

PROCESSO - A. I. N° 207160.0001/06-7
RECORRENTE - MINUSA TRATORPEÇAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0274-04/08
ORIGEM - INFRAZ VEREJO
INTERNET - 16/06/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0149-12/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **d)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Refeito o levantamento fiscal, com redução do débito. Infrações elididas em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** ENERGIA ELÉTRICA. **c)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **d)** ESTORNO DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Restou comprovada a utilização indevida dos créditos nas infrações 5, 6 e 7, com vedação expressa em lei e que o estorno de débito escriturado não tem suporte na legislação do imposto. Infrações não elididas. Decisão recorrida mantida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 4^a JJF, que julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, sendo objeto do presente Recurso as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em

- exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis;
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado;
 3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício;
 4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de valor agregado, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado;
 5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
 6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias;
 7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias;
 8. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta, na descrição dos fatos, que efetuou o estorno sem considerar a integração do imposto à própria base de cálculo;
 9. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

A 1^a JJF ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, afastou a preliminar de nulidade, por entender que não houve qualquer vício na lavratura do Auto de Infração e no mérito julgou o Auto de Infração parcialmente procedente, aduzindo que:

Em relação às infrações 1 a 4, a qual se refere a levantamento quantitativo de estoque, os Julgadores de primeiro grau as analisou conjuntamente, proferindo o seguinte voto:

"Em relação às infrações 1 a 4, na defesa inicial o autuado alegou que a fiscalização cometeu equívocos no levantamento quantitativo de estoques por não considerar os códigos dos produtos de produção própria (80-Minusa) e adquiridos para revenda (87-Outras empresas).

Na primeira informação fiscal (fls. 910 a 919), o autuante acatou os documentos juntados com a defesa, refez os demonstrativos originais, conforme resumo à fl. 914 e demonstrativos às fls. 920 a 933. Esclareceu que constatou divergências de quantidades informadas em meio magnético, que serviu de base na aplicação dos roteiros de auditoria de estoques e dos documentos fiscais juntados com a defesa.

Na manifestação acerca da informação fiscal, o impugnante juntou cópias de fichas Kardex (fls. 945 a 978), para tentar provar sua regularidade, afirmando que as mesmas são espelhos de movimentação dos estoques. O autuante na segunda informação fiscal (fls. 982/983) acatou as notas fiscais de entradas 43161 e 43394 (2002), refez os demonstrativos juntados com a primeira informação fiscal (fls. 984 a 989). Ressaltou que não houve alteração do valor apontado, face ter ocorrido redução na omissão de entrada, mas esta se manteve em valor inferior a omissão de saída (art. 13, I da Port. 445/98), conforme demonstrativo apresentado anteriormente (fls. 914 e 920/933).

O autuado, cientificado da segunda informação fiscal (fl. 989), a contestou, admitindo a existência de erros nos arquivos magnéticos, que causaram as divergências nas quantidades apontadas pela fiscalização e reafirmou que deveria ser considerada a movimentação dos itens levantados com base no seu Kardex, o que foi refutado pelo autuante, dizendo que o Kardex não indica registro de todas as notas fiscais.

Quanto à alegação de que deveria ser considerado o movimento espelho registrado na sua ficha Kardex, não pode ser acatada, tendo em vista que o levantamento fiscal foi feito com base nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa e o mesmo deve conter dados correspondentes aos documentos fiscais escriturados nos livros fiscais (entradas e saídas), bem como as quantidades registradas nos estoques inicial e final do livro de Registro de Inventário.

Na situação presente, conforme ressaltado pelo autuante, na ficha Kardex juntada à fl. 947, há indicação de entrada de uma unidade do item 1813000, entretanto não há indicação do número da nota fiscal correspondente, o que demonstra não confiabilidade no seu documento de controle interno, para efeitos fiscais. Tendo sido procedido levantamento fiscal no qual foram relacionadas às quantidades movimentadas com base nos estoques registrados (inicial e final) e por documentos fiscais de entrada e saída escriturados, bem como feito entrega dos demonstrativos ao estabelecimento autuado, cabe a ele fazer prova de inconsistências existentes porventura no levantamento fiscal, mediante indicação de erro de quantidade em documentos fiscais ou de estoques registrados no livro de Registro de Inventário que são de sua propriedade. Por isso, não pode ser acatada como prova, a apresentação de movimentação indicada na ficha Kardex.

Pelo exposto, verifico que todos os documentos juntados com a defesa, foram acatados pelo autuante nas informações fiscais prestadas e dado conhecimento ao estabelecimento autuado, não tendo o mesmo apresentado qualquer documento para provar alegações de inconsistências no levantamento quantitativo de estoques na sua última manifestação.

Uma vez procedida auditoria de estoques com base nos dados constantes do arquivo magnético fornecido à fiscalização, cabe ao contribuinte fazer prova da existência de erros nos arquivos magnéticos, o que ocorreu na situação presente, mediante apresentação de documentos fiscais junto com a defesa, que foram acatados, resultando em demonstrativos refeitos, que considero corretos, por falta de apresentação de outras provas que demonstrem inconsistências. Tomo como base os demonstrativos refeitos pelo autuante juntado às fls. 920 a 933 e considero devido o valor de R\$14.249,49 das infrações 1, 3 e 4 e mantida a multa fixa de R\$50,00 na infração 2.

Entretanto, conforme disposto no art. 156 do RPAF/99, tendo ocorrido o agravamento do valor devido referente à infração 1, deve ser mantida a exigência do valor original, o que resulta em valor devido de R\$11.907,95 relativo às infrações 1, 3 e 4, conforme demonstrativo abaixo. Represento à autoridade competente, para instaurar novo procedimento fiscal para cobrança da diferença excedente apurada em relação à primeira infração, observando-se, contudo, que a multa a ser aplicada à infração 4 é a prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por tratar-se de apuração mediante levantamento quantitativo de estoque.”

Quanto às infrações 5 a 7, os julgadores de Primeira Instância julgaram a mesmas totalmente procedentes aduzindo que a glosa dos créditos está correta, isto porque tanto a Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 20 houvesse disciplinado o direito de compensação do crédito fiscal do ICMS, esta mesma lei, em seu art. 33 previu algumas restrições, as quais foram incorporadas à Lei Estadual nº 7.014/96 e no RICMS, e não permitia o creditamento dos referidos créditos pelo autuado à época da ação fiscal.

Quanto à alegação de que a Lei nº 7.014/96 é inconstitucional, asseverou que aquele órgão administrativo, não possui competência para declarar inconstitucionalidade de Lei, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF.

Quanto à infração 8 disse que “*o procedimento adotado pelo contribuinte não tem respaldo na legislação do ICMS, tendo em vista que conforme disposto no art. 13 da LC 87/96, base de cálculo do imposto é o valor da operação e o seu § 1º determina que integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Portanto, tomando como exemplo o mês de janeiro/2003 demonstrado, tendo faturado R\$160.266,56, neste valor está contido o ICMS de R\$27.245,10 e não é correta a exclusão deste valor da sua base de cálculo. Da mesma forma, ao efetuar compra de mercadorias, no montante pago está contido o valor do imposto”*

Relativamente à infração 9, o autuado não contestou na defesa apresentada inicialmente e nem nas manifestações posteriores em relação às informações fiscais prestadas, apesar de ter requerido a improcedência total do Auto de Infração. Dessa forma, não se estabelecendo controvérsia alguma, deve ser admitido como verídica a acusação, haja vista que não foi contestado, nem apresentado provas em contrário, nos termos dos artigos 140 e 142 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de exclusão da multa aplicada, não pode ser acatado, pois as penalidades indicadas têm previsão na Lei nº 7.014/96 (art. 42), e este órgão julgador não tem competência para apreciar tal pedido ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Da mesma forma, não pode ser reduzido os juros de mora à taxa de 1% ao mês, tendo em vista que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e não compete a este órgão julgador, decidir quanto a redução de juros previstos em lei estadual.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, arguindo que não é devedor dos valores exigidos conforme será demonstrado nas suas razões recursais.

Quanto à infração 1, diz que embora o autuante houvesse constatado que o recorrente realizou operações de compra e venda de mercadorias sem a respectiva emissão de documentação fiscal, tal acusação não merece prosperar, isto porque o mesmo documentou todos os livros de Inventário nos anos de 2001 e 2002, nos quais conta exatamente o número de peças existentes no final de cada exercício fiscal, e que juntamente com os espelhos de movimentação das omissões imputadas à mesma. Caso haja um confronto entre o livro Inventário e os “espelhos”, que segundo ele são os lançamentos fiscais que correspondem exatamente a veracidade dos fatos, pode-se inferir que não há qualquer tipo de omissão entre o saldo anterior, entradas e saídas, bem como do saldo final.

Em relação à infração 2 assevera que esta infração não ocorreu pelos mesmos fundamentos da infração 1, isto porque através da análise da contabilidade da reclamante, confrontada com o relatório de auditoria de Estoques apresentado pelo Sr. Fiscal, demonstrar-se-á, também através de amostragem pelos espelhos das movimentações dos estoques de 2003 de alguns itens, que a infração não existiu.

No tocante à infração 3 alegou que se o levantamento de estoque, levado a efeito na autuação, fosse confrontado com os espelhos, juntamente com os livros de inventários, pode-se constatar que as omissões apontadas são infundadas.

No que concerne à infração 4 diz que a mesma é insubstancial, pelos mesmos motivos das infrações 1 a 3, pois se confrontando com os espelhos de amostragem, apresentados pelo autuado, constata-se que não houve nenhuma omissão de lançamento nos respectivos livros fiscais de entrada ou saídas de notas fiscais. Alega que não é do conhecimento do autuado novo envio de registro SINTEGRA dos períodos notificados ou informados nos anexos 1 a 6 e que tenham alterado os movimentos de entradas e saídas, que viessem a alterar os utilizados pela reclamante não permite nenhum tipo de movimentação de entrada ou saída após o fechamento do período. Diz que as divergências encontradas pelo autuante provavelmente tiveram origem na recepção ou na transmissão do SINTEGRA nesse Estado por motivos desconhecidos.

Diz que, não há qualquer conduta omissiva que possa ser atribuída ao autuado e que restou devidamente provado, através de amostragem, que não há ilegalidade na contabilidade do recorrente.

As infrações 5, 6 e 7, o Autuado se defende conjuntamente alegando que estas infrações não devem subsistir em razão das diretrizes constitucionais que alberga o direito do recorrente. Segundo a mesma a impossibilidade de se apropriar os créditos fiscais decorrentes dos serviços de transportes, comunicação e de materiais de uso e consumo, viola o princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I, da CF/88. Aduz que todas as mercadorias, bens ou serviços que ingressem na empresa com incidência de ICMS ocasionarão um crédito correspondente ao valor do ICMS recolhido quando da aquisição, independente destas mercadorias serem ou não destinadas aos fins previstos no art. 93 do RICMS/BA.

Alega que a Constituição da República não veda e nem condiciona a utilização dos créditos

levado a efeito pelo Autuado, bastando, apenas, que haja uma etapa posterior á aquisição dos créditos, onde seja devido o ICMS, para que possa ser feita a compensação dos valores já pagos e os valores a pagar. Assevera que o próprio RICMS/BA, em seu art. 93, prevê o aproveitamento dos créditos relativos à aquisição de energia elétrica, serviços de comunicação e materiais de uso e consumo a partir de janeiro de 2011.

Aduz que as notas fiscais encontradas pela fiscalização comprovam a aquisição dos referidos bens e serviços e a respectiva incidência do ICMS, motivo pelo qual os créditos apropriados pelo Recorrente não podem ser considerados inidôneos.

Quanto à infração 8, alegou que agiu em exercício regular de direito, vez que estornando o valor do ICMS correspondente à parcela calculada sobre o valor do imposto, que indevidamente, compôs a sua própria base de cálculo, evitou a cumulação do imposto prevista no art. 155, § 2º, I da CF/88. A fim de justificar a sua tese defensiva, cita a ementa do Acórdão nº 593007339, do TJRS.

Ao final de sua súplica recursal, pugna pela nulidade do Auto de Infração, aduzindo que a presente autuação foi fruto de um equívoco do fiscal autuante que se baseou, apenas, nas informações contidas no SINTEGRA, o que certamente originou a falha na apuração dos estoques do recorrente, e por consequência a imputação de omissões de saídas que efetivamente não ocorreram.

Pugnou pelo cancelamento do Auto de Infração argumentando a ilegalidade da vedação do creditamento do ICMS referente à energia elétrica, comunicação e materiais de uso e consumo, por ofensa ao princípio da não-cumulatividade, bem como pela inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo.

Requer, ainda, a exclusão ou a redução das multas aplicadas, bem como a redução dos juros moratórios a taxa de 1% ao mês, de acordo com o que preceitua o CTN. Por fim requer a produção de todos os meios de prova.

A PGE/PROFS, ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, aduziu que nas infrações 1 a 4, o fiscal autuante fez uma revisão fiscal, considerando os argumentos defensivos e as provas juntada aos autos, mormente os valores escriturados no Livro Registro de Inventário, a qual foi acatada pelos julgadores *a quo* e redundou a procedência parcial das infrações 1 a 4.

Quanto às infrações 5 a 7, disse que o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 disciplina o direito à compensação do crédito fiscal do ICMS, incluindo a mercadoria destinada a uso e consumo ou a ativo permanente, serviços de transporte ou comunicação.

Em relação aos créditos utilizados de forma indevida decorrentes dos materiais de uso e consumo, cita o inciso I, do art. 20 da LC Nº 87/96, o qual prevê a sua compensação a partir de 1º de janeiro de 2011.

No tocante aos créditos referentes aos serviços de energia elétrica, colacionou o inciso II do art. 20 da LC Nº 87/96, o qual prevê sobre as hipóteses permitidas dos referidos creditamentos e que tal compensação, no caso do autuado, apenas poderá ser realizada a partir de 1º de janeiro de 2011.

Quanto aos créditos fiscais, oriundos dos serviços de comunicação, cita o inciso IV do art. 20 da LC Nº 87/96, que prevê as hipóteses do referido creditamento.

Ao final conclui seu raciocínio, aduzindo que o autuado não apresentou nenhum dos acasos expcionados na Lei Complementar nº 87/96, não possuindo direito aos créditos que foram glosados no lançamento de ofício.

No que concerne à infração 8, asseverou que tanto a Lei Complementar nº 87/96 quanto a Lei nº 7.014/96 preveem que o montante do imposto integra a base de cálculo do próprio imposto, e o autuado ao ter computado o montante do imposto sem a inclusão do ICMS na sua base de cálculo infringiu os arts. 17 da Lei nº 7.014 e o art 13 da LC nº 87/96.

Quanto ao pedido de diminuição ou exclusão das multas aplicadas asseverou este pedido por se

tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, apenas a Câmara Superior deste CONSEF tem competência para analisar tal pleito, conforme dicção do art. 159 do RPAF.

Quanto aos acréscimos moratórios alegou que os mesmos ficam sujeitos àqueles previstos no art. 102 do COTEB.

Ao final, pugna pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo sujeito passivo com o objetivo de ver a Decisão proferida em primeiro grau administrativo reformada, aduzindo, dentre os demais argumentos, que o Auto de Infração foi fruto de um equívoco perpetrado pelo fiscal autuante.

Observo que as infrações 1 a 4, tratam de irregularidades apontadas através de levantamento quantitativo de estoques. O Recorrente alega que tais infrações decorreram de um equívoco do autuante que não considerou os códigos dos produtos fabricados pelo Autuado e aqueles adquiridos para comercialização.

A Decisão recorrida, acatou as reduções feitas pelo autuante, que ao analisar a documentação acostada a impugnação constatou divergências de quantidades informadas em meio magnético, que serviu de base na aplicação dos roteiros de auditoria de estoques e dos documentos fiscais juntados com a defesa.

A auditoria levada a efeito pelo autuante foi realizada através de arquivos magnéticos registrados pelo próprio sujeito passivo e enviados para a SEFAZ, onde se constataram algumas omissões de entrada e de saídas de mercadorias. Para elidir as referidas acusações, cabia ao recorrente trazer aos autos os elementos de prova capazes de demonstrar a não ocorrência das omissões constatadas, o que foi feito, apenas, na impugnação administrativa.

Os alegados espelhos do seu estoque, apresentados pelo sujeito passivo não podem servir como meio de prova, isto porque tal documento não possui valor contábil fiscal. A fim de elidir a referida infração, caberia ao sujeito passivo apresentar o seu livro Registro de Entradas e Saídas, e o seu livro de Inventário para demonstrar os equívocos praticados pelo autuante.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente não trouxe aos autos qualquer argumento ou documento novo que pudesse ocasionar a reforma do julgado. Desta forma, estando devidamente caracterizadas as infrações a ele imputadas, e não havendo elementos de prova que pudessem elidir as acusações, a Decisão hostilizada deve ser mantida em sua integralidade no tocante às infrações 1 a 4.

O mesmo ocorre com as infrações 5 a 7, as quais tratam de utilização indevida de crédito fiscal. Os créditos indevidamente utilizados pelo autuado se referem àqueles decorrentes da aquisição de bens para o uso e consumo do estabelecimento (infração 5); energia elétrica (infração 6) e serviços de comunicação (infração 7).

O sujeito passivo justifica a utilização dos referidos créditos alegando a não cumulação do ICMS. Segundo o autuado, todas as mercadorias, bens ou serviços que ingressem na empresa com incidência de ICMS ocasionarão um crédito correspondente ao valor do ICMS recolhido quando da aquisição, independentemente destas mercadorias serem ou não destinadas aos fins previstos no art. 93 do RICMS/BA.

Tais premissas não merecem ser acolhidas, isto porque a Lei Complementar nº 87/96 ao tratar sobre a possibilidade de compensação dos créditos de ICMS dos bens ou dos serviços adquiridos pelo sujeito passivo, impôs algumas restrições, as quais foram adotadas pela nossa legislação Estadual. Assim, a Lei 7.014/96, traz em seu art. 29 a seguinte previsão:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou

o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

(...)

II - a partir de 1º de janeiro de 2011, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e respectivos serviços de transporte;

III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) a partir de 1º novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento não indicadas na alínea anterior;

IV - tratando-se de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;

2 - quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento não indicadas na alínea anterior.

Observe-se, portanto, que no momento da autuação os creditamentos do ICMS realizados pelo autuado não se encontravam previstos em Lei, motivo pelo qual, não acato as teses defensivas.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade e violação ao princípio da não-cumulatividade, deixo de analisá-las, isto porque, conforme dicção do art. 167, I, do RPAF, este órgão julgador não possui competência para declarar a inconstitucionalidade do direito posto.

Assim, mantendo a decisão proferida nas infrações 5, 6 e 7.

Quanto à infração 8, que acusa o recorrente de ter estornado débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto, não acato as alegações defensivas de que agiu em exercício regular de direito ao ter estornado a parcela de ICMS calculada sobre o próprio ICMS, isto porque o § 1º, do art. 13 da LC Nº 87/96 ao tratar sobre a base de cálculo do imposto, dispõe que o montante do próprio imposto deve integrar a base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Quanto à alegada violação ao princípio da não-comutatividade, deixo de analisá-la, isto porque, conforme dicção do art. 167, I, do RPAF, este órgão julgador não possui competência para declarar a inconstitucionalidade do direito posto.

Ante as razões acima expendidas, mantendo a decisão proferida inalterada.

Quanto à infração 9, mantendo a autuação na sua integralidade, isto porque, o autuado não contestou a referida infração, presumindo-se a anuência do autuado em relação a mesma, conforme previsão contida nos arts. 140 e 142 do RPAF.

Quanto aos pedidos de redução da multa por descumprimento de obrigações principais, a competência para analisar tal pleito é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF.

Não é possível acolher o pleito de redução dos percentuais de acréscimos moratórios para 1%, tendo em vista a prevista contida no art. 102 do COTEB e este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 207160.0001/06-7, lavrado contra **MINUSA TRATORPEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$113.034,02**, acrescido da multa de 60% sobre R\$101.126,07 e 70% sobre R\$11.907,95, previstas no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da citada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOÃO REGO SAMPAIO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS