

A. I. Nº - 298743.0001/09-0
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTES - WALTER CAIRO DE OLIVEIRA FILHO, JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS e
CARLOS AUGUSTO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 11.11.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0379-04/09

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não comprovado o recolhimento do imposto apurado e escriturado no livro próprio. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** EM VALOR SUPERIOR AOS VALORES PAGOS DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Demonstrativos elaborados pela fiscalização comprovam que foi apropriado crédito fiscal em valor superior ao recolhido no período fiscalizado. Infração não elidida. **b)** SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Não comprovada a regularidade de créditos fiscais lançados a título de outros créditos “crédito de debêntures” no livro próprio. Infrações caracterizadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS, NOTAS FISCAIS. **a)** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. **b)** 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. Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/06/09, exige ICMS no valor de R\$5.392.504,85, acrescido de multas de 60% e 150%, além de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$162.090,93 em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que na conciliação entre os livros fiscais e o relatório de substituição tributária foram encontradas divergências conforme demonstrativos juntados ao processo - R\$2.782.174,31.
02. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior resultante do somatório mês a mês dos valores pagos do Relatório DAE/GNREs – Antec. ST Estados não signatários com os créditos destacados na Nota Fiscal Eletrônica do Relatório Créditos Antec. ST Estados Signatários subtraindo os créditos lançados no livro RAICMS – R\$ 9.169,65.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, relativo a valores lançados no livro RAICMS a título de debêntures que não tem previsão legal de crédito - R\$2.599.920,00.

04. Deixou de recolher o ICMS em decorrência de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que refere-se a nota fiscal eletrônica 3443 cujo imposto não foi destacado - R\$1.240,89.

05. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor das operações - R\$162.090,93.

O autuado na defesa apresentada (fls. 1456/1461) inicialmente tece comentários sobre as infrações e diz que as mesmas são totalmente improcedentes conforme pretende demonstrar.

Quanto à infração 1, relata que foi acusado de reter e não repassar o ICMS-ST ao Estado e que tal conduta configura apropriação indébita do imposto, mas que isto não corresponde à realidade, visto que o “recolhimento do tributo foi feito por meio de utilização de créditos de ICMS da requerente”.

Afirma que é incabível a acusação de que “não houve recolhimento do tributo, uma vez que mediante o encontro do conta corrente e de débitos do ICMS da ora requerente, inclusive o ICMS-ST, quitou-se o tributo ora exigido”, o que pode ser comprovado pelas Declarações de Apuração Mensal de ICMS (DMAs) cujas cópias foram juntadas às fls. 802/810.

Argumenta que os autuantes ignoraram que “o pagamento efetuado pelo contribuinte, mediante a utilização dos créditos fiscais de ICMS, fato este que torna a autuação absolutamente improcedente”.

Pondera que esta infração não pode coexistir com a infração 3, visto que a fiscalização “ignora o crédito de ICMS utilizado e efetua o lançamento, como se não houvesse o pagamento dos débitos apurados, e em seguida, cobra um crédito tributário referente ao valor do crédito de ICMS utilizado para efetuar o pagamento”.

Afirma que uma infração é excludente da outra.

No que se refere à infração 2, informa que quando faz aquisição de produtos fora ou dentro do Estado, no último dia do mês o pagamento do ICMS antecipação parcial ocorre na data da emissão da nota fiscal de aquisição, porém “na Contabilidade esse imposto é lançado como tal (crédito de Antecipação Parcial), entretanto no Estado esse pagamento pode estar locado no mês seguinte da operação”

Afirma que em nenhum momento apropriou-se indevidamente de crédito fiscal, tendo em vista que foi usado dentro do mesmo mês da aquisição não será usado no mês subsequente. Afirma que se as “datas de entradas destes créditos estão divergentes, é apenas problema de locação no Estado”. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Quanto à infração 3, afirma que não procede a acusação de que utilizou indevidamente crédito fiscal sem a apresentação de documento comprobatório, visto que os créditos utilizados são provenientes de debêntures que foram compensados no débito mensal do ICMS.

Ressalta que existem decisões judiciais “que permitem a utilização da debênture para garantir execuções fiscais” e que os autuantes não podem ignorar a legitimidade desse crédito.

Transcreve à fl. 1459 decisão do TJ-SP Agravo de Instrumento 8390775100 de 15/04/09 e 6689965400/08 cujas decisões asseguraram a “possibilidade de títulos que possuem liquidez imediata e cotação em bolsa de valores garantindo eficazmente a execução” fiscal/penhora.

Alega que além do descabimento da infração, foi aplicada multa que considera ilegal. Entende que se foi glosado o crédito que foi utilizado de forma indevida e “nunca fora utilizado, cabe tão somente a aplicação de multa, tendo em vista que não houve qualquer perda de arrecadação para o Estado”. Apresenta modelo exemplificativo à fl. 1460 no qual se utilizado um crédito fiscal de R\$100.000,00 para pagar um débito de R\$70.000,00 ficando o restante no livro, o Fisco ao glosar o crédito fiscal restará a exigência do débito integral com aplicação de multa e juros, mas entende que sobre os R\$100.000,00 glosado só cabe a aplicação da multa, e não a exigência de crédito

indevido relativo ao principal que entende não ter sido utilizado, como indicado no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 textualmente “quando da utilização indevida de crédito fiscal, sem prejuízo da exigência do estorno”.

Conclui esta linha de raciocínio dizendo que o máximo que deve ser exigida é a multa, quer seja “pela legitimidade do crédito de ICMS lançado, seja pela falta de fundamentação legal da infração aplicada, a nulidade da imputação”.

Os autuantes na sua informação fiscal (fls. 1471/1478), inicialmente esclarecem que se trata de uma distribuidora de combustível que comercializa apenas Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC), se creditando do ICMS nas compras internas e interestaduais a título de ICMS Normal e também do valor da antecipação parcial nas compras interestaduais lançadas em Outros Créditos no livro RAICMS.

As compras interestaduais são originárias de estados signatários e não signatários do Protocolo ICMS 17/04, sendo que a base de cálculo da antecipação parcial é o valor da operação ou pauta interna (IN 34/2007), o que for maior, que no período fiscalizado era de R\$1,00 por litro.

O contribuinte é responsável pelo ICMS do AEHC do Posto Revendedor de Combustível através do instituto da substituição tributária previsto no art. 512-A, I, B, “1” do RICMS/BA, cuja base de cálculo do ICMS-ST é valor do PMPF (Atos PMPF de 10 a 21 de 2008) previsto no Art. 512-B, VIII no valor de R\$ 1,80 por litro no período fiscalizado.

Quanto à infração 1, relativa a falta de recolhimento do ICMS-ST retido, esclarecem que o cálculo do imposto se encontra no Relatório Substituição Tributária Retido (fls. 24 a 118), tendo anexado cópias do livro Registro de Saída (fls. 924 a 1.452) e livro Registro de Apuração do Imposto - Substituição Tributária (fls. 816 a 830).

Dizem que na conciliação entre os livros fiscais e o relatório do ICMS-ST foram encontradas divergências demonstradas no Relatório de Conciliação entre os livros fiscais e as planilhas por ele elaboradas (fl. 17).

Ressalta que ao reter ICMS-ST de terceiros, destacado nas NF-e como substituto tributário e não ter recolhido aos cofres públicos, configura apropriação indébita.

Esclarecem que a verificação do destaque do ICMS ST nas NF-e (Notas Fiscais Emitidas Eletronicamente) será feita através das chaves encontradas na Relação das Chaves das Notas Fiscais Eletrônica às páginas 653 a 784 no site da Internet no Portal da Nota Fiscal Eletrônica cujo endereço é www.nfe.fazenda.gov.br e que além disso, foram anexadas ao processo (fls. 786 a 791), a impressão das NF-e de nº 203 e 1525 que demonstram a retenção do ICMS ST pelo autuado.

Contestam as alegações defensivas dizendo que o RICMS/BA estabelece no art. 512-A, I, “b” que o Distribuidor de Combustível é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações *internas subsequentes* com AEHC para fins Carburantes, portanto o autuado é responsável pelo recolhimento do imposto da operação subsequente realizada pelo posto revendedor de combustível, apurado fora do conta corrente do ICMS.

Afirmam que como pode ser verificado na escrituração, o contribuinte lança valores da substituição tributária em livro de registro próprio com a denominação de Resumo da Apuração do Imposto - Substituição Tributária (fls. 816 a 830), onde não existem valores de crédito na entrada por se tratar de substituição tributária e que não procede a argumentação do contribuinte de que o ICMS-ST teria sido recolhido por meio da utilização de créditos de ICMS, visto que não é previsto na legislação do imposto (art. 108-A do RICMS/BA), uma vez que o instituto da substituição tributária não permite a utilização de crédito para a quitação de ICMS-ST.

Concluem que a infração 1 não pode ser excluída do AI visto que as alegações do contribuinte fogem do escopo da substituição tributária e não houve recolhimento de ICMS-ST conforme demonstrado no Relatório Listagem de Todos os DAE/GNREs (fls. 551 a 618), onde são lançados todos os pagamentos do contribuinte que foram realizados, no período fiscalizado e feito a correlação desses pagamentos com a respectiva Nota Fiscal Eletrônica.

Quanto à infração 2, afirmam que os créditos fiscais indevido de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, são os resultados dos somatórios mês a mês dos valores pagos do Relatório DAE/GNREs - Antec ST Estados Não Signatários às páginas 119 a 169 com os créditos destacados da Nota Fiscal Eletrônica do Relatório Créditos Antec. ST Estados Signatários (fls. 171 a 175) subtraindo os créditos lançados no livro de RAICMS (fls. 810 a 815).

Informam que estes créditos indevidos estão demonstrados no item 3-A do Relatório de Conciliação entre os Livros Fiscais e os Demonstrativos da Fiscalização (fl.19).

Salientam que o autuado nem tem certeza do que alega, quando diz que pode estar lançado no mês seguinte da operação de pagamentos de Antecipação Parcial realizados no mês anterior, visto que não apresenta nenhum dado que comprove a sua alegação.

Com relação aos créditos da Antecipação Tributária Parcial, utilizaram a metodologia abaixo:

Estados não signatários do Prot. ICMS 17/04: Identificaram os recolhimentos efetuados pelo contribuinte conforme Relatório Listagem de DAE/GNREs (fls. 551 a 618), e posteriormente as Notas Fiscais lançadas no livro de Entrada relacionadas com o respectivo recolhimento conforme Relatório DAE/GNREs – ANTEC. ST ESTADOS NÃO SIGNATÁRIOS (fls. 119 a 169).

Estados signatários do Prot. ICMS 17/04: utilizaram o crédito de ICMS de substituição tributária destacado na Nota Fiscal, como ICMS-ST, no mês que foi escriturada no livro Registro de Entrada. Exemplificam o mês de junho/08 quando adquiriu somente AEHC de Estados não signatários.

1) Total recolhido no mês por data de pagamento, conforme sistema de arrecadação da SEFAZ (Conta Fiscal), relacionados no Relatório Listagem de Todos os DAE/GNRE (551/618).	301.999,75
2) Valores pagos em junho referentes a Notas Fiscais escrituradas no Livro Registro de Entrada no mês de julho	(8.933,73)
3) Notas Fiscais 830 e 831 valores pagos em duplicidade, DAE 801595604/801595565	(3.779,00)
4) Total de crédito apurado	289.287,02
5) O contribuinte escriturou no Livro Registro de Apuração de ICMS com a rubrica de Crédito de Antecipação Parcial que esta em Outros Créditos	295.214,49
6) Diferença objeto da autuação.	5.927,47

Quanto ao mês de outubro/08 apresentaram o demonstrativo relativo aos DAEs recolhidos no mês de setembro com nota fiscal escriturada no mês de outubro e de outubro e escriturada no mês de novembro considerando os recolhimentos referentes às aquisições de estados não signatários:

1. Valor obtido do Relatório Listagem de Todos os DAE/GNREs retirando-se os pagamentos de estados signatários, mês 10	R\$ 590.883,18
2. + (DAE que acompanharam as NF-e do mês 09 e lançadas no mês 10)	R\$ 33.718,64
3. (-) (DAE que acompanharam as NF-e do mês 10 mas lançadas no mês 11)	R\$ 19.316,35
Chegamos ao valor que aparece no Relatório Listagem de Todos os RELATÓRIO: DAE/GNREs - ANTEC. ST ESTADOS NÃO SIGNATÁRIOS, pág. 119 a 169.	R\$ 605.285,47

Com relação aos créditos da Antecipação Parcial relativos às aquisições de Estados signatários foi considerado o somatório do valor do ICMS-ST destacado nas NF-e, de R\$ 51.269,85, de acordo com o Relatório Créditos Antec. ST Estados Signatários (fls. 171 a 175).

A diferença de R\$3.242,28 foi apurada da seguinte maneira:

1) Valor apurado de estados não signatários após a conciliação com NF-e acima;	R\$ 605.285,47
2) Retirado o total de recolhimentos de NF-e não escrituradas no mês e de RELATÓRIO: DAE/GNREs- ANTEC. ST ESTADOS NÃO SIGNATÁRIOS (fls. 119 a 169);	(R\$ 6.462,06)
3) Diminuindo também o total de DAE pagos a maior, conforme esse mesmo relatório;	(R\$ 12.290,00)
4) Soma das antecipações parciais referentes aos estados signatárias, conforme acima;	R\$ 51.269,85
5) Total do crédito apurado para o mês de outubro;	R\$ 637.803,09
6) O contribuinte lançou no Livro de Apuração;	R\$ 641.045,37
7) Diferença demonstrado no Relatório de Conciliação entre os Livros Fiscais e os Demonstrativos de Fiscalização (fls.. 17 a 22).	R\$ 3.242,28

Relativamente à infração 3, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, esclarecem que os valores lançados indevidamente no livro de Registro de Apuração do Imposto (ICMS) (fls. 810 a 815) indica como outros créditos a rubrica Créditos com Debêntures que não tem previsão legal de crédito no RICMS/BA.

Contesta a alegação defensiva de que debêntures é crédito do ICMS podendo ser utilizado na apuração do imposto, considerando que a legislação não prevê utilização de debêntures como crédito fiscal.

Salientam que o lançamento do crédito é de responsabilidade do contribuinte, de acordo com o disposto no art. 89 do RICMS e que tendo adotado a sistemática de utilizar créditos de Debêntures lançando no seu livro RAICMS, em todos os meses do período auditado, repercutiu no seu conta corrente de ICMS nos períodos subseqüentes, gerando crédito acumulado indevido, e consequentemente o não pagamento do imposto, com prejuízos ao Estado.

Afirmam que a argumentação defensiva é inócuia não se sustenta perante a legislação.

No que se referem à infração 04, da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, informam que a nota fiscal eletrônica de nº 3443 de 13/10/08, não houve destaque de ICMS Normal (próprio), com a Base de Cálculo do ICMS Normal no valor de R\$ 6.531,00 e a alíquota de 19%, não tendo também sido lançado no livro de Registro de Saída e consequentemente no livro de RAICMS.

Esclarecem que foi anexado impressão dos dados da Nota Fiscal Eletrônica do Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica do site www.nfe.fazenda.gov.br acostado às fls. 176 a 178.

Quanto à infração 5, relativo à entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, informam que o Relatório Notas Fiscais Não Escrituradas às fls. 179 a 184 estão relacionadas 81 notas fiscais emitidas por fornecedores e destinadas a este contribuinte conforme o site da internet do Portal da Nota Fiscal Eletrônica www.nfe.fazenda.gov.br que não foram escrituradas no livro registro de entrada sendo que 22 destas notas fiscais eletrônica há pagamento de DAE conforme o citado relatório na coluna – Num dos DAE/GNREs.

Com relação às infrações 4 e 5, afirmam que o autuado não apresentou defesa ou fez qualquer referência, portanto, consideram que foram aceitos os levantamos e as infrações apontadas.

Por fim, requerem a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento de ICMS retido; utilização indevida de crédito fiscal; praticado operações tributáveis como não tributável, além da aplicação de multa por ter dado entrada de mercadoria no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal.

Considerando que as infrações 1 e 3, foram defendidas estabelecendo uma conexão entre os fatos que motivaram a acusação do cometimento das mesmas, serão apreciadas conjuntamente.

No tocante à infração 1, o contribuinte foi acusado de reter e não repassar o ICMS-ST ao Estado, tendo o defendente argumentado que ICMS-ST foi recolhido no prazo legal, o que foi contestado pelos autuantes.

Da análise dos elementos contidos no processo verifico que:

- a) Tomando como exemplo o mês de junho/08, os autuantes relacionaram no demonstrativo às fls. 24 a 30, as notas fiscais emitidas de números 2 a 357, apurando R\$219.682,18 de ICMS-ST, enquanto no livro RAICMS-ST (fl. 816) foi escriturado débito do imposto de R\$223.844,74;
- b) O livro RAICMS Normal do mesmo mês (fl. 810) indica saldo credor de R\$477.944,69 inclusive apropriando “crédito de debênture” de R\$433.320,00.

Pelo exposto, constato que não foi juntado ao processo, nem com a defesa qualquer comprovante do pagamento do ICMS-ST relativo ao período fiscalizado (junho a novembro/08). Portanto restou caracterizado que o imposto exigido nesta infração não foi comprovado o seu pagamento.

Quanto ao argumento defensivo de que no encontro do conta corrente foi quitado o tributo ora exigido, não pode ser acatado tendo em vista que as DMAs acostadas às fls. 802/810 indicam apenas o acúmulo de crédito fiscal apurado no regime normal, mas não há qualquer comprovação de ter recolhido o ICMS-ST apurado relativo às vendas de álcool, na condição de contribuinte substituto.

Mesmo admitindo que o contribuinte possuía crédito fiscal acumulado, a sua utilização para pagamento do ICMS-ST a legislação tributária vigente na época da ocorrência dos fatos geradores exigia previa autorização do Secretário da Fazenda (art. 10º do RICMS/BA revogado pelo Dec. 11.167 de 08/08/08) e não foi trazido ao processo qualquer petição ou concessão de autorização de uso do crédito fiscal para pagamento do ICMS-ST. Por isso não acato tal alegação. Infração procedente.

Relativamente à infração 3, na defesa o autuado contestou que não procede a acusação de que utilizou indevidamente crédito fiscal sem a apresentação de documento comprobatório, visto que os créditos utilizados são provenientes de debêntures que foram compensados no débito mensal do ICMS, respaldado em decisão judicial.

Da análise dos elementos contidos no processo, verifico que:

- 1) Conforme resumo de apuração juntado à fl. 810, foi lançado a título de “crédito com debêntures” o valor de R\$433.320,00 tendo procedido o mesmo lançamento nos meses de julho/novembro/08;
- 2) Decisões contidas nos Agravos de Instrumento 8390775100/09 e 6689965400/08 asseguraram a “possibilidade de títulos que possuem liquidez imediata e cotação em bolsa de valores” serem aceitos na execução fiscal/penhora.

Pelo exposto há um equívoco por parte do estabelecimento autuado querer que sejam acatados créditos fiscais relativos à debênture com base na citada decisão judicial. A decisão trazida ao processo estabelece possibilidade de aceitação de debêntures, como valores válidos nas execuções fiscais. Assim sendo, entendo que a decisão do STJ obedece a uma lógica razoável, ou seja, os debêntures por possuírem alta liquidez, se constituem equivalentes a “moeda”, podendo, portanto ser acatado como reforço de penhora, se necessário na execução fiscal.

Entretanto, como regra geral, com base no princípio da não cumulatividade do ICMS o crédito fiscal corresponde ao direito de compensar do débito o valor do imposto pago em operação antecedente. Logo, mesmo que a empresa tivesse adquirido debêntures como anteriormente exposto, tal operação não constitui hipótese de incidência do ICMS, não havendo, portanto, pagamento do imposto e não há qualquer crédito fiscal a ser compensado em operação subsequente.

Além do mais o art. 93 do RICMS/BA estabelece as hipóteses que constituem crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, e não há previsão de crédito fiscal decorrente de operações com debêntures.

Pelo exposto, ao contrário do que foi afirmado, é legítima a glosa dos créditos fiscais efetuados pelos autuantes, lançado a título de “crédito com debêntures” visto que não existe previsão na legislação do ICMS de utilização de crédito fiscal de tal natureza.

Com relação ao pedido para que seja aplicada multa relativa ao crédito fiscal escriturado por entender que não houve efetiva “utilização” do crédito fiscal, verifico que na situação presente:

- a) Para um débito fiscal de R\$416.805,47 gerado no mês de junho/08 (fl. 810) foi lançado “crédito de debêntures” de R\$433.320,00 tendo resultado saldo credor de R\$477.944,69 naquele mês;
- b) No mês de julho/08, o débito fiscal gerado de R\$1.229.574,78 foi compensado do “crédito com debêntures” escriturados no mês de R\$433.320,00 e do saldo credor do período anterior de R\$477.944,69 o qual contém parte do valor de “crédito de debêntures” escriturado no mês anterior de idêntico valor.

c) Nos meses seguintes (agosto, setembro, outubro e novembro) foram utilizados os mesmos procedimentos.

Portanto, ao contrário do que foi afirmado as cópias das páginas do livro RAICMS acostado juntadas ao processo comprovam que os créditos fiscais relativo a operações de entrada com indicação de “créditos com debêntures” foram compensados com os débitos fiscais de ICMS no período fiscalizado, havendo, portanto, repercussão no pagamento do imposto, o que caracterizou a infração apontada de utilização indevida de crédito fiscal. Além do mais, ao escriturar crédito fiscal vinculado a suposta operação (aquisição de debêntures) que não tem amparo na legislação do imposto, o autuado assumiu o risco e a responsabilidade pelo cometimento da infração e a aplicação da multa correspondente. Logo, concluo que deve ser mantida a exigência do imposto decorrente da obrigação principal e também mantida a multa correlata à utilização indevida de crédito fiscal (art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96). Infração procedente.

Relativamente à infração 2, na sua defesa o autuado alegou que quando faz aquisição de produtos fora do Estado, efetua o pagamento do ICMS antecipação parcial com base na data da emissão da nota fiscal e que apropriou corretamente o crédito fiscal.

Verifico que conforme relatório à fl. 19, em relação ao mês de junho/08 os autuantes relacionaram os pagamentos nos demonstrativos juntados às fls. 551/618, ajustando as notas fiscais cujos valores pagos naquele mês, mas lançado no mês seguinte e de valores pagos em duplicidade apurando valor de R\$295.287,02 que comparado com os valores escriturados de R\$295.214,49, o que resultou na diferença lançada a mais de R\$5.297,47.

Da mesma forma, em relação ao mês de outubro, relacionaram os valores pagos no relatório às fls. 151/160 apurando R\$605.285,47 fizeram ajustes que resultaram em R\$586.533,24 (fl. 160) e somaram aos pagamentos de operações com Estados Signatários (fls. 172/173) totalizando R\$51.269,85 e compararam com o total escriturado de R\$641.045,37, o que resultou na diferença de R\$3.242,28.

Pelo exposto, constato que diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização o autuado alegou ter procedido corretamente, mas não juntou qualquer demonstrativo que comprovasse a sua alegação, bem como, não indicou qualquer inconsistência nos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e não tendo feito prova do que foi alegado, deve ser mantida a exigência fiscal na sua integralidade.

Com relação às infrações 4 e 5, observo que apesar do autuado ter argumentado em caráter geral que não houve cometimento de qualquer infração, verifico que na descrição da infração 4 foi indicado que se trata de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, relativo à nota fiscal eletrônica de nº 3443 de 13/10/08, cujo ICMS Normal não foi destacado conforme documento juntado à fl. 176, com base de cálculo R\$ 6.531,00 e ICMS devido de R\$1.240,89 (alíquota de 19%). Portanto, não tendo o autuado comprovado o lançamento e o pagamento do imposto, deve ser mantido o valor exigido na sua integralidade.

Da mesma forma a infração 5, aplica multa relativa à entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Os autuantes juntaram demonstrativo às fls. 178 a 186 relacionando as notas fiscais não escrituradas, cuja cópia foi entregue ao autuado e não tendo contestado quanto à acusação na sua defesa, deve ser admitido como verdadeira a acusação e mantida a multa aplicada na sua totalidade.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298743.0001/09-0, lavrado contra

PETRÓLEO DO VALLE LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.392.504,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.610.330,54 e de 150% sobre 2.782.174,31, previstas no art. 42, II, “a”, VII, “a” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$162.090,93**, prevista no art. 42, IX da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR