

PROCESSO - A. I. Nº 269515.0010/06-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ANDAIME MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0060-05/09
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 29/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0200-12/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIIDAS COM PAGAMENTO DE ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte comprovou erro do levantamento fiscal. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente comprovada. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Apresentadas notas fiscais que comprovam a regularidade dos créditos fiscais, fato reconhecido pelo auditor autuante. Infração elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Contribuinte apresentou documentos fiscais para comprovar recolhimentos dos valores reclamados, fato reconhecido pelo auditor autuante. Infrações elididas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Refeitos os cálculos após realização de diligência. Infração caracterizada parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado em 28/06/2006 para constituir o crédito tributário no valor de R\$56.514,21, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$285,91, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.094,09, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$18.976,98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

4. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$18.998,02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.
5. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$17.159,21, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

O autuado apresentou defesa, fls. 229 a 237, impugnando o lançamento tributário, inicialmente requerendo a nulidade do Auto de Infração, alegando que as apurações dos valores imputados como devidos, fundamentados em planilhas de cálculos apresentam vícios insanáveis, desde a falta de definição da origem da base de dados apontadas, a exemplo da infração 03, como desconsideração dos recolhimentos, a exemplo das infrações 04 e 05, levando a diversas imprecisões e inseguranças na apuração das mesmas, tornando os anexos imprestáveis para apuração do imposto.

No mérito, em relação à infração 1 aduz que se creditou obedecendo à legislação do ICMS em relação a Nota Fiscal nº 127.129, emitida em 01/09/04, cujo o imposto destacado é de R\$ 197,66 e se creditou de R\$64,70 correspondente ao imposto das mercadorias com tributação normal, não relacionadas no anexo 88.

No tocante à infração 2 informa que junta cópias das Notas Fiscais nºs 21131, 22650, 120529, 32951, 121812, 6233, 125365 e 213543 que estão registradas no livro Registro de Entradas, comprovando a regularidade do crédito fiscal utilizando.

Relativamente à infração 3 diz ser totalmente improcedente por falta de comprovação do imposto exigido, pois não foram indicadas ou apresentadas as notas fiscais de entradas que embasaram o levantamento fiscal, não sabe como o autuante apurou os valores, quais são os produtos e os créditos de cada documento fiscal.

- 1- Quanto à infração 4 informa que apresenta planilha com as correções cabíveis e fundamentadas tanto na legislação como no fato de terem sido desconsiderados recolhimentos e parcelamento;

Para correção das distorções acima junta planilha onde comprova o pagamento do imposto cobrado e que em todo o período o valor dessa infração é de R\$3.261,38.

No tocante à infração 5 diz ser descabida, uma vez que sua inscrição no cadastro do Estado da Bahia é na “Condição de Normal”, e calcula o imposto a recolher pelo regime normal de apuração. Frisa que o imposto referente à antecipação parcial devido, quando recolhido, deverá esse valor, ser lançado no quadro “outros créditos” do livro de Registro de Apuração do ICMS, no período de apuração, devendo assim ser deduzido do valor do ICMS devido apurado pelo regime normal, como é o caso do autuado.

Reconhece que não efetuou os recolhidos devidos, porém, alega que não houve prejuízo para o Estado, uma vez que se tivesse recolhido teria direito ao crédito e salienta que verificou imperfeições na elaboração da planilha pelo autuante, tornando o trabalho de fiscalização inseguro em relação aos valores apresentados como devido, como relata;

Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, bem como perícia contábil em razão das impropriedades acima elencadas. Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração e, se ultrapassada a preliminar, requer a improcedência no mesmo.

O autuante na informação fiscal, fls. 259 a 261, em relação à infração 1 informa que fez o demonstrativo excluindo o valor de R\$64,70 relativa à Nota Fiscal nº 127.129, fl. 238, acatando o argumento defensivo.

Relativamente à infração 2 diz que o contribuinte juntou, fls. 239 a 246, cópias das notas fiscais não apresentadas durante o período da ação fiscal, tendo refeito o papel de trabalho, fl. 08, mantendo somente a Nota Fiscal nº 521, cuja cópia não foi apresentada.

Quanto à infração 3 esclarece que o papel de trabalho é auto-explicativo, pois é mera transcrição de valores mencionados nas páginas 21 e 26 do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 153 e 158. Acrescenta que o contribuinte não comprovou o recolhimento e que as notas fiscais de entradas que deram origem a estes valores encontram-se lançadas no livro Registro de Entrada do contribuinte, respectivamente nos meses de outubro de 2004, fls. 103 a 113, e dezembro de 2004, fls. 123 a 131.

No tocante à infração 4 aduz que:

- 1- inclusão de notas fiscais de produtos não enquadrados na substituição tributária, a exemplo da Nota Fiscal nº 230.064, fl. 247, acata o argumento defensivo excluindo a MVA e diz ser devida a antecipação parcial;
- 2- a Nota Fiscal nº 56.463, fl. 249, diz que esse lançamento foi excluído do mês de junho de 2004, fl. 11, uma vez que a GNRE foi entregue em tempo para reparar a cobrança indevida.;
- 3- o imposto antecipado relativo à Nota Fiscal nº 125.359 foi apurado a maior em razão da utilização do crédito fiscal a menor do ICMS destacado na mesma, pois utilizou a alíquota de 7% quando deveria ser 12%, tendo refeito o levantamento;
- 4- no Parcelamento nº 600000.5616/04-5 referente à Denúncia Espontânea, referente aos meses de agosto e setembro de 2004, o contribuinte tem que especificar quais as notas fiscais de entrada que fazem parte da mesma;

No que tange à infração 5 ressalta que o contribuinte declara que não recolheu o imposto devido por antecipação Parcial e como não se creditou, no mês seguinte, das referidas importâncias, alega não ter havido prejuízo ao Estado. Informa que excluiu os lançamentos da Antecipação Parcial que incidiam sobre o transporte de mercadorias, alterando os valores a serem recolhidos nos meses de setembro, outubro e dezembro 2004 e fevereiro e abril de 2005. Informa que refez o levantamento.

Ao finalizar, opina pela reforma parcial do Auto de Infração, nas infrações 1, 2, 4 e 5, informando que os levantamentos foram refeitos e opina pela manutenção integral da infração 3.

O autuado em nova manifestação defensiva, após receber cópia da informação fiscal e dos novos levantamentos e demonstrativos, fls. 289 a 297, em relação à infração 3 aduz que o papel de trabalho (07.01.01) faz referência a 31/10/2004 e 31/12/2004, dessa forma, há de se concluir tratar-se de duplicidade na infração, pois, o papel de trabalho 07.15.02, também trata da mesma infração, no mesmo período, conforme claramente demonstrado com a documentação acostada à defesa (Doc. 01). Entendendo que o papel de trabalho deve ser considerado nulo devido à sua duplicidade, e as razões de defesa desta infração serão apontadas no papel de trabalho 07.15.02.

Quanto à infração 4 (Papel de Trabalho 07.01.02) informa que o recolhimento foi realizado de forma correta e a suposta infração apontada pelo auditor não aconteceu. O citado papel de trabalho aponta item “Ajuste Fiscal” o recolhimento pelo contribuinte aos cofres do Estado que não correspondem com os efetivamente recolhidos, conforme planilha e extrato dos pagamentos realizados fornecidos pela SEFAZ (Docs. 02, 03, 04, 05, 06 e 07):

- No tocante à infração 5 (Papel de Trabalho 07.15.02) os valores considerados pela fiscalização como recolhidos não conferem com os que realmente foram recolhidos pelo contribuinte, no montante de R\$11.632,89;

Por último, no que se refere ao período de 10/2004 e 12/2004, a antecipação parcial não foi efetuada pelo contribuinte, o que não traz prejuízo algum para o estado, haja vista, a antecipação parcial recolhida é creditado.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o autuante prestasse informação fiscal em relação aos argumentos defensivos e dos documentos acostados às folhas 289 a 424.

O autuante, folhas 471 e 472, diz que o autuado aceitou as infrações 1 e 2, vez que não houve contestação. No entanto, na infração 3 alega que houve lançamento em duplicidade e nas infrações 4 e 5 afirma que houve recolhimento em valores superiores aos constatados nos papéis de trabalho.

Aduz que, para uma melhor visualização dos ilícitos fiscais apontados nas infrações 3, 4 e 5, unificou em um único papel de trabalho, fl. 440 a 553, apresentando algumas informações quanto à elaboração do “novo” papel de trabalho:

1. a substituição tributária vem registrada com o percentual de 35% na coluna 9, enquanto que, nada consta para a antecipação parcial;
2. as linhas que compõem a coluna 15 mostra o ICMS a pagar, considerando-se somente a diferença entre as colunas 11 e 8;
3. as linhas de totalização, ao final de cada período mensal, retratam com fidelidade a soma das colunas 8 e 11;
4. a totalização da coluna 12, ao final de cada período mensal, é a soma das seguintes de DAE's com os códigos de receitas a seguir mencionados, que se apresentam às fls. 454 a 470: 1145 – ICMS Antecipação Tributária dos Produtos do anexo 88 do RICMS/BA; 1632 – ICMS Substituição Tributária – Transportes; 1933 – ICMS Denúncia espontânea de Contribuinte Inscrito; 2175 – ICMS Antecipação Parcial e Valores de Denúncia Espontânea (fls. 468 a 470);
5. não estão incluídos na totalização da coluna 12 os seguintes códigos de receita: 0759 – ICMS Regime Normal de comércio; 1852 – ICMS Parcelamento de Débito de Contribuinte Inscrito; 1925 – ICMS recolhimento p/Início de Parcelamento de Débito; 2353 – TPS Secretaria da Fazenda; 1179 – ICMS Operação Eventual e 1705 – ICMS Auto de Infração de Contribuinte Inscrito;
6. a totalização da coluna 13, ao final de cada período, se houve, representa as arrecadações com código de receita 1187 – ICMS GNRE Substituição tributária de Contribuinte Inscrito. Aduz que o recorrente poderia concentrar seus esforços neste item em particular, pois as arrecadações sob este código de receitas parecem abaixo da realidade. Esclarece ao contribuinte que a GNRE é emitida em nome do fornecedor e nem sempre os dados de tal operação são repassados ao dossiê do contribuinte.
7. A totalização da coluna 15, ao final de cada período mensal, corresponde à diferença da coluna 11 com a soma da coluna 9 com 14., tendo apurado recolhimento a maior nos meses de 05/2004 e 11/2004, cujas importâncias foram compensadas nos meses imediatamente seguintes.

Ressalta que os valores recolhidos apontados pelo contribuinte às folhas 290 a 292, em algumas parcelas têm multa e atualização inclusas, enquanto que os valores lançados na coluna 12 da infração 07.01.02 (infração 4) são valores históricos dos débitos, não está incluso as eventuais parcelas de multas e atualizações monetárias.

Ao finalizar, diz que é pela manutenção da peça apresentada às folhas 438 a 453.

Em nova peça defensiva, folhas 479 a 480, o autuado frisa que verificou com a informação fiscal que o autuante reconheceu que o Auto de Infração contém erros, omissões e ou imprecisões, sendo, portanto indeterminado, como vem demonstrando o contribuinte e que tais erros são passíveis de nulidade do auto.

Em relação ao papel de trabalho 07.01.02, o mesmo ainda contém erros insanáveis, tais como, a exigência de antecipação parcial sobre frete, CFOP 6.353, bem como para os produtos destinados a exposição, conforme se observa nas notas fiscais já juntadas aos autos. No mesmo sentido,

algumas mercadorias com substituição já destacadas nas notas fiscais, demonstrando os erros na apuração e nulidade do auto, tudo comprovado com os documentos já juntados aos autos. E ainda, por diversas vezes é possível receber o número do CFOP errado, como é o caso da mercadoria de 01/04/04, Nota Fiscal Nº 26.175, anteriormente juntada aos autos, sendo assim, impossível determinar a infração cometida.

O PAF foi baixado em nova diligência, para que:

1. o Auditor Fiscal autuante, em relação às infrações 3, 4 e 5, acostasse aos autos planilhas separadas para cada infração, as quais deveriam ser assinadas pelo autuante;
2. elaborasse uma planilha para cada infração acima, especificando o valor mensal apurado, as quais deveriam ser assinadas pelo autuante;
3. Produzisse nova informação fiscal acerca das razões do impugnante e os documentos acostados às folhas 289 a 424, indicando quais alegações e/ou documentos foram aceitos pelo autuante e quais os motivos da não aceitação dos demais documentos e/ou argumentos defensivos, conforme previsto no art. 127, § 6º, do RPAF/99: *“A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”*

Em nova informação fiscal, folhas 486 a 487, o autuante reitera que o contribuinte aceitou tacitamente o procedimento fiscal relativo às infrações 1 e 2, por não tê-las contestado.

Em relação à infração 3 (07.01.01), aduz que o contribuinte alega que a mesma trata da falta de pagamento de Antecipação Parcial apurada nos meses de 10/2004 e 12/2004 e que ambos os meses figuram na infração 07.15.02 que trata de Antecipação Parcial. E que, esta infração deve ser anulada e ser considerada somente a 07.15.02. Observa que à folha 299, o contribuinte faz juntada para comprovar pagamento de imposto devido, os DAE's de 10/2004 no valor de R\$9.512,25 e na folha 328 o DAE de 12/2004 no valor de R\$9.464,73, que não foram autenticados seus recolhimentos ao erário e nem foram recolhidos conforme demonstrado às folhas 462 e 463, sendo mais um exemplo quando afirmou à folha 260 que o contribuinte tem dois momentos em sua escrita contábil/fiscal: o primeiro até o final de 2004, onde se observa desencontro e omissões de informações; já o segundo momento, a partir de 2005, verifica-se lançamento realizados com absoluto controle e clareza impecável. Informa que, no entanto, acata a sugestão do contribuinte e cancela a infração 3 (07.01.01) para considerar os efeitos somente da infração 07.15.02. Acrescentando que, desta forma. Como não foram recolhidos os DAE's de 10/2004 e 12/2004, fls. 299 e 328, diz que ficam sem efeito os papéis de trabalho acostados às folhas 299 a 357 por se referirem àqueles DAE's.

Diz que só há uma maneira de sair deste desencontro de informações: o contribuinte apresentar cópia xerox legível de todos os DAE's de março a dezembro 2004 pertinente às infrações 4 e 5, não havendo necessidade de fazer juntada de cópias das respectivas notas fiscais de entradas, uma vez que as mesmas se encontram descritas nos levantamentos fiscais, para que sejam refeitos os papéis de trabalho. Frisa que para o exercício de 2005 os valores apontados como ilícitos fiscais estão revestidos de certeza e precisão, visto já terem sido objetos de análise e correções com o contribuinte e o Sr. Peixoto, contador do contribuinte.

Apresentou um resumo do resultado das reformas realizadas:

INFRAÇÃO 1 – reformada;
INFRAÇÃO 2 – reformada;
INFRAÇÃO 3 – excluída;
INFRAÇÃO 4 – reformada;
INFRAÇÃO 5 – reformada.

À folha 492 o autuado diz que reitera todos os termos da defesa anterior.

Às folhas 544/545, o autuante em relação à infração 1 (01.02.06) diz que o papel de trabalho às folhas 07 foi alterado conforme folha 262 dos autos. Diz que apresenta nova alteração conforme planilha à folha 527, uma vez que observa-se às folhas 522 e 523 que não houve utilização indevida de ICMS substituição, pois se trata de Antecipação Parcial. À época, início da vigência da Antecipação Tributária, alguns fornecedores improvisaram, se utilizando na nota fiscal dos campos destinados para “Base do ICMS Substituído” e “Valor do ICMS Substituição” para lançar a “Antecipação Parcial.”

Em relação à infração 2, aduz que o autuado apresentou cópia da nota fiscal de entrada, fl. 524, que estava faltando, descaracterizando a infração, devendo de excluído do Auto de Infração.

Quanto à infração 3 informa que, como se verifica à folhas 525 e 526, se referem à Antecipação Parcial e as referidas notas fiscais já figuram no Papel de trabalho da infração 5. Mantê-lo seria cobrar o ICMS em duplicidade, devendo ser excluído da autuação.

Relativamente a infração 4, após os ajustes, fls. 440 a 454, apurou crédito a favor do contribuinte no valor R\$1.459,61, que foi repassado para compensação para o Papel de Trabalho 07.15.02, devendo ser excluída do Auto de Infração, vide folhas 528 a 531.

No tocante à infração 5 frisa que foi baseado no Papel de Trabalho acostado às folha 16 a 26, sendo alterado às folhas 271 e 282 e posterior às folhas 440 a 453, unificando com o Papel de Trabalho 07.01.02. Assim, após sanear este Papel de trabalho, este deverá ser modificado conforme às folhas 532 a 543, considerando-se somente os débitos apurados nos meses de 04 a 06/2004, 12/2004 e 04/2005.

Apresentou um resumo do resultado das reformas realizadas:

INFRAÇÃO 1 – reformada conforme planilha à folha 527;
INFRAÇÃO 2 – excluída integralmente;
INFRAÇÃO 3 – excluída integralmente;
INFRAÇÃO 4 – excluída integralmente;
INFRAÇÃO 5 – reformada conforme planilha folhas 532 a 543.

O PAF foi convertido em nova diligência, folhas 549, para que fosse entregue ao contribuinte cópia da informação e dos novos demonstrativos, e que fosse informado do prazo de 10 dias para se manifestar, entretanto, o contribuinte não mais se manifestou.

Em face da complexidade e das divergências evidentes, que levaram à realização de diversas diligências, transcrevo na íntegra o voto do ilustre julgador a quo, para melhor compreensão do desdobramento do processo:

.”Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 05 (cinco) infrações.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que os erros e omissões constantes dos levantamentos fiscais foram sanados nas três diligências realizadas, além de não se observar qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/99, por entender que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide, além de ter sido realizado 03 (três) diligência, não havendo mais questionamento do sujeito passivo, quando da última diligência realizada.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua defesa o autuado alega que se creditou obedecendo à legislação do ICMS em relação à Nota Fiscal nº 127.129, emitida em 01/09/04, cujo imposto destacado é de R\$197,66 e se creditou de R\$64,70 correspondente ao imposto das mercadorias com tributação normal, não relacionadas no anexo 88.

Após a realização de diligência, às folhas 544/545, o fiscal autuante reconheceu a procedência da alegação defensiva, informando que o Papel de Trabalho às folhas 07 foi alterado conforme folha 262 dos autos e que apresenta nova alteração conforme planilha à folha 527, uma vez que se observa às folhas 522 e 523 que não houve utilização indevida de ICMS substituição, pois se trata de Antecipação Parcial. Constou que à época,

início da vigência da Antecipação Tributária, alguns fornecedores improvisaram, se utilizando na nota fiscal dos campos destinados para “Base do ICMS Substituído” e “Valor do ICMS Substituição” para lançar a “Antecipação Parcial”. Ficando a infração reduzida para R\$ 143, 59, relativa ao fato gerador de julho de 2004.

Acolho integralmente o resultado da última diligência, uma vez que o fiscal autuante refez seu levantamento com base nos documentos acostados pela defesa, a qual comprovou não haver crédito indevido em relação à Nota Fiscal nº 127.129.

Logo, a infração 1 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$143,59, relativa ao fato gerador de julho de 2004.

Na infração 2 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Em sua defesa o autuado junta cópias das Notas Fiscais nºs 21131, 22650, 120529, 32951, 121812, 6233, 125365 e 213543 que estão registradas no livro Registro de Entradas, comprovando a regularidade do crédito fiscal utilizado. Na realização da diligência o fiscal autuante acatou os documentos apresentados, ressaltando que o sujeito passivo apresentou cópia da nota fiscal que estava faltando, fl. 524, descaracterizando a infração, opinando pela exclusão total da infração.

Acolho integralmente o resultado da última diligência, uma vez que o fiscal autuante constatou que o contribuinte autuado apresentou todos os documentos que não havia apresentado durante a ação fiscal.

Assim, a infração 2 deve ser excluída da autuação.

Na infração 3 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

Em sua defesa o autuado alega que a infração 3 é totalmente improcedente por falta de comprovação do imposto exigido, pois não foram indicadas ou apresentadas as notas fiscais de entradas que embasaram o levantamento fiscal, não sabe como o autuante apurou os valores, quais são os produtos e os créditos de cada documento fiscal.

Posteriormente, atendendo determinação da 1ª diligência, o fiscal autuante entregou ao contribuinte cópia de todos os levantamentos e documentos que embasaram a autuação, com a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, tendo o autuado se manifestado alegando que as notas fiscais estavam sendo objeto de cobrança em duas infrações: infração 3 e infração 5.

Em nova diligência o fiscal autuante acatou o argumento defensivo, opinando pela exclusão da infração, aduzindo que, como se verifica às folhas 525 a 536, o levantamento fiscal se refere à Antecipação Parcial e as referidas notas fiscais já figuram no papel de trabalho da infração 05 e mantê-la seria cobrar o ICMS em duplicidade.

Acolho integralmente o resultado da última diligência, uma vez que o fiscal autuante constatou que o contribuinte autuado tinha razão ao alegar que as notas fiscais estavam sendo objeto de cobrança em duas infrações.

Dessa forma, a infração 3 deve ser excluída da autuação.

Na infração 4 é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

Em sua primeira peça defensiva o sujeito passivo apontou diversos erros no levantamento fiscal, uma vez que o autuante desconsiderou recolhimentos e parcelamento, incluiu mercadorias que não estão enquadradas da substituição tributária, tais como:

- 1- inclusão de notas fiscais de produtos não enquadrados na substituição tributária, a exemplo da Nota Fiscal nº 230.064;*
- 2- desconsideração do imposto pago por antecipação, conforme comprovação de pagamento do imposto relativa a Nota Fiscal nº 56.463;*
- 3- o imposto a ser antecipado na Nota Fiscal nº 125.359 foi apurado a maior em razão da utilização do crédito fiscal a menor do ICMS destacado na mesma;*
- 4- não consideração do Parcelamento nº 600000.5616/04-5 referente à Denúncia Espontânea do imposto a ser antecipado referente às entradas nos meses de agosto e setembro de 2004;*

- 5- não considerou os recolhimentos efetuados pelos contribuintes referentes ao imposto antecipado devido nos meses correspondentes, conforme registros no sistema de informação de Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Na informação fiscal às folhas 259 a 261, o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, excluindo da infração às Notas Fiscais nºs 230.064 e 56.463. Acatou o argumento defensivo em relação à Nota Fiscal nº 125.359. No tocante ao Parcelamento relativo à Denúncia Espontânea, argumentou que o contribuinte teria que especificar quais as notas fiscais foram incluídas no mesmo.

Ocorre que, em nova manifestação defensiva, após receber cópia da informação fiscal e dos levantamentos revisados pelo fiscal autuante, o sujeito passivo reitera que a infração não existe e que constatou novas falhas no novo levantamento fiscal, as quais indicou.

Como o autuante não se manifestou sobre esses fatos, o PAF foi convertido em diligência para que fossem analisados os argumentos defensivos e os documentos de arrecadação, tendo o autuante acolhido integralmente a alegação defensiva, quando da realização da 2ª diligência, e constado que não havia imposto a ser reclamado, ressaltando que, após os ajustes, fls. 440 a 454, apurou crédito a favor do contribuinte no valor R\$1.459,61, que foi repassado para compensação para o Papel de Trabalho 07.15.02, devendo ser excluída do Auto de Infração, vide folhas 528 a 531.

Acolho integralmente o resultado da última diligência, uma vez que o fiscal autuante constatou que o contribuinte autuado tinha razão ao alegar que o ICMS das notas fiscais objeto da autuação já havia sido recolhido antes da ação fiscal e que os produtos constantes da Nota Fiscal nº 230.064, fl. 247, não estava enquadrados na substituição tributária.

Logo, a infração 04 deve ser excluída da autuação.

Na infração 05 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Da mesma forma que as infrações anteriores, a infração em tela foi objeto de informação fiscal e posteriormente a realização de 03 (três) diligências fiscais em busca da verdade material.

Em sua manifestação defensiva, após receber cópia da informação fiscal e dos levantamentos revisados pelo fiscal autuante, o sujeito passivo reitera que a infração não existe e que constatou e indicou novas falhas no novo levantamento fiscal.

Na última diligência realizada, o fiscal autuante, em relação à infração 5, frisa que foi baseado no papel de trabalho acostado às folhas 16 a 26, sendo alterado às folhas 271 e 282 e posterior às folhas 440 a 453, unificando com o papel de trabalho 07.01.02. Assim, após sanear este papel de trabalho, este deverá ser modificado conforme às folhas 532 a 543, considerando-se somente os débitos apurados nos meses de 04 a 06/2004, 12/2004 e 04/2005.

Acolho integralmente o resultado da última diligência, uma vez que o fiscal autuante constatou e refez o levantamento fiscal, sendo entregue uma cópia ao contribuinte o qual foi intimado do prazo para se manifestar sobre o novo levantamento fiscal, porém, silenciou.

Portanto, a infração 5 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$15.205,51, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	OCORRÊNCIA	VALOR DEVIDO
5	30/4/2004	5.722,26
5	31/5/2004	3.970,46
5	30/6/2004	4.348,12
5	31/12/2004	899,48
5	30/4/2005	265,19
TOTAL DA INFRAÇÃO 5		15.205,51

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$15.349,10, de acordo com o quadro abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS
1	PROCEDENTE EM PARTE	143,59
2	IMPROCEDENTE	0,00
3	IMPROCEDENTE	0,00
4	IMPROCEDENTE	0,00
5	PROCEDENTE EM PARTE	15.205,51
TOTAL		15.349,10

A JJF recorreu da Decisão, nos termos do art. 169 do RPAF.

Devidamente notificados da Decisão o recorrente e o fiscal autuante não se manifestaram.

VOTO

Nada a acrescentar ao bem elaborado voto do julgador a quo, que tomo como razão de decidir, com as considerações que se seguem.

INFRAÇÃO 1 – o fiscal autuante reconheceu integralmente o resultado da diligência de fls. 544/545, na qual restou demonstrado, com base nos documentos acostados pela defesa, não haver crédito indevido com relação à Nota Fiscal nº 127.129, restando apenas o valor de R\$143,59 relativo a julho de 2004.

INFRAÇÃO 2 – também com relação a essa infração, o fiscal autuante manifestou-se integralmente de acordo com o resultado da diligência, que concluiu pela regularidade do crédito fiscal utilizado.

INFRAÇÃO 3 – também com relação a essa infração, o fiscal autuante acatou o resultado da diligência, ao constatar que o contribuinte tinha razão ao alegar que as notas fiscais estavam sendo objeto de cobrança em duas infrações. Deve, portanto, ser excluída da autuação.

INFRAÇÃO 4 – Deve, igualmente, ser acolhido o resultado da diligência, ao excluir da autuação, uma vez que o fiscal autuante constatou que o contribuinte tinha razão ao alegar que o ICMS das notas fiscais objeto da autuação já havia sido recolhido antes da ação fiscal, e que os produtos não estavam enquadrados na substituição tributária.

INFRAÇÃO 5 – após a realização de 3 diligências, o fiscal autuante reconsiderou os seus cálculos, levando em conta apenas os débitos apurados nos meses 04/06/12 de 2004 e mês 04/2005, restando, portanto, caracterizada parcialmente a infração, apurando-se um débito no valor de R\$15.205,51.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida, pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$15.349,10, conforme quadro demonstrativo de fl. 562.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida **que** julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269515.0010/06-6, lavrado contra **ANDAIME MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.349,10**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS