

A. I. N° - 110427.0011/07-7
AUTUADO - METALMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 13.05.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0111-01/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Restou demonstrado no levantamento levado a efeito pelo autuante que o autuado recolheu a menos o imposto devido, por ter ultrapassado o limite de faixas. Infração subsistente. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO 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, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias circularam e foram entregues aos destinatários, conforme carimbos dos Postos Fiscais do percurso, fato admitido pelo próprio contribuinte. Alegação de emissão de nota fiscal totalizadora, em substituição às notas fiscais canceladas não foi comprovada pelo autuado, pela ausência de qualquer registro vinculando as notas fiscais canceladas com a alegada nota fiscal totalizadora. Cancelamento das notas fiscais feito de forma irregular, pois, houve a concretização da operação, implicando em descumprimento de obrigação principal. Infração subsistente. 4. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar a infração decorrente de falta de recolhimento do ICMS retido sobre serviços de transportes efetuados por autônomos, imputada ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, resta demonstrada a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2007, exige ICMS no valor de R\$ 511.242,56, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, nos meses de janeiro, março a maio, agosto a outubro de 2002, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2003, janeiro a outubro e dezembro de 2004, fevereiro a dezembro de 2005, janeiro a outubro e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 290.922,23, acrescido da multa de 50%. Consta se referir a diferenças apuradas, conforme Demonstrativo de Débito de Empresa de Pequeno Porte, relativas aos exercícios de 2002,2003,2004,2005 e 2006;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos exercícios de 2002,2003, 2004, 2005 e 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 21.094,85, acrescido da multa de 70%. Consta se referir a diversas Notas Fiscais/Faturas de aquisição de mercadorias ou matérias-primas, cujos pagamentos, inclusive das faturas, quando a prazo, não foram registrados/contabilizados na conta Caixa, conforme demonstrativos constantes dos Anexos II e IV;
3. Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente, nos meses de fevereiro a abril, julho a dezembro de 2002, janeiro a junho de 2003, fevereiro, março, maio, junho, setembro, outubro e dezembro de 2004, janeiro a abril, julho, outubro a dezembro de 2005, janeiro a maio, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 193.458,48, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere a diversas Notas Fiscais de sua emissão, que apesar de constarem como canceladas nos arquivos do contribuinte, não possuem as primeiras vias ou contém claras evidências de que circularam normalmente, tais como aposição de carimbos de Postos Fiscais, destaque do recibo constante do rodapé, dentre outras, constando, inclusive do Sistema CFAMT a grande maioria, não deixando dúvida quanto à circulação de referidos documentos, conforme Demonstrativos-Anexos I e III;
4. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de janeiro a abril, setembro, outubro e dezembro de 2002, janeiro a abril de 2003, fevereiro, março, outubro e dezembro de 2004, janeiro a julho e setembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.767,00, acrescido da multa de 150%. Consta que se refere ao imposto em destaque nas Notas Fiscais de emissão do contribuinte, sobre fretes pagos, conforme demonstrativo constante do Anexo I-coluna ICMS s/Frete Devido Fonte.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 245 a 252), esclarecendo inicialmente que tem por escopo empresarial a fabricação e venda de móveis escolares, atividade desempenhada perante a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, sendo exceção a comercialização com o setor privado.

Acrescenta que a relação jurídica com tais entes públicos exige a observância de formalidades e solenidades que forjam a malsinada burocracia estatal, obrigando-o a emitir tantas notas fiscais quantas forem as repartições do ente público que patrocinou a licitação, em decorrência da vinculação de receita, havendo autonomia financeira de uma unidade e descentralização da despesa de outra. Alega, também, que existem casos nos quais há exigência de uma única nota fiscal e não de tantas quantas forem sendo apresentadas nas entregas fracionadas, com vista a instruir procedimento administrativo de prestação de contas perante os Tribunais de Contas.

Diz ainda que há casos nos quais ocorrem a solicitação de substituição de nota por conta do “vencimento” da nota fiscal anterior, apresentada e não adimplida na época oportuna, assim como, casos em que a mercadoria é devolvida pelo ente público comprador sob o argumento de desconformidade com as especificações do edital de licitação e outros em que a nota fiscal é emitida, apenas, para encaminhamento de amostras para fins licitatórios.

Prosseguindo, diz que em tais situações foi imposta a obrigação tributária decorrente de notas fiscais devidamente substituídas, alteradas ou canceladas, conforme relatório emitido em contra-argumentação ao elaborado pelo autuante.

Assevera que o levantamento defensivo demonstra se tratar de reprodução de vendas consumadas, sem implicar em nova tributação, pois a declaração de venda restou comprovada pelas notas-mães.

Registra que todas às vendas realizadas tiveram a sua confirmação pelos competentes Tribunais de Contas, solicitando que seja expedido ofício àqueles órgãos, no intuito de comprovar a inexistência de venda em duplicidade, conforme notas fiscais destacadas pelo autuante.

Quanto ao recolhimento a menos do imposto, afirma que o autuante não declinou qual seria a diferença entre o que reputa devido e o valor efetivamente recolhido, sendo insubstancial a infração.

Atacando a infração 01, diz que resta patente a inobservância do princípio da ampla defesa e do contraditório, pois, o autuante não demonstrou com clareza onde reside a pretensa infração, impossibilitando-o de produzir a sua defesa. Afirma que os recolhimentos do ICMS relativos aos períodos indicados na autuação foram realizados observando as alíquotas previstas no RICMS/BA, não podendo o autuante simplesmente afirmar o recolhimento a menos sem identificar, com precisão, qual a alíquota aplicada no ato, ou justificar a diferença desta. Sustenta que, se divergência houve, não se tratou de recolhimento a menos, mas de aplicação de alíquota divergente da que pretende o autuante, sendo no particular totalmente improcedente o Auto de Infração.

Quanto à infração 02, sustenta que se tratando de mercadorias ou matérias-primas adquiridas, ainda que fosse tributável, não cabe se falar em recolhimento de ICMS na alíquota pretendida de 17%. Primeiro, porque se a mercadoria foi adquirida com certeza o imposto foi recolhido, ainda que parcialmente, devendo ser compensado. Segundo, porque sendo enquadrada no regime SimBahia, a alíquota seria totalmente outra. Terceiro, porque tais mercadorias ou serviços não foram objeto de comercialização, passando a integrar o seu patrimônio. Afirma que não procede a omissão de saída de mercadoria constatada pela simples entrada no estabelecimento.

No que concerne à infração 03, sustenta que as diversas notas fiscais de saída de mercadorias foram emitidas, exclusivamente, para fazer acompanhar as mercadorias até os seus respectivos destinos, pois, constam aquelas mesmas mercadorias em outra nota fiscal maior. Acrescenta que sendo as entregas efetuadas parceladamente são emitidas notas fiscais para acompanhar a mercadoria até o local designado pelo ente comprador, geralmente em locais diversos para uma mesma compra, como é o caso da negociação de determinado número de cadeiras escolares para aparelhar escolas diversas, em diversos locais.

Assevera que ao realizar a entrega, a nota fiscal emitida para esse fim é cancelada, indicando que não houve duas vendas para o mesmo ente, podendo tal situação ser comprovada pelo relatório anexado. Consigna que mesmo se fosse devido o imposto como pretende o Fisco, a alíquota aplicada jamais poderia ser na ordem de 17%, por estar enquadrada no regime simplificado-SimBahia, bem como, caberia o respectivo crédito referente à aquisição de mercadorias ou matérias-primas. Diz ser improcedente esta infração.

Relativamente à infração 04, sustenta que os valores dos fretes eventualmente pagos, constantes da nota fiscal correspondente, estão inseridos dentro do valor total das vendas realizadas, e que para exigência do imposto sobre o frete, necessariamente, haveria de ser deduzido o mesmo valor da nota fiscal, a fim de evitar uma bitributação. Salienta, ainda, que a alíquota não poderia ser a

aplicada pelo Fisco, pois os transportadores são pessoas físicas, residentes neste Estado, cujo faturamento jamais ultrapassou o limite do regime simplificado, se devido o imposto caberia a alíquota fática do contribuinte. Diz ser improcedente a autuação.

Continuando, afirma que as multas aplicadas são confiscatórias, desprovida de qualquer razoabilidade, invocando e reproduzindo decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para reforçar o seu entendimento. Diz que a Lei Civil já fixou que as multas moratórias não podem ultrapassar 2%.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 543 a 546), na qual contesta os argumentos defensivos referentes à infração 01, afirmado que efetuou o levantamento fiscal, obedecendo rigorosamente aos critérios estabelecidos no RICMS/BA, especialmente os artigos 384-A, II e 387-A, que cuidam especificamente dos limites de faixas de enquadramento da empresa de pequeno porte e respectivas alíquotas, conforme “DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE” às fls. 13 a 17.

Assevera que as alegações defensivas não têm qualquer consistência, pois, apenas é alegada divergência entre as alíquotas aplicadas na autuação e as praticadas para fins de recolhimento do imposto, sem fazer qualquer indicação dos exercícios ou meses em que consistem as divergências que alega. Mantém a infração.

Quanto à infração 02, diz que se trata de omissão de saídas de mercadorias, decorrente de pagamentos não registrados, pela falta de registro/escrituração no livro Caixa da empresa de diversas notas fiscais ou respectivas duplicatas, relativas a aquisições de mercadorias ou matérias-primas. Registra que a infração está caracterizada por omissões de saídas anteriores, pois os pagamentos foram realizados com recursos de receitas igualmente não escrituradas, sendo entendimento pacífico do CONSEF. Assevera que a alíquota aplicável é de 17% nos termos do artigo 408-L do RICMS/BA, que transcreve. Diz que o crédito fiscal reivindicado pelo autuado não procede, pois foi concedido o crédito de 8% sobre as omissões de saídas apuradas, conforme demonstrativo à fl. 34.

Relativamente à infração 03, sustenta que diversas notas fiscais emitidas pelo autuado, com clara evidência de que acompanharam as mercadorias nelas discriminadas, constavam em seus arquivos como “canceladas”, sendo o autuado “réu-confesso”, quando diz que as notas fiscais foram emitidas tão somente para fazer acompanhar a mercadoria até os seus respectivos destino sendo após cancelada. Acrescenta que as provas de circulação das notas fiscais são evidentes, tais como carimbos dos postos fiscais, destaque do canhoto constante no rodapé do documento fiscal, constando ainda a maioria do sistema CFAMT.

Continuando, afirma que não existe no acervo de notas fiscais emitidas pelo autuado documentos que façam menção a ‘Venda para Entrega Futura’, conforme determinam os artigos 411 e 412 do RICMS/BA, inexistindo qualquer comprovação nesse sentido. Diz que a alíquota de 17% foi aplicada com base no artigo 408-P do RICMS/BA, por se tratar de infração de natureza grave, tendo sido concedido o crédito de 8%.

Com relação à infração 04, esclarece que todos os valores referentes aos fretes inseridos no levantamento fiscal (Anexo 1- (Coluna ICMS s/Frete Devido na Fonte), foram extraídos das próprias notas fiscais emitidas pela empresa, destacados em carimbo aposto nos referidos documentos, sendo tal destaque exigido pelo artigo 380, I, “a”, do RICMS97, que reproduz. Assevera se tratar de apropriação indébita.

No que concerne às multas apontadas no Auto de Infração, afirma que estão de acordo com o artigo 42 da Lei n. 7.014/96, não lhe cabendo discutir a sua constitucionalidade ou o seu caráter confiscatório.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em Pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência a INFRAZ/ITABUNA, a fim de que, relativamente à infração 02, fosse intimado o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do sistema CFAMT.

Quanto à infração 03, que fosse intimado o contribuinte para apresentar demonstrativo contendo as Notas Fiscais canceladas com a correspondente Nota Fiscal total, relativa à cada operação, conforme alegara na peça defensiva, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, para atendimento.

O autuante cumprindo a diligência (fls.549/550), informa que efetuou a entrega de cópias da Notas Fiscais relacionadas no anexo II (fls. 31/32) coletadas através do sistema CFAMT, bem como, de cópia da solicitação de fls.549/550, conforme recibo à fl. 552 firmado por representante do autuado.

Quanto à segunda solicitação, referente à infração 03, diz que o autuado foi intimado a apresentar as notas fiscais totais, relativas às operações cujas notas fiscais foram canceladas, conforme alega, em sua defesa, e da reabertura do prazo de 30 (trinta) dias.

A 1^a JJF, considerando que o autuado ao se manifestar à fl. 558, afirmara que entregara os documentos solicitados, contudo, após a fl. 558 dos autos não constava qualquer documento anexado pelo autuado, converteu o processo em diligência a INFRAZ/ITABUNA, a fim de que fosse esclarecido, se efetivamente houve ou não a juntada dos documentos por parte do autuado porventura não acostados aos autos Foi solicitado ainda, que caso fosse confirmadas as alegações defensivas, deveria ser dada ciência ao autuante, a fim de que verificasse e elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos.

O autuante se pronunciou à fl. 563, esclarecendo que não poderia informar se houve ou não a juntada dos documentos “expediente” a que se refere o autuado, cabendo o esclarecimento à Coordenação de Atendimento da INFRAZ/ITABUNA, ou por quem manuseou a petição após a protocolização, tendo em vista que a partir de sua devolução à Inspetoria não teve mais acesso ao Auto de Infração, somente recebendo após o seu retorno do CONSEF.

A Coordenação de Atendimento da repartição fazendária informou (fl. 565) que a servidora responsável pela recepção afirmou que “se foram informadas apenas duas folhas do processo é porque este só tinha duas folhas.”

Diante disso, a 1^a JJF, após discussão em Pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência a INFRAZ/ITABUNA, a fim de que fosse intimado o contribuinte para apresentar demonstrativo contendo as Notas Fiscais canceladas com a respectiva Nota Fiscal total, relativa a cada operação, conforme alega na peça defensiva, relativamente à infração 03.

Foi solicitado também que, caso fossem confirmadas as alegações defensivas, deveria ser dada ciência ao autuante para que verificasse e elaborasse, se fosse o caso, novo demonstrativo referente à infração 03.

Intimado o contribuinte (fl. 570), este se manifestou à fl. 573, dizendo que estava promovendo a juntada de documentação que serve de demonstrativo das notas fiscais canceladas e substituídas pelas notas fiscais totalizadoras.

O autuante se manifestou à fl. 765, esclarecendo que o autuado apenas fez a juntada de um comunicado, contendo em anexo, cópias de várias notas fiscais de sua emissão, não fazendo qualquer indicação das notas fiscais canceladas e substituídas, em relação às notas fiscais totalizadoras, tornando totalmente impossível estabelecer uma relação entre os mencionados documentos, pois, só o contribuinte tem conhecimento das operações da espécie, se é que existiram.

VOTO

A princípio, observo que o Auto de Infração foi lavrado em perfeita observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, inexistindo qualquer falha ou vício que o inquine de nulidade. As infrações imputadas ao autuado estão claramente descritas no Auto de Infração, permitindo-lhe exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Do exame das peças processuais, verifico que, relativamente à infração 01- *Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia* - o levantamento levado a efeito pelo autuante apurou a ultrapassagem dos limites de faixas de enquadramento referente a empresa de pequeno porte, tendo sido efetuado em conformidade com o RICMS/BA, haja vista que foram observadas as disposições dos artigos 384-A, II e 387-A, conforme demonstrativo de débito às fls. 13 a 17, onde se constata que foram observados os critérios e alíquotas aplicáveis.

Noto que o autuado não trouxe na impugnação apresentada qualquer argumento contra os números levantados, apenas alega que ficou impossibilitado de produzir a sua defesa, por não ter o autuante demonstrado com clareza onde reside a pretensa infração.

Certamente não lhe assiste razão, haja vista que, conforme dito acima, a infração está claramente identificada no demonstrativo elaborado pelo autuante onde se verifica que houve a ultrapassagem do limite de faixas nos períodos apontados na autuação, conforme demonstrativos às fls. 13 a 17. Mantida a infração.

No concerne à infração 02 – *Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados*-, 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, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Trata-se de presunção relativa passível de comprovação de sua improcedência pelo sujeito passivo.

No presente caso, o contribuinte realizou aquisições de mercadorias cujos pagamentos não foram contabilizados, conforme demonstrado nos autos, permitindo a presunção de que efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Observo que, por ser o autuado contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº. 7.357/98).

Verifico que o autuado neste item da autuação, também não traz elementos de provas hábeis capazes de elidir a autuação, apenas se limitando a questionar a alíquota aplicada e suscitando o direito de crédito, o que foi concedido pelo autuante no percentual de 8%, conforme dito acima. Registre-se que não apresentou o autuado, qualquer elemento de prova de existência de crédito fiscal em valor superior ao apurado na forma acima reportada. Mantida a infração.

No respeitante à infração 03-*Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente*-, observo que o autuado sustenta que as diversas notas fiscais de saída de mercadorias foram emitidas, exclusivamente, para fazer acompanhar as mercadorias até os seus respectivos destinos, por se

referirem as mesmas mercadorias acobertadas por outra nota fiscal maior, e que ao realizar a entrega, a nota fiscal emitida para esse fim é cancelada, indicando que não houve duas vendas para o mesmo cliente–destinatário.

De início, cumpre registrar que o procedimento adotado pelo autuado, é totalmente irregular, não encontrando qualquer amparo no Regulamento do ICMS-RICMS/BA.

O artigo 211 do RICMS/BA, assim estabelece:

“Art. 211. Não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.”

Portanto, não poderia o contribuinte cancelar as notas fiscais que comprovadamente circularam e concretizaram a operação, conforme carimbos dos Postos Fiscais do percurso, fato admitido pelo próprio contribuinte.

A alegação defensiva de emissão de nota fiscal totalizadora, em substituição às notas fiscais canceladas não restou comprovada nos autos, pela ausência de qualquer registro nos documentos fiscais vinculando as notas fiscais canceladas com a nota fiscal totalizadora.

Nota que não se trata de “Venda para Entrega Futura”, tendo em vista que esta ocorre quando o faturamento antecede a entrega da mercadoria, sendo facultado ao contribuinte emitir nota fiscal com a indicação de que se destina a simples faturamento, não sendo permitido o destaque do ICMS, consoante o artigo 411 do RICMS/BA.

Em tais situações, quando da efetiva saída da mercadoria de forma global ou parcelada, o contribuinte emite nota fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos deve constar, o número de ordem, a série e a data da emissão da Nota Fiscal relativa ao simples faturamento(total).

Também no caso de mercadoria cuja unidade não possa ser transportada de uma só vez, desde que o ICMS deva incidir sobre o todo, se o preço de venda se estender para o todo, sem indicação do preço correspondente a cada peça ou parte, a Nota Fiscal total especificará o todo, com o lançamento do ICMS, quando for o caso, devendo constar que a remessa será feita em peças ou em partes; a cada remessa corresponderá nova Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, mencionando-se o número, a série e a data da Nota Fiscal total.

Portanto, nos procedimentos acima expostos, existe a necessidade de identificação do número, a série e a data da nota fiscal total e das notas fiscais de circulação respectivas, no intuito de estabelecer a correspondência entre as notas fiscais, permitindo a comprovação da operação.

Evidentemente que a operação realizada pelo contribuinte não se enquadra em qualquer das situações acima referidas, contudo, mesmo tendo procedido ao cancelamento de forma irregular, caso fosse possível estabelecer uma identificação entre as notas fiscais canceladas e as notas fiscais totais, provavelmente seria possível comprovar a alegação defensiva.

Assim é que, a 1^a JJF, em busca da verdade material, converteu o processo em diligência em três oportunidades, a fim de que o autuado demonstrasse a vinculação das notas fiscais canceladas com as respectivas notas fiscais totais, contudo, isto não foi feito. A juntada de notas fiscais sem permitir qualquer correspondência entre elas, não pode elidir a autuação.

O registro feito pelo autuante no cumprimento da última diligência afasta qualquer dúvida sobre o não atendimento pelo contribuinte ao dizer que: *“O autuado apenas fez a juntada de um comunicado, contendo em anexo, cópias de várias notas fiscais de sua emissão, não fazendo qualquer indicação das notas fiscais canceladas e substituídas, em relação às notas fiscais*

totalizadoras, tornando totalmente impossível estabelecer uma relação entre os mencionados documentos, pois, só o contribuinte tem conhecimento das operações da espécie, se é que existiram.”

Vejo que o autuado pede que seja encaminhado ofício aos Tribunais de Contas – por ser a maioria de suas vendas destinadas a órgãos públicos, mediante licitação-, no intuito de comprovar as vendas realizadas, o que certamente não pode ser feito, pela impossibilidade de identificação das vendas através das diversas notas fiscais canceladas e as alegadas notas fiscais totais.

Registro que o levantamento realizado se apresenta correto, haja vista que observou as disposições do artigo 408-P do RICMS/BA, por se tratar de infração de natureza grave, tendo sido concedido o crédito de 8%, e aplicada a alíquota de 17%. Infração mantida.

Quanto à infração 04- *Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo* -, constato que o levantamento levado a efeito pelo autuante contém imprecisões que não permitem determinar com segurança os valores que porventura seriam devidos pelo contribuinte, embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, resta demonstrada a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios.

Assim é que, a exigência fiscal não separou as prestações internas das interestaduais englobando no levantamento várias notas fiscais cujo lançamento e pagamento do imposto relativo à prestação de serviços está dispensado, a partir do exercício de 2003. Também, arrolou no levantamento diversas notas fiscais contendo carimbo de retenção do imposto, referentes à prestações interestaduais, contudo, sem qualquer explicação, não indicou os valores devidos, a exemplo das Notas Fiscais nºs 767 a 774, 733, deixando, portanto, de constituir o crédito tributário corretamente.

Diante do exposto, considero este item da autuação nulo, ao tempo em que recomendo a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme o artigo 21 do RPAF/99.

No tocante à argüição defensiva de ser a multa confiscatória, portanto, inconstitucional, vale observar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questão de inconstitucionalidade, consoante o artigo 125 da Lei nº. 3.956/81, instituidora do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Não obstante, observo que em relação a todas as imposições fiscais as multas foram indicadas corretamente, haja vista que estão previstas na Lei nº. 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0011/07-7**, lavrado contra **METALMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$505.475,56**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 290.922,23 e de 70% sobre R\$ 214.553,33, previstas no art. 42, I, “b”, item 3, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR