

A. I. N.º - 1477710001/08-7
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03. 03. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0025-01/09

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. **Infração subsistente** **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) MERCADORIAS SEM REGISTRO DAS ENTRADAS. b) MERCADORIAS 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. **Infrações subsistentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantida a multa. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA.** É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Multa pelo não recolhimento dentro do prazo legal. **Exigência fiscal subsistente. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) OPERAÇÕES ATRAVÉS DE ECF.** Recolheu a menos o ICMS em virtude da utilização equivocada da alíquota, quando da saída das mercadorias tributadas através de ECF. **Infração caracterizada. b) TRASFERÊNCIA DE MERCADORIA PARA OUTRO ESTADO.** Ficou confirmado o erro na aplicação da alíquota interestadual nas transferências de mercadorias para outro Estado. **Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e solicitação de diligência. 6. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM FASE DE**

TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Não cabe a utilização de crédito relativo às mercadorias adquiridas com imposto já recolhido através do regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontre encerrada. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, foram imputadas aos ao sujeito passivo as infrações que seguem:

1 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$ 53.093,52, multa de 70%, relativo aos meses de janeiro a dezembro 2005, de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2006. Consta que as omissões de Receitas Tributadas são caracterizadas por Notas Fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, e não comprovados os lançamentos na Escrita Contábil após prazo concedido ao contribuinte, apuradas através de vias de Notas Fiscais (fls. 222 a 392) retidas nos Postos Fiscais constantes do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Transito);

2 - 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. ICMS no valor de R\$ 2.661,18, multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a maio, julho outubro a dezembro de 2005 e abril de 2006. Consta que notas fiscais de Entradas de Mercadorias de outras Unidades da Federação não foram registradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, apuradas através de vias de Notas Fiscais (fls. 222 a 392) retidas nos Postos Fiscais e constantes do CFAMT;

3 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 966,52, relativa aos meses de janeiro, maio, julho e dezembro de 2005. Consta que Notas Fiscais de Transferências de Mercadorias de outras Unidades da Federação não foram registradas no livro Registro de Mercadorias, apuradas através de vias de Notas Fiscais (fls. 222 a 392) retidas nos Postos Fiscais e constantes do CFAMT, conforme Demonstrativos (fls. 26 a 31);

4 - Multa percentual sobre o imposto (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\$ 27.768,80, relativo aos meses de janeiro de 2005 a dezembro de 2006;

5 - 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 da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias por ECFs, conforme Demonstrativos (fls. 42 a 74) e CD-R (ti 467) anexos ao PAF . ICMS no valor de R\$ 349.404,72, multa de 60%, relativo aos meses de janeiro de 2005 a dezembro de 2006;

6 - Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 220.161,87, multa de 60%, relativo aos meses de julho de 2005 a dezembro de 2006. Consta que o ICMS recolhido a menos foi em virtude de erro na aplicação da alíquota do ICMS nas transferências de mercadorias para outras Unidades da Federação, conforme Demonstrativos (fls. 75 a 126);

7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 9.526,31, multa de 60%, relativo aos meses de janeiro de 2005 a dezembro de 2006. Consta que ocorreu utilização indevida de Crédito Fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária (Anexo 88) e Isentas, conforme Demonstrativos (fls. 127 a 139);

8 - 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. ICMS no valor de R\$ 242.281,66, multa de 60%, relativo aos meses de janeiro de 2005 a dezembro de 2006. Consta que se refere às Notas Fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas e não foram incluídas nas planilhas que a empresa utilizou para apuração do referido imposto, conforme Demonstrativo (fls. 140 a 197) e CD-R (fl. 467);

9 - Efetuou o recolhimento a menos 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. ICMS no valor de R\$ 404.976,88, multa de 60%, relativo aos meses de maio a dezembro de 2005 e julho a dezembro de 2006. Consta que se refere à diferença apurada entre os totais do ICMS indicados nas planilhas apresentadas a fiscalização pela empresa que serviram de base para apurar e recolher o ICMS Substituição Tributária (anexo 88) a Sefaz e os valores efetivamente recolhidos constantes no Sistema de Arrecadação da Sefaz (fls. 212 a 221), conforme Demonstrativos (fls 198 a 201);

10 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. ICMS no valor de R\$ 15.717,35, multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2006.

O autuado, às fls. 472 a 487, apresenta impugnação ao lançamento de ofício, afirmando que lavrar auto de infração significa proceder ao lançamento de ofício. Em razão disto na sua lavratura devem estar presentes os elementos constitutivos de qualquer lançamento, citando o artigo 142 do CTN.

Assevera 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, 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.

Entende revelar-se, o presente lançamento de ofício, sem os requisitos de validade, quais sejam, a forma, legalidade, finalidade, objeto e motivação. Alega que o lançamento está eivado de incerteza e iliquidez. Cita Roque Carraza e decisões do TIT (SP).

Assegura ainda que, diferentemente do que fora consignado no auto de infração, a impugnante efetuou pagamento de todas obrigações principalmente no tocante ao ICMS, conforme restará demonstrado.

Quanto a Infração 01 - A autuada alega que o dispositivo que embasou a presente autuação não é base legal para cobrança de imposto, isto porque 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 na saída da mercadoria do estabelecimento. Traz decisão desse Conseq, relativa ao AI 159760.0002/93-3, para amparar suas afirmações. Além disso, aduz que o Agente Fiscal deixou de descrever e demonstrar detalhadamente a suposta infração cometida pela impugnante, impossibilitando trazer elementos de argumentação para a presente defesa, demonstrando a improcedência do Auto de Infração.

Para a Infração 02 - A autuada alega que tal infração é inexistente, 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-se que a impugnante recolhe, na qualidade de substituto tributário, o ICMS incidente na operação ao consumidor final. Alega ainda, que alguns débitos foram lançados em duplicidade, porque alguns produtos que estão sob o regime de substituição tributária, descritos na infração 02, também foram descritos na infração 08, compelindo a impugnante a pagar duas vezes o mesmo débito decorrentes de um único fato gerador.

Quanto à Infração 03 - Afirma a autuada, que, assim como na infração 01, o autuante 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.

Em relação à Infração 04 – Aduz que o conflito ou contrariedade das alegações do autuante se manifesta na medida em que se cobra apenas multa decorrente de ICMS que deveria ter sido pago por antecipação. Entende que se não tivesse pago este tributo o teria autuado pela falta de pagamento do imposto em si. Afirma ainda 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.

Infrações 05 e 06 - Afirma a autuada, que é totalmente ilegal e contraditória estas autuações, eis que o Agente Fiscal: (i) atribuiu indistintamente a alíquota de 17% e aplicou este percentual à base de cálculo das operações tal como Demonstrativo de cálculo, mas olvidou-se 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; (ii) 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 parcela integral do imposto coubesse ao Estado da Bahia.

Com relação à Infração 06 esclarece a impugnante que inobstante ter apontado o CFOP de transferência, a operação de fato ocorrida foi a devolução de mercadorias. Contudo, ao indicar na Nota Fiscal de devolução o CFOP da operação, em patente erro material, acabou por indicar o CFOP de transferência. Reconhece a multa por descumprimento por obrigação acessória, contudo, não concorda com a exigência de obrigação principal.

Infração 07 - Alega a autuada que as mercadorias adquiridas 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. Argumenta que o artigo 353 do RICMS/Ba é taxativo ao enumerar os produtos que estão sujeitos à Substituição Tributária, e que alguns produtos que foram autuados, tais como: o suco de frutas, adubo orgânico ou aipim ralado, 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. Afirma que alguns produtos foram tributados nas saídas, gerando, assim, créditos fiscais para a impugnante, consoante o princípio da não-cumulatividade.

Infração 08 - A autuada 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. Alega ainda que não deveria recolher o imposto por antecipação tendo vista as mercadorias destinarem-se a consumidor final. Afirma que alguns produtos que estão sob o regime de substituição tributária, autuados na presente infração, também fazem parte da infração 02, configurando descritos na infração 08, compelindo a impugnante a pagar duas vezes o mesmo débito decorrentes de um único fato gerador.

Infração 09 - A autuada afirma que a autuação baseou-se exclusivamente na análise de arquivo magnético que embora seja documento obrigatório a ser preenchido pelos contribuintes, 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. Desta forma, conclui que o Agente Fiscal não deveria deter-se a uma provável impassibilidade de descoberta de verdade material. Deveria primar pela completa averiguação de documentos, para obter dados confiáveis e capazes de caracterizar eventual infração.

Argui ainda que o Agente Fiscal também aplica indistintamente a alíquota de 17% a todas as mercadorias, e deixa de considerar o crédito quando da entrada de mercadoria no estabelecimento. Que o trabalho resta totalmente prejudicado, na medida em que calculou todos os débitos apenas com o valor do ICMS relativo às saídas.

Infração 10 - A autuada afirma que tratando-se de ICMS, deve-se levar em consideração o artigo 155, § 2º, I da CF. Ademais, 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. Desta forma, não se pode restringir a apropriação do crédito, vez que a redução da base de cálculo não se confunde com isenção ou não-incidência.

Quanto às multas aplicadas, assegura que o percentual cobrado sobre o valor do suposto crédito tributário é absolutamente aviltante, em relação ao fato considerado como eventual "infração", pois, como se sabe o lançamento tributário consiste na descrição do fato jurídico tributário, fato lícito, juridicizado pela regra matriz de incidência tributária. Considera que 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, especialmente o que dispõe o art. 150, inciso IV da CF. Portanto, conclui, que apenas para fins de argumentação, ainda que fosse admitida a regularidade do lançamento, de qualquer modo as multas exigidas devem ser consideradas como ostensivamente confiscatórias, porque o seu valor não guarda qualquer respaldo do ponto de vista infracional, uma vez que a infração apontada jamais ocorreu.

Diante do exposto a Impugnante requer seja julgada totalmente nula/improcedente a ação fiscal, cancelando-se, via de consequência, o auto de infração em comento, afim 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 apuração dos fatos ora alegados.

O autuante, às fls. 503 a 510, apresenta a informação fiscal afirmando que todas as infrações constantes do Auto de Infração estão devidamente respaldadas das provas necessárias, através de documentos anexos ao PAF fls. 25 a 467, 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 se pode verificar nos Relatórios às fls. 463 a 466 e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS fls. 424 a 457 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.

Passa a analisar cada argumento apresentado pela defesa, em relação às respectivas infrações:

Infração 01 – Afirma que a autuada ao deixar de escriturar as Notas fiscais de entrada de mercadorias, entre outros dispositivos infringiu o artigo 2º, § 3º inciso IV do RICMS/Ba, que autoriza a presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, fato que não ocorreu nas suas razões de defesa. A Infração foi descrita e demonstrada com os Demonstrativos e cópias das Notas Fiscais anexadas ao Auto de Infração. Já que a Defendente não trouxe ao Processo provas que tivesse havido equívocos na escrituração fiscal/contábil de sua empresa das Notas Fiscais não registradas, 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 – Assegura que as alegações da autuada demonstram 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 subseqüentes deveria ter sido recolhido pelo próprio contribuinte nas condições estabelecida na Legislação Estadual conforme art. 371 do RICMS/BA.

Quanto às alegações que alguns débitos foram lançados em duplicidade, porque alguns produtos que estão sob o regime de substituição tributária, descritos na infração 02, também foram descritos na infração 08, compelindo a impugnante a pagar duas vezes o mesmo débito decorrentes de um único fato gerador, afirma que não procedem, vez que esta infração caracteriza-se por Notas Fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária sem o registro na escrita fiscal/contábil e sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88) enquanto que a infração 08 caracteriza-se por Notas Fiscais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária registradas na escrita fiscal/contábil sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88).

Infração 03 – 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, e como a defendente não trouxe ao Processo provas que tivesse havido equívocos na escrituração fiscal/contábil de sua empresa das Notas Fiscais não registradas ficaram comprovadas as ocorrências de entradas de mercadorias não

registradas tendo o contribuinte infringido o artigo 322, devendo assim lhe ser imputada à multa de 10% do valor das mercadorias conforme estabelece o RICMS/BA.

Infração 04 – Aduz que, conforme está demonstrado no Auto de Infração, a empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS a título de Antecipação Parcial nas entradas de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, e o não recolhimento no prazo estabelecido na Legislação vigente autoriza a aplicação da multa de 60%, portanto 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 em seu art. 352-A.

Quanto às infrações 05 e 06, entende que não procedem as alegações de que são ilegais e contraditórias, pois estão totalmente de acordo com a Legislação vigente.

Explica que a infração 05 é resultante das 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 à diferença entre o valor aplicando-se a alíquota correta (estabelecida na Legislação vigente) e o valor com 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. 42 a 74 do PAF) e CDR (fl. 270 do PAF) por si só explicativos e que a autuada recebeu cópia no dia 13/06/2008, porém não se deu ao trabalho de analisar.

Quanto à Infração 06 – Afirma se referir às 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. 75 a 126 do PAF) e CDR (fl. 467 do PAF) por si só explicativos e que a autuada recebeu cópia no dia 13/06/2008, porém não se deu ao trabalho de analisar.

Assegura que a própria autuada declara que nas Notas Fiscais foi apontado o CFOP de transferência de mercadorias e que a operação refere-se à devolução de mercadorias, entretanto não traz qualquer prova que venha fundamentar suas alegações, além do mais o estabelecimento fiscalizado recebe transferências de mercadorias de filiais estabelecidas em outras Unidades da Federação como de filiais situadas neste Estado.

Infração 07 – Afirma que, mais uma vez não procedem as alegações da autuada, pois esta Infração reclama a utilização de crédito fiscal do ICMS na aquisição de produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária ou isentas do ICMS e 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. No Demonstrativo de Auditoria de Utilização Indevida de Crédito - (fls. 127 a 139) e CD-R (fl. 467 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 utilização indevida do crédito do ICMS.

Relata que a autuada ainda afirma que alguns produtos que foram autuados, tais como: o suco de frutas, adubo orgânico ou aipim ralado 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. Mais uma vez a autuada equivoca-se, pois no período fiscalizado até 30/09/2005 suco de frutas está enquadrado

no regime de substituição Tributária conforme o inciso II item 7 do artigo 353 do RICMS, enquanto que aipim ralado e adubo orgânico são produtos isentos do ICMS conforme artigos 14 inc I e 20 inc. XI "c" do RICMS/Ba.

Infração 08 - Nesta infração afirma que a autuada 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 art. 371 do RICMS/BA.

Aduz que no Demonstrativo de Auditoria de ICMS - Substituição Tributária (fls. 140 a 197) e CD-R (fl. 467 do PAF) estão relacionadas todas as Notas Fiscais com as mercadorias enquadradas no Regime de substituição Tributárias que foram objeto desta infração.

Quanto à alegação da autuada de que alguns produtos que estão sob o regime de substituição tributária, autuados na presente infração, também fazem parte da infração 02, configurando duplicidade no lançamento tributário, compelindo a Impugnante a pagar duas vezes, pela ocorrência de um único fato, o mesmo imposto, assegura o autuado que não podem prosperar, uma vez que esta infração caracteriza-se por Notas Fiscais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária registradas na escrita fiscal/contábil sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88), enquanto que a infração 02 caracteriza-se por Notas Fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, sem o registro na escrita fiscal/contábil e sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88).

Infração 09 – Argumenta 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. 463 e 466 e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS fls. 424 a 457 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. 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. 467) e confrontados com os valores efetivamente recolhidos e constantes no Sistema de Arrecadação da Sefaz/DARC - GEIEF fls. 212 a 221 e CD-R fl. 467 do PAF" portanto não existe dúvida que os valores constantes dos Demonstrativos (fls. 198 a 201) e CD-R (fls. 467) do PAF são devidos pelo contribuinte.

Relata que a autuada afirma que o Agente Fiscal também aplica indistintamente a alíquota de 17% a todas as mercadorias, e deixa de considerar o crédito quando da entrada de mercadoria no estabelecimento. Afirma o autuado que o trabalho resta totalmente prejudicado, na medida em que calculou todos os débitos apenas com o valor do ICMS relativo às saídas. Afiram o autuante que a Defendente não observou, com o devido cuidado a origem dos valores objeto desta infração, pois através dos Demonstrativos fls. 198 a 201 foram arrolados apenas os valores do ICMS apurados e declarados pela empresa e confrontados com os valores de ICMS constantes no Sistema Sefaz, como efetivamente recolhidos pelo contribuinte, ou seja, não foi efetuado qualquer cálculo de apuração do Imposto devido.

Infração 10 – Informa que os valores apurados nesta infração correspondem à falta de estorno do crédito fiscal e tem respaldo na Lei que rege o ICMS no Estado da Bahia conforme inciso II do art. 100, do RICMS-BA, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso.

Agui que em relação às afirmações de que a matéria só tem respaldo na Legislação Estadual sem supedâneo na Carta Política, não se incluem em nossa competência discutir a inconstitucionalidade,

ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado pelo Secretario da Fazenda ou pelo Governador do Estado da Bahia.

Assegura não prosperam os argumentos do autuado relativos à multa, uma vez que o percentual das multas aplicadas está de acordo com a Lei 7014/96 e não se incluem em sua competência discutir a inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado pelo Secretario da Fazenda ou pelo Governador do Estado da Bahia.

Assim sendo, conclui o autuante, que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA, considerando que as razões apresentadas pela autuada não têm fundamento, como ficou acima comprovado. Conclui que não há o que se discutir, o auto de infração é PROCEDENTE. Espera que seja julgado para reparar o dano causado a Fazenda Pública com o irregular procedimento da autuada.

Consigno que na assentada do julgamento o Julgador Valmir Nogueira de Oliveira, tendo em vista o disposto no art. 40 do Regimento Interno do CONSEF, considerou-se impedido de participar do julgamento.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo 10 (dez) infrações, conforme já relatadas e adiante sucintamente reproduzidas.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, a descrição clara dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Não houve 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 aos 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 levantamentos foram realizados com base nos arquivos magnéticos, e esses arquivos estão em consonância com os dados constantes dos livros fiscais do autuado, conforme afirma o autuante, não havendo elemento trazido pela defesa que prove o contrário. 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 ao processo administrativo fiscal.

Considerando haver, inclusive, apenas uma solicitação genérica, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Infração 01 - Cabe inicialmente 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.

Estamos, portanto, na infração sob análise, tratando de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às*

informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção” (grifo nosso).

Verifico que a Infração foi descrita e detalhada com os Demonstrativos e cópias das Notas Fiscais anexadas ao presente lançamento de ofício. O ônus da prova contrária à presunção é do autuado que não trouxe aos autos elementos probatórios de que tivesse havido equívocos na escrituração fiscal/contábil de sua empresa das Notas Fiscais não registradas ou mesmo de que as mesmas foram escrituradas, ou qualquer outra prova. Assim, fica mantida a presunção de que as entradas de mercadorias não registradas, foram pagas com recursos originários de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis.

Cabe destacar que o Acórdão deste CONSEF, trazido aos autos, não se refere ao presente caso, pois trata de estabelecimento que não efetua compras e todas as mercadorias recebe em transferência.

A infração 01, portanto, é subsistente.

Infração 02 – Ficou demonstrado que o autuado ao adquirir as mercadorias, inclusive sem o registro na escrita fiscal/contábil, objeto desta infração, em outras Unidades da Federação, do imposto correspondente às operações subseqüentes, estava obrigado a recolher o ICMS devido por suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, não o tendo feito em relação à antecipação, conforme determina o art. 371 do RICMS/BA.

“Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art.125. “

Não restou comprovado que alguns débitos foram lançados em duplicidade, porque alguns produtos que estão sob o regime de substituição tributária, descritos na infração 02, também foram descritos na infração 08, vez que esta infração caracteriza-se por Notas Fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária sem o registro na escrita fiscal/contábil e sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88), enquanto que a infração 08 caracteriza-se por Notas Fiscais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, registradas na escrita fiscal/contábil, sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88). Infração procedente.

Infração 03 – Trata a presente imputação de multa por descumprimento de obrigação acessória, apurada em razão da falta de escrituração de notas fiscais de transferências de mercadorias no Livro Registro de Entrada, conforme consta às fls. 222 a 392, que se destina à escrituração das entradas a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento. O impugnante não trouxe aos autos as provas de que tivesse havido equívocos na escrituração fiscal/contábil de sua empresa, das notas fiscais ou mesmo de que as aludidas notas foram registradas. Ficaram comprovadas as ocorrências de entradas de mercadorias não registradas tendo o contribuinte infringido o artigo 322, devendo, assim, lhe ser imputada a multa de 10% do valor das mercadorias conforme estabelece o RICMS/BA. Infração subsistente.

“IX - 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

Infração 04 – A presente infração se caracteriza em razão de o autuado ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS a título de Antecipação Parcial, nas entradas de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, devidamente registradas. O autuado não demonstra o recolhimento dentro do prazo estabelecido na Legislação vigente, o que autoriza a aplicação da multa de 60% sobre o imposto não recolhido, constante da presente infração. Os aguentos de que recolheu o imposto nas saídas normais não elidem a imputação, principalmente em razão de que a multa aplicada independe de recolhimento posterior à data fixada para o cumprimento dessa obrigação principal. Além do mais, não podem ser acolhidas as alegações do autuado, vez que o recolhimento do ICMS referente a Antecipação Parcial independe do regime de apuração do contribuinte, conforme prevê o art. 352-A do RICMS/Ba. Infração caracterizada.

"Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição".

Multa prevista na Lei 7014/96:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;"

A infração 05 é resultante das saídas de mercadorias promovidas por ECF (consumidor final) com saídas de produtos tributados com erro na aplicação da alíquota, onde o autuante apurou o correspondente à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota correta prevista no RICMS/BA, em relação às respectivas mercadorias vendidas, e o valor com a alíquota aplicada incorretamente pelo autuado, ou mesmo, em muitos casos, sem alíquota aplicada, conforme consta dos Demonstrativos de Auditoria de Saída por ECF - Erro na Aplicação da Alíquota (fls. 42 a 74 do PAF) e CDR (fl. 270 do PAF). Não há nenhum elemento de direito ou de fato trazido aos autos que descaracterize a infração. Infração procedente.

Quanto à Infração 06 – Refere-se às transferências de mercadorias tributadas efetuadas pela autuada para outras Unidades da Federação com erro na aplicação da alíquota. Verifico proceder à exigência, vez que o impugnante utilizou a alíquota de 7% quando a legislação tributária estadual fixava a alíquota de 12%, nas saídas deste Estado para Outras Unidades da Federação, conforme foi 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. 75 a 126 do PAF) e CDR (fl. 467 do PAF).

Conforme destaca o autuante, apesar de a autuada declarar que nas Notas Fiscais apontadas incorretamente com o CFOP de transferência são relativas a operações de devolução de mercadorias, não oferece os elementos de provas para tais afirmações. Restando a procedência da infração.

Infração 07 – Essa infração reclama a utilização de crédito fiscal do ICMS na aquisição de produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária ou isentas do ICMS. A legislação tributária estadual 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. Consta do demonstrativo de Auditoria de Utilização Indevida de Crédito - (fls. 127 a 139) e CD-R (fl. 467 do PAF) a relação de das Notas Fiscais com as

mercadorias enquadradas no Regime de substituição Tributárias ou Isentas do ICMS que foram objeto da utilização indevida do crédito do ICMS.

Quanto ao suco de frutas, adubo orgânico ou aipim ralado não estão relacionados no rol do artigo 353 do RICMS/Ba. No período abrangido pela exigência tributária até 30/09/2005, suco de frutas estava enquadrado no regime de substituição Tributária, conforme o inciso II item 7 do artigo 353 do RICMS, enquanto que aipim ralado e adubo orgânico são produtos isentos do ICMS, conforme artigos 14 inc I e 20 inc. XI "c" do RICMS/Ba. Assim, não há dúvidas quanto à pertinência da infração, que fica mantida.

Infração 08 - Ao adquirir as mercadorias objeto desta infração, em outras Unidades da Federação, o imposto correspondente às operações subseqüentes deveria ter sido recolhido pelo próprio autuado, nas condições estabelecidas na Legislação Estadual, conforme art. 371 do RICMS-BA.

“Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.”

Consta do Demonstrativo de Auditoria de ICMS - Substituição Tributária (fls. 140 a 197) e CD-R (fl. 467 do PAF) relacionadas todas as Notas Fiscais com as mercadorias enquadradas no Regime de substituição Tributárias que foram objeto desta infração.

Verifico que não tem amparo as alegações do autuado de que alguns produtos que estão sob o regime de substituição tributária, autuados na presente infração, também fazem parte da infração 02, configurando duplicidade no lançamento tributário, pois esta infração caracteriza-se por Notas Fiscais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, registradas na escrita fiscal/contábil sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88), enquanto que a infração 02 caracteriza-se por Notas Fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, sem o registro na escrita fiscal/contábil e sem o recolhimento do ICMS substituição tributária (anexo 88). Assim fica mantida a imputação.

Infração 09 – A infração se referente a recolhimento a menos por antecipação, relativo à aquisição mercadorias, relacionadas no anexo 88, de outras unidades federativas. Diferente do argumentado pela defesa, o atuante confrontou os dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Sefaz com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme Relatórios fls. 463 e 466 e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS fls. 424 a 457 do PAF, não apresentando o impugnante as divergências entres os arquivos e os livros, conforme afirma.

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. 467) e confrontados com os valores efetivamente recolhidos e constantes no Sistema de Arrecadação da Sefaz/DARC - GEIEF fls. 212 a 221 e CD-R fl. 467 do PAF", portanto, não existe dúvida de que os valores constantes dos Demonstrativos (fls. 198 a 201) e CD-R (fl. 467) do PAF são devidos pelo contribuinte, fato não descaracterizado pelo impugnante.

Não cabe a alegação do autuado de que a alíquota de 17% foi aplicada indistintamente a todas as mercadorias, e que foi deixado de considerar o crédito quando da entrada de mercadoria no estabelecimento, pois através dos Demonstrativos, às fls. 198 a 201, foram arrolados apenas os valores do ICMS apurados e declarados pela empresa e confrontados com os valores de ICMS

constantes no Sistema Sefaz, como efetivamente recolhidos pelo contribuinte, ou seja, não foi efetuado qualquer cálculo de apuração do Imposto devido, da forma aludida pelo autuado. O indicativo da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de Infração, não significa que o imposto foi apurado com base nessa alíquota, tendo apenas o efeito demonstrativo. Infração subsistente.

Infração 10 – Os valores apurados nesta infração correspondem à falta de estorno do crédito fiscal e tem respaldo na Lei que rege o ICMS no Estado da Bahia. O autuado centra sua impugnação no entendimento de que não há previsão legal para a exigência do estorno de crédito reclamado na infração 10, pois, nem a Carta Política Brasileira, muito menos a Lei Complementar nº 87/96, estabelecem as hipóteses de estorno de créditos do ICMS, quando a operação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, restando apenas à lei estadual tratar de tal previsão.

Ocorre que a matéria sob análise tem precedente julgado neste Conselho, inclusive com decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 0160-12/07, no qual foi firmado o entendimento de que é devido o estorno de crédito proporcional nas saídas com redução da base de cálculo, por força da norma constitucional veiculada através do art. 155, §2º, inc. II, letras “a” e “b” da CF/88, de aplicação imediata irrestrita. A presente decisão da 2ª Câmara, robustecida pela decisão do STF, adiante reproduzida.

O STF, através da sua 2ª turma, nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento, relator Min. Carlos Velloso e, através do Pleno, no Recurso Extraordinário nº 174.478-2, relator Min. Cezar Peluso, adotou o entendimento de que a redução da base de cálculo é espécie de isenção, enquadrada doutrinariamente no conceito de isenção parcial, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPENSAÇÃO DE ICMS CALCULADO MEDIANTE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. ESTORNO PROPORCIONAL. POSSIBILIDADE. I - O Tribunal reformulou seu entendimento quando do julgamento do RE 174.478/SP, Rel. para o acórdão o Min. Cezar Peluso, entendendo pela impossibilidade da compensação dos créditos relativos à entrada de insumos realizada com redução da base de cálculo, dado que consubstancia isenção fiscal parcial. II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na Decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Impossibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, dada a excepcionalidade da medida. IV - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 449051 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO. BASE DE CÁLCULO: REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INAPLICABILIDADE. I. - Embargos de declaração opostos à Decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 174.478/SP, Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, entendeu que não viola o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Além disso, considerou que a referida redução corresponde à figura da isenção parcial, o que faz incidir, no caso, a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da Constituição Federal. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento deste. (AI-ED 497755 / PR – PARANÁ BEM .DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO)”

Alinho-me ao entendimento externado no voto em separado, proferido pelo Conselheiro Tolstói Seara Nolasco, constante do Acórdão nº 0160-12/07, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, acima já referido, de que a determinação de estorno de crédito relativo à saída com base de cálculo reduzida, constante do RICMS/BA, encontra lastro legal na previsão genérica, contemplada no art. 30 da Lei 7.014/96, que, por sua vez, encontra amparo na norma constitucional veiculada através do art. 155, §2º, inc. II, letras “a” e “b” da CF/88, relativamente ao estorno de crédito decorrente de isenção. Segue, *in verbis*, o art. 30 da Lei 7014/96:

“Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;"

Diante do exposto, em consonância com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, considero subsistente a exigência tributaria, constante da infração 10, relativa o estorno de crédito fiscal de ICMS nas entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução deste tributo.

Quanto à arguição 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 Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª 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 omissor que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Assim, voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **147771.0001/08-7**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.297.823,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.244.729,97 e de 70% sobre R\$ 53.093,52, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "d", VII "a" e "b", III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$28.735,32**, previstas no artigo 42, incisos IX, II, "d" da referida lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR