não elidem a imputação, pois em razão do crédito utilizado a mais o imposto devido foi recolhido a menos. Infração caracterizada.

Infração 07: refere-se às saídas de mercadorias promovidas por ECF a consumidor final, de produtos tributados com erro na aplicação da alíquota, onde foi apurado o valor correspondente entre a alíquota correta (estabelecida na legislação vigente indicada no AI) e a alíquota aplicada erradamente pelo impugnante. Consta dos Demonstrativos de Auditoria de Saída por ECF- Erro na Aplicação da Alíquota (fls. 56 a 101 do PAF) e CDR (fl. 270 do PAF) o valor do produto, base de cálculo, código e descrição do produto. Não há o que compensar com as alíquotas relativas às aquisições, conforme alega o autuado, pois os créditos relativos às mesmas já foram apropriados. Não há provas nos autos que os produtos são da cesta básica. Considero a infração 07 subsistente.

Infração 08: é resultante das transferências de mercadorias tributadas efetuadas pela autuada para outras Unidades da Federação com erro na aplicação da alíquota. O autuado utilizou a alíquota de 7%, quando a Legislação Tributária Estadual, conforme indicada no Auto de Infração, estabelece a alíquota de 12% nas saídas deste Estado para Outras Unidades da Federação, como está demonstrado por valor do produto, base de cálculo, código, descrição do produto e Unidade da Federação nos Demonstrativos de Auditoria de Transferência para outras Unidades da Federação com Alíquota de ICMS de 7% (fls. 102 a 156 do PAF) e CDR (fl. 270 do PAF). O autuado não traz elementos que elidam a infração imputada, uma vez que efetuou, inclusive, a defesa abrangendo as infrações 07 e 08. Não havendo, também, o que compensar com as alíquotas relativas às aquisições, pois os créditos relativos às mesmas já foram apropriados Sendo assim, considero a infração 08 subsistente.

Infração 09: ficou demonstrado que o autuado utilizou crédito de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. A legislação tributária do Estado é clara quando veda a utilização do crédito fiscal tanto na aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, como de mercadorias isentas do ICMS conforme artigos 356 e artigo 97 inciso I alínea “a” do RICMS/BA, respectivamente. Consta dos Demonstrativos de Auditoria de Utilização Indevida de Crédito – Produtos Isentos e Substituídos (fls. 157 a 166) e CD-R (fl. 270 do PAF) todas as Notas Fiscais com as mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributárias ou Isentas do ICMS, que foram objeto da vedação do crédito. Ademais, diferente do que afirma o autuado, suco, salgados a base de batata, ou lustra móveis estão relacionados no rol do artigo 353, pois no mesmo consta no inciso II item 7, para o período até 30/09/2005, suco de frutas em líquido, industrializado, concentrado ou não; item 29.2 salgados preparados à base de batata e item 16.7.3 – encáusticas e preparações semelhantes, para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira, como produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária, conforme literalmente consignam os autuantes. Considero, portanto, subsistente a exigência tributária ora debatida.

Infração 10: ao adquirir as mercadorias, objeto desta infração, em outras Unidades da Federação o imposto correspondente às operações subsequentes deveria ter sido recolhido pelo próprio contribuinte, conforme consta do art. 371 do RICMS/BA, o que, efetivamente, não ocorreu, conforme se verifica dos Demonstrativos de Auditoria de ICMS – Substituição Tributária (fls. 167 a 239) e CD-R

(fl. 270 do PAF). Apesar de alegar, o autuado não prova que efetivamente ocorreram as saídas subsequentes das mercadorias, alvo da exigência tributária. Não há, portanto, o que se falar em cumulatividade do imposto ou dupla tributação. Infração subsistente.

Infração 11: a infração se refere ao ICMS recolhido a menos, apurado através das diferenças verificadas entre os totais constantes das planilhas apresentadas pela fiscalização escriturados no livro de Apuração e os efetivamente recolhimentos. Os valores apurados nesta infração foram extraídos das planilhas que o contribuinte elaborou para apurar o ICMS Antecipação Parcial e ICMS Substituição Tributária (CD-R fl. 270) e confrontados com os valores efetivamente recolhidos e constantes no Sistema de Arrecadação da Sefaz/DARC – GEIEF (CD-R fl. 270), conforme se pode verificar das cópias dos livros de Apuração do ICMS, às fls. 456 a 517. Assim, conluso, em consonância com os autuantes, que efetivamente os valores constantes dos Demonstrativos (fls. 240 a 242) e CD-R (fl. 270) do PAF, são devidos pelo contribuinte. Considero, portanto, procedente a infração 11.

Infração 12: esta infração é resultante da falta de estorno proporcional de crédito fiscal do ICMS, relativo a entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram como redução de base de cálculo.

Os autuantes aplicaram o disposto no inciso II, art. 100 do RICMS/BA, o qual dispõe que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive, o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

"Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

...

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;"

A redução da base de cálculo, na verdade, se configura em uma isenção parcial, havendo, assim, de acordo com o art. 175, I do CTN, uma exclusão parcial do crédito tributário. No esteio dessa constatação, a redução de base de cálculo se ajusta por completo à dicção do texto normativo inserto no art. 155, §2º, II, "a" e "b" da Lei Maior.

Considero, assim, subsistente a infração 12.

Quanto à argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7º edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissivo que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Fica consignado, inclusive em relação às argüições concernentes à infração 12, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Voto pela Procedência total do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **207494.0001/08-4**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.310.317,11**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 92.753,64 de 60% sobre R\$1.217.563,47, previstas nos incisos III, II, alíneas “a”, “b”, “d” e inciso VII, alíneas “a” e “b” do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$42.196,58**, previstas nos incisos II, alínea “d” e IX do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios correspondentes, conforme estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 08 de setembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR