

**A. I. Nº** - 207090.0007/10-0  
**AUTUADO** - INOVAPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA CONSUELO PIRES BARROS  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 29.06.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0164-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Ficou demonstrado que a mercadoria foi destinada ao autuado. Infração caracterizada. **b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Foram acolhidas as arguições da defesa de que parte das notas fiscais se encontravam registradas ou foram alvo de erro de numeração. Excluída as notas fiscais lançadas, reduzido o valor exigido, restando o valor reconhecido pelo autuado. Infração parcialmente caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO EM DUPLICIDADE.** Infração caracterizada, reconhecida pelo autuado. **3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO.** Infração caracterizada, reconhecida pelo autuado. **4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO.** Infração caracterizada, reconhecida pelo autuado. **5. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TRANSPORTE.** Demonstrado que o sujeito passivo deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. As arguições levantadas na defesa não descaracterizaram a condição dos prestadores de serviços. Infração caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade e rejeitados os pedidos de diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/09/2010, para reclamar o valor total de R\$49.978,39, concernente a descumprimento de obrigações principais e acessórias, conforme segue:

INFRAÇÃO 01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro da escrita fiscal. Multa no valor de R\$1.728,21.

INFRAÇÃO 02 - deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$13.971,97.

INFRAÇÃO 03 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. ICMS no valor de R\$ 5.219,46. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 - deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários. ICMS no valor de R\$ 1.781,48. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 - recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 1.186,02;. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 06 - deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. ICMS no valor de R\$ 26.091,25. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 1104 a 1105, anexa petição solicitando reabertura do prazo de defesa com o fornecimento da documentação que fundamentou a autuação.

A autuante, às fls. 118, fornece ao autuado todos os documentos solicitados, bem como a devolução dos documentos arrecadados, reabrindo o prazo de devesa em 30 dias a partir de 03/11/2010.

O autuado, às fls. 1130 a 1143, apresenta defesa argüindo que a única atividade exercida era a industrialização de embalagens plásticas.

Afirma reconhecer seu equívoco material no tocante a parte das infrações 01 e 02, e na totalidade das infrações 03, 04 e 05, tendo providenciado, imediatamente o recolhimento do Imposto apurado pelo Digno Auditor Fiscal, como faz prova com a juntada do DARF correspondente (Doc. 02).

Alinha que não procede parte das infrações 01, 02 e a infração 06, razão pela qual passa à defesa.

Quanto à Infração 01, a autuada afirma, peremptoriamente, que não adquiriu as mercadorias constantes das NF's 255919, 255904, 255881 e 25587, da POLITENO, arroladas pelo respeitável Auditor atuante. Declara que desconhece a origem das operações refletidas nos aludidos documentos fiscais, provavelmente efetuadas com outras empresas, utilizando-se da razão social da autuada.

Afirma que não emitiu qualquer cheque para liquidar o débito comercial gerado pelas aludidas NF's, bem como não recebeu as mercadorias a que se referem e dentre as inúmeras e constantes aquisições de produtos da Politeno, por parte da Inovaplast, as NF's que constam da Infração 255919, 255904, 255881 e 25587, são as únicas Notas Fiscais emitidas em 2006 e 2007 com diferimento do ICMS. Todas as demais aquisições desse período foram tributadas pelo imposto.

Diante desse contexto, entende que há de se perquirir, necessariamente, quem recebeu tais mercadorias, como foram transportadas, e como foram quitados, financeiramente os débitos gerados pelas respectivas operações.

Afirma que não participou de tais operações, e as suspeitas afloradas pelas sobreditas circunstâncias, não permite que conclua, precipitadamente, de que a Inovaplast não registrou as mercadorias em seus livros em decorrência de falhas de sua responsabilidade.

Argui restar concluir que o erro de escrituração das Notas fiscais supramencionadas não implicou, em nenhuma hipótese, na falta de recolhimento do ICMS devido, quando fica evidente que o que existiu foi mero erro de digitação.

Aduz que só uma diligência junto à Politeno, *in loco*, poderia esclarecer devidamente dos fatos, que, com certeza, não envolvem a responsabilidade da Inovaplast. São indícios de que a operação possa estar maculada de vícios que devem ser melhor investigados pela SEFAZ.

Consigna que já foram solicitados, informalmente, os canhotos das NF's não se obtendo sucesso. Afirma reiterar, junto a outros Administradores de maior nível hierárquico, e no caso de não se

conseguir acesso ao nome das pessoas que receberam as mercadorias, e quem quitou a dívida, estar-se-á formalizando pedido de fornecimento de informações, ainda extrajudicialmente, junto a Diretoria da Politen, com o fito de esclarecer tudo a respeito.

Ressalta dois aspectos primordiais que a questão enseja: primeiro só o Fisco possui capacidade legal e instrumental para empreender a pesquisa, *in loco*, dos elementos que podem confirmar a veracidade dos fatos imputados à Inovaplast, pois, na fase que precede o lançamento de ofício, a fiscalização age sob a proteção do Princípio Inquisitivo, podendo atuar com plena competência e capacidade na investigação das circunstâncias matérias que motivaram a infração; segundo, a Fazenda conta com a presunção de legalidade e legitimidade de seus Atos, mas esta não é absoluta, é *iuris tamtum*, isto é, a Fazenda tem o dever-poder legal de, ao ser questionada, provar os fatos e o direito que respaldaram o lançamento tributário, principalmente por serem atos administrativos vinculados (art. 142 do CTN); estão, portanto, subsumidos, entre outros, ao Princípio da Estrita Legalidade e da Verdade Material, inabaláveis no Direito Tributário.

Destaca que o fato de a Politen ser contumaz fornecedora de matéria-prima à autuada, mesmo que existam materialmente as NF's estas não estavam de posse da Inovaplast, mas foram coletadas pelo Auditor unilateralmente junto à emissora de tais documentos, sem qualquer prova direta quanto ao conhecimento da autuada.

Complementa que a mera apresentação unilateral de NF's, fornecidas à fiscalização pela Politen, não autoriza concluir-se pela definitividade da infração, principalmente diante dos fortes e motivados protestos da autuada.

Reafirma que não recebeu as mercadorias objeto das NF's que motivaram esta infração, bem como não efetuou qualquer pagamento à Politen, inexistindo, portanto, a contraprestação que diluiria as dúvidas suscitadas nesta defesa e só através de uma Diligência mais cuidadosa junto à Politen, se conseguirá provar, indelevelmente, quem recebeu as mercadorias, quem as transportou (Conhecimento de Frete), e como foi paga a dívida decorrente da operação comercial.

Pede que seja determinada a indispensável diligência com o fito de esclarecer definitivamente os fatos, evitando-se desdobramentos impertinentes e indesejáveis para todos.

No tocante à Infração 02, aduz que a empresa autuada deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro da escrita fiscal. Acrescenta também que tendo sido devidamente intimado, o contribuinte deixou de apresentar a comprovação de escrituração das Notas Fiscais referidas.

Aponta, de início, duas falhas que maculam a Infração 02: a primeira: refere-se às NF's 245299 e 26830, houve falha nos serviços de digitação da empresa Inovaplast, tendo sido lançadas com equívocos numéricos tais Notas Fiscais; a dois: que as NF's 6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726, (exercício de 2006) e 396175 (exercício de 2007) estão devidamente escrituradas, conforme será demonstrado abaixo.

A Autuada esclarece que se descuidou deste aspecto meramente formal, pois, no que tange as NF's. 245299 e 268308, houve apenas falhas administrativas quando da digitação de tais documentos, tendo tais Notas sido escrituradas equivocadamente sob os n.ºs. 255299 e 263308 respectivamente, conforme verificação do Livro de Registro de Entradas (Doc. 03).

Alinha que, como pode ser facilmente comprovado, por meio de diligência, junto à empresa fornecedora da matéria prima, que emitiu as respectivas NF's, inexistem Notas emitidas à INOVAPLAST com numerações de 255299 e 263308, o que demonstra ter sido mero erro de digitação os fatos narrados.

Aduz que no primeiro caso, NF 245299, o setor responsável pela contabilidade da empresa, em simples deslize gráfico, trocou o segundo número da referida NF – “4” – substituindo-o pelo n.º “5”,

gerando, equivocadamente, o nº de NF 255299. No segundo caso (NF 268308), com idêntico fundo fático, o responsável por tais serviços gráficos, também, em mero erro de grafia, trocou o nº “8” pelo nº “3” dando origem à inexistente NF 263308.

Destaca que há perfeita identidade entre os itens constantes nas NF’s 245299 e 268308 e aqueles escriturados sob numerações equivocadas, o que demonstra ter havido inequivocadamente apenas falhas administrativas no tocante à digitação de tais Notas Fiscais.

Apresenta a tabela abaixo:

NF	DATA	CFOP	TOTAL	BASE_ICMS	ALI_ICMS	VL_ICMS
255299	17/02/2006	1101	13.366,80	13.366,80	17%	2272,36
255299	17/02/2006	1101	13.366,80	13.366,80	17%	2272,36
255299	17/02/2006	1101	32.055,80	32.055,80	17%	5449,49
			58.789,40	58.789,40		9994,21
263308	17/01/2007	1101	21.803,10	21.803,10	17%	3.706,53
263308	17/01/2007	1101	28.729,25	28.729,25	17%	4.883,97
			50.532,35	50.532,35		8.590,50

Aponta a perfeita consonância entre os itens escriturados pela empresa Inovaplast e as NF’s fornecidas pela empresa emitente, essas últimas, segundo ele, com a numeração correta, constata que houve apenas meras falhas administrativas do controle interno da empresa, em especiais de digitação, tendo sido lançados e devidamente recolhidos os tributos, em especial o ICMS.

Apresenta Acórdão: 5.510/99, proferido pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, que ressalta a necessidade da busca da verdade material.

Requer a insubsistência da autuação no que se refere a tais NFs e caso entendam ser indispensável Diligência junto à empresa emitente das respectivas Notas Fiscais, com o fito de constatar as alegações da Impugnante, no sentido de que inexistem NF’s lançadas com os números escriturados equivocadamente pela empresa autuada, ou, se existentes tais Notas, deverão estar em nome de comprador diverso da autuada, que seja deferido tal pedido.

No que diz respeito às NF’s 6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726, (exercício de 2006) e 396175 (exercício de 2007), registra, de início, que estas estão devidamente escrituradas, como pode ser facilmente constatado (Doc. 04).

Aduz que, da análise dos dados constantes do Auto Infração, em especial da Infração 02, constatou-se que 17 Notas Fiscais que compõem a Infração estão devidamente escrituradas, não havendo que se falar, portanto, em afronta ao art. 322 do RICMS.

Afirma que a autuante se equivocou quanto aos itens de alguns dos referidos documentos, conforme se verifica nas Notas Fiscais anexas à presente.

Esclarece que a impugnante discrimina na tabela abaixo as NF’s. devidamente escrituradas e os respectivos valores devidos e devidamente recolhidos:

NF	DATA	CFO P	TOTAL	BC_ICM S	ALI_ICMS	VL_ICMS
6451	7/4/2006	1556	256,56	256,56	17%	43,61
6538	26/4/2006	1556	54,00	54,00	17%	9,18
78459	26/4/2006	2101	2.937,60	2.937,60	7%	205,63
6574	28/4/2006	1556	1.200,00	1.200,00	17%	204,00
8999	15/5/2006	1556	667,50	0,00	0%	0,00
8999	15/5/2006	1556	59,50	56,47	17%	9,60
7061	20/7/2006	1556	108,96	108,96	17%	18,52

90647	13/9/2006	2101	916,32	916,32	7%	64,14
90726	13/9/2006	2101	2.937,60	2.937,60	7%	205,63
396175	28/12/2007	2101	800,00	800,00	7%	56,00

Conclui que, pelos dados apresentados e documentos colacionados a esta defesa administrativa, a ilustre auditora fiscal incorreu em diversas falhas na elaboração do Anexo referente à presente infração.

Destaca o quadro sintético do Levantamento Fiscal, em que a autuante, de forma arbitrária, listou como não escrituradas as referidas NF's., tendo o feito de forma indevida e utilizado valores diversos dos devidos, em total desobediência à técnica contábil e à legislação de regência.

Ressalta a inviabilidade da cobrança “*bis in idem*” dos valores já devidamente recolhidos referentes às NF's 6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726 e 396175.

Em face dos argumentos, requer que seja declarada a insubsistência desta autuação, para que seja excluído do valor da mesma, o montante correspondente às NF's 6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726 e 396175 por inexistência de infração nos termos supramencionados, uma vez que as referidas Notas Fiscais estão devidamente escrituradas.

Quanto à infração 06 aduz que é completamente improcedente, haja vista as ilegalidades que permeiam a constituição da sua base de cálculo.

Assegura que estará demonstrado que a base de cálculo utilizada para a apuração do *quantum* supostamente devido pelo contribuinte é indevida.

Entende que o lançamento, ora guerreado, está comprometido por inúmeras ilegalidades, devendo ser declarado pelos Julgadores como nulo de pleno direito, uma vez que, consoante comunga a doutrina e jurisprudência pátria, a base de cálculo deve ser apurada perfeitamente pelas autoridades administrativas, em conformidade com o art. 142 do Código Tributário Nacional, para que a exação possa ser legalmente exigida.

Alinha ensinamentos do jurista Ives Martins, para entender que os quatro aspectos mencionados pelo artigo 142 do CTN, são de exclusiva responsabilidade do sujeito ativo da relação tributária. E de mais ninguém: deve determinar, de forma clara e nítida, respeitados os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal, o sujeito ativo.

Argumenta que, conforme estabelece o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal na Bahia, serão nulos os lançamentos de ofício que não contiver os elementos necessários para determinar com segurança a apuração do valor da exação supostamente devida, *in verbis*:

*Art. 18. São nulos:*

*(...)*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

*§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado*

*causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.*

Entende ser nula a infração 06, haja vista que as incorreções que serão apontadas a seguir obstem completamente a possibilidade de determinar o valor do montante a ser exigido, gerando, inexoravelmente, a nulidade da autuação em epígrafe.

Aduz que, analisado a planilha de levantamento fiscal anexo à autuação em epígrafe, fora constatada pela contribuinte que algumas das notas lançadas como de transporte de pessoal foram manejadas incorretamente.

Aduz que algumas das notas utilizadas para compor a tributação exigida em virtude do transporte dos funcionários da empresa, na verdade foram notas fiscais emitidas em virtude de serviços prestados à empresa, que não estão sujeitas a incidência do tributo em questão. a nota fiscal nº. 1094 – que foi lançada como de transporte de pessoal – foi, na realidade, emitida pela QUEFREN consultoria e representações, a título de comissão sobre vendas.

Argui que houve mera falha administrativa quando da inclusão indevida de notas emitidas pela prestação de serviço referente às despesas com viagens, como também em face de comissão sobre vendas. Essas atividades não podem compor a base de cálculo do ICMS, haja vista que se enquadram como fato gerador do ISS.

Consigna que o mesmo ocorreu com as NF 208, 264, 266 e 155, que não podem compor a base de cálculo para a apuração desse suposto débito, posto que foram emitidas por empresas em decorrência do serviço prestado à contribuinte que não correspondem à circulação de mercadoria ou pessoas, insuscetíveis de tributação via ICMS.

Anui que, como não houve o fato gerador do ICMS, no que tange as notas em questão, posto se tratar de prestação de serviço sujeitas à incidência do ISS, não há que se cogitar a tributação em questão.

Afirma que um breve descuido cometido pela empresa ocasionou a inclusão indevidamente de notas fiscais que não podem compor a base de cálculo utilizada para apurar o suposto débito e nessa esteira, resta demonstrado um dos equívocos ocorridos na apuração do montante supostamente devido, que deflagram na inevitável anulação do presente auto de infração.

Entende que, conforme já expandido acima, trata-se de regime de tributação previsto no art. 380, II, c/c com o art. 382 do RICMS-BA, em que a Autuada tem o dever legal de substituir a Contribuinte, Transportadora, no cumprimento da obrigação principal.

Aponta que o tomador do serviço de transporte tem o dever de reter o ICMS, por antecipação, e recolhe-lo, assumindo a condição de Sujeito Passivo por substituição, no lugar da empresa Transportadora que pratica o fato-espécie de incidência do ICMS e percebe os rendimentos.

Entende que, conforme dispõe o inciso III do art. 382 do RICMS-BA, inexistirá a responsabilidade de reter o referido tributo quando a empresa prestadora do serviço for inscrita na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional e neste caso, a empresa tomadora do serviço fica sub-rogada na sua obrigação de pagar o ICMS, por parte das Transportadoras que, por força de norma legal tem o dever de recolher o tributo devido.

Aduz que, sendo a empresa ARA – Agência de Transporte e Turismo Rodoviário Intermunicipal e Interestadual Alternativo Ltda - microempresa optante pelo Simples Nacional (Doc. 06), sobre ela recai o dever de recolher o ICMS devido nas operações de transporte de pessoas, inexistindo qualquer dever da autuada em recolher a referida exação.

Argumenta que, se o julgador entender necessária a comprovação dos recolhimentos de ICMS gerados nas operações com a Autuada, que determine a Intimação da Transportadora ARA para que apresente tal demonstração e tal pleito se justifica pelo poder/dever que tem o Estado de

exigir todos os documentos fiscais e contábeis de seus Contribuintes, contando com seu aparato de agentes fiscais e instrumentos legais de coerção, não dispostos pela Autuada.

Por derradeiro, requer que seja anulada a presente infração, uma vez que a norma utilizada para embasar a presente autuação não foi descumprida.

Alega que a Constituição Federal de 1988, ao instituir as hipóteses de incidência do ICMS em seu art. 155, II, determinou, entre uma de suas possibilidades, a incidência do referido imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal. Conclui que, nesse sentido, da exegese do artigo supracitado, constitui fato gerador do ICMS o serviço de transporte interestadual ou intermunicipal de pessoas e mercadorias.

Afirma disponibilizar para seus empregados o transporte diário de suas respectivas residências à sede da empresa cuja localização encontra-se no município de Simões Filho – Bahia.

Complementa que a empresa autuada vale-se dos serviços de transporte das empresas Sat – Serviços e Agência de Transportes Turismo Ltda., Debora Sueli Rocha e Ara Agência de Transportes e Turismo Intermunicipal Ltda. e Triângulo turismo Ltda. (Doc. 07).

Esclarece que, dentre o total de empregados que utilizam tal transporte, apenas parte deles reside fora do município em que se localiza a empresa Autuada.

Alinha que apenas o transporte interestadual e intermunicipal sofre tributação, inexistindo exação a ser recolhida quando o transporte de pessoal ocorrer dentro do próprio município de Simões Filho, como resta demonstrado no caso *sub examine*.

Entende denotar-se pela tabela juntada pela Auditora, anexa ao respectivo Auto de Infração, que para apurar o quantum supostamente devido pelo contribuinte, fora utilizado como base de cálculo as Notas Fiscais emitidas pelas empresas prestadoras do serviço de transporte.

Frisa que tal base de cálculo apurada pelo ente autuante é indevida, uma vez que os valores apurados pelas transportadoras levam em conta o número total de funcionários transportados e seus respectivos destinos.

Para comprovar o quanto alegado, afirma encontrar-se anexos os demonstrativos necessários, juntamente com o levantamento de dados dos funcionários transportados, com seus respectivos endereços e quando utilizaram os serviços mencionados (Doc. 08), que comprovam, inexoravelmente, que parte dos empregados residem no município de Salvador, bem como parte reside no município de Simões Filho.

Conclui que a referida autuação está maculada de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, haja vista ter incluído como fato gerador do ICMS o transporte intramunicipal, ou seja, aquele iniciado e terminado dentro do próprio município de Simões Filho.

Aduz que, com base no Decreto nº 7.629 de 1999 é imprescindível a anulação do auto de infração em tela, uma vez que torna-se impossível determinar com precisão o valor do montante supostamente devido pelo contribuinte, haja vista que a base de cálculo utilizada pela autoridade administrativa corresponde a uma miscelânea de equívocos, que infringe incontestavelmente a legislação em vigor e macula de vício insanável a presente infração.

Por essas razões, entende que é inconteste a necessidade de ser anulada a presente infração, posto que a Auditora utilizou uma base de cálculo indevida, a qual não pode e não deve ser aplicada na apuração da referida exação.

Requer diligência *in loco* para que se apure todas as informações necessárias, a fim de ser retirado da base de cálculo do imposto cobrado, o total correspondente ao serviço de transporte ocorrido dentro do próprio município de Simões Filho, bem como todos os valores que foram incluídos indevidamente.

Pede que seja julgada procedente a presente impugnação, pela nulidade no mérito de parte das infrações 01 e 02 e na totalidade da infração 06 com a conseqüente anulação da parte impugnada do auto de infração em exame.

Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

A autuante, às fls. 1244 a 1247 dos autos, apresenta informação fiscal argüindo entre as folhas 1118 e 1120 deste processo, reconhecendo o direito do contribuinte à ampla defesa, e mediante a comprovação de devolução de todos os documentos fiscais arrecadados – exercícios de 2006 e 2007, tudo mediante ciência do contribuinte, foi reaberto o prazo de 30 dias da defesa e no prazo legal, vide folhas 1122 a 1128, contribuinte conhece a procedência parcial do Auto de Infração examinado e requer o pagamento parcial das infrações 01 e 02 e o pagamento total das infrações 03, 04 e 05. Comprovante do recolhimento constante da folha 1159 deste processo.

Afirma que o contribuinte, no prazo defensivo, vide folhas 1129 a 1242, insurge-se quanto às infrações 01 e 02, não reconhecidas na sua totalidade, e quanto à infração 06.

Aduz que ficam mantidas, em todos os seus termos e valores as infrações 03, 04 e 05 do Auto de Infração lavrado, reconhecidas totalmente pelo contribuinte.

Quanto à infração 01 e em relação à argüição de que não adquiriu as mercadorias constantes das NF 255919 (vide folha 75), 255904 (vide folha 76), 255881 (vide folha 77) e 255877 (vide folha 78), todas emitidas em 20/07/06, pela Politenio Ind. e Comércio Ltda. – IE.: 01.375.752, e requer a realização de Diligência. Esclarece, entretanto que a ausência do binômio necessidade / utilidade, nos termos dos artigos 150, I, 145 e 147, I, a do Dec. 7629 / 99 – RPAF, inviabiliza o atendimento do seu pedido.

Para que não restassem dúvidas sobre a ocorrência de tais operações, afirma ter intimado a Braskem S/A (sucessora por incorporação da Politenio Ind e Com Ltda), que apresentou os documentos requisitados (vide folhas 1248 a 1252 em anexo). As mercadorias foram vendidas pela Politenio, faturadas para a Cata Nordeste SA IE 12.2112.878, para serem entregues a Inovaplast (empresa autuada). Não foram operações fantasmas. As NF anexadas e a explicação da Braskem comprovam. E, segundo ele, conforme consta da autuação, não foram lançadas na escrita fiscal do contribuinte, conforme requerem os art. 322, I, II, e 651 e 652 do Dec. 6284 / 97 - RICMS. Afirma que o contribuinte teve o prazo de 10 dias para sobre os documentos anexados se manifestar, conforme o art. 18 do RPAF.

Aduz que a infração 01 fica mantida em todos os seus termos e valores.

Infração 02 do Auto de Infração lavrado, argui que conforme consta das folhas 88 a 92 deste processo, o contribuinte foi intimado a informar em que Livro e folhas as NF elencadas estariam escrituradas, entretanto deixou de fazê-lo.

Argumenta que a defesa, vide folha 1134 a 1136, alega falha nos serviços de digitação da Inovaplast, em relação às NF 245299 (correto 255299) e 263308 (correto 268308) e a seguir, alega que, inobstante ter sido intimado e não ter apresentado a informação requerida, algumas NF (6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726 e 396175) estão escrituradas. E junta à comprovação entre as folhas 1168 e 1184 deste processo.

Esclarece que, conforme o art. 89 do Dec. 6284 / 97 – ICMS, o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte e o preposto fiscal não tem responsabilidade sobre as falhas de digitação da autuada, ou ante a omissão de cumprimento de intimação fiscal. Entretanto, afirma a autuante, preservando a verdade material, acata integralmente a insubordinação do contribuinte (vide folha 1126 – Infração 02) refazendo o demonstrativo das

folhas 69 e 70 deste Auto de Infração, oferecendo-o ao contribuinte, no prazo de 10 dias – do art. 18 do RPAF, para que sobre ele o contribuinte se manifeste, querendo.

No que se refere à infração 06 do Auto de Infração lavrado, deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à prestação de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, afirma que nos exercícios de 2006 e 2007 – contribuinte regularmente intimado (vide folhas 21 a 23 e 50, 51 e 54 deste processo) a apresentar contrato de aquisição de serviço de transporte de pessoas (funcionários), intermunicipal, deixou de fazê-lo e do exame do seu Livro Razão (2006 e 2007), detectou-se o pagamento das referidas prestações.

Consigna que, do exame das NF escrituradas e dos LREntradas nº 04 e 05 da autuada, não se detectou NF ou lançamento referente a tal prestação de serviço, que é tributada, conforme art. 1, parágrafo 2, VI c/c 3, I, 50, I, 66, I, a, 352, parágrafo 2, V, art. 125, IV, a, 1, 380 I, 382, I, b, todos os dispositivos citados do Dec. 6284 / 97.

Acrescenta que, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Falta de Recolhimento do ICMS sobre serviço de Transporte de pessoal (vide folha 184 deste processo). Xerox do Livro Razão 2006 e 2007 em anexo (vide folhas 185 a 190 deste processo).

Aduz que o autuado, à fl. 1140, informa que por duas vezes houve falha administrativa nos lançamentos no Livro Razão, e afirma que a empresa cometeu “breve descuido, que ocasionou a inclusão indevidamente de Notas Fiscais que não podem compor a base de cálculo para apurar o suposto débito” e entre as folhas 1185 e 1141, junta elementos que supõem serem impeditivos da infração autuada. Entende que são levantamentos apócrifos e sem apresentação das Notas Fiscais que menciona. Não concorda que sejam levados em consideração, desacreditando os Livros Razão apresentados pela empresa à fiscalização.

Informa que as empresas SAT (vide folha 1190 e 1191), Débora Sueli Rocha (vide folhas 1192 a 1195), e Triângulo Turismo Ltda (vide folha 1197 a 1199) não possuem Inscrição Estadual (estariam portanto corretamente enquadradas na tipificação legal). Acrescenta que a empresa ARA (vide folhas 1188 e 1196 seria microempresa e participante do simples nacional). Questiona: “Onde estão as NF impeditivas da infração autuada?”.

Volta a repetir que inicialmente, conforme constante do art. 89 do Dec. 6284 / 97 – ICMS, o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte (grifos meus) e o preposto fiscal não tem responsabilidade sobre as falhas de digitação da autuada, ou ante a omissão de cumprimento de intimação fiscal.

A seguir aproveita o próprio art. 18, parágrafo 2 do RPAF, transcrito pela autuada na folha 1139 deste processo, entendendo frustrar o pedido de nulidade desta infração, quando informa que não se declarará a nulidade em prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa.

Afirma que o RPAF – Dec. 7629 / 99, em seu art. 143, esclarece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e seu art. 142, acrescenta que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Infração 06 examinada mantida em todos os seus termos e valores.

Pede a procedência em parte do Auto de Infração.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 1275 a 1282 dos autos, afirmando que a impugnação versou sobre parte das Infrações 01 e 02 e a totalidade da Infração 06. Portanto, a empresa reconheceu integralmente as Infrações 03, 04 e 05, bem como a parte não contestada do valor das infrações 01 e 02, procedendo aos respectivos recolhimentos conforme DARF's juntados em sua exordial.

Alinha que a Informação Fiscal aceitou a defesa da impugnante quanto à infração 02 (contestação parcial) e não aceitou os argumentos apresentados quanto ao valor parcial da infração 01 e a totalidade da infração 06.

Nesta esteira, afirma que como os DARF's quitam a parte não impugnada da infração 02, a lide tem seguimento apenas quanto às infrações 01 (parcial) e 06 (integral).

Relata que, na Infração 01, a autuada afirma que não teria registrado em sua escrita fiscal as entradas não tributadas de mercadorias constantes de NF's 255.919, 255.904, 255.881 e 255.877 (Doc. 02), emitidas pela Politenó.

Em sua defesa a impugnante lembra ter afirmado que desconhecia a origem das operações com Politenó refletidas nessas NF's e solicitou Diligência "in loco" para esclarecer os fatos, eis que a Auditora apenas apresentou frágeis indícios, mas não fechou todas as evidências que lhe eram acessíveis, e necessárias, para consubstanciar a acusação perpetrada no Auto de Infração.

Entende que faltou a Fazenda Pública identificar quem recebeu as mercadorias, conforme as assinaturas constantes dos canhotos das NF's, os conhecimentos de transporte para certificar-se do destino real dos produtos, de quem eram os créditos financeiros que quitaram tais aquisições, conforme avisos emitidos pelo Banto Itaú, e os próprios livros contábeis e fiscais da Politenó.

Argumenta que, mesmo ter a Inovaplast afirmado, "*peremptoriamente, que não adquiriu as mercadorias constantes das NF's...*" e não as conhecia, bem como não pagou as faturas decorrentes das referidas operações, etc, a Auditora Fiscal não averiguou tais elementos, únicos que dariam a certeza das ilicitudes perpetradas no AI.

Ademais, pode-se afirmar, com plena convicção, que todas as aquisições da Inovaplast junto a Politenó estão sujeitas ao ICMS na origem e os recebimentos para industrialização de mercadorias remetidas por terceiros são submetidas a controle interno detalhado.

Assegura quanto a esses controles internos a manifestante junta à presente NF's de 2006 (período abrangido pelo Auto de Infração) e respectivo demonstrativo interno dos recebimentos de mercadorias para industrialização por conta e ordem da Cata Nordeste, que evidenciam, com nitidez, o rigoroso acompanhamento de cada operação de produtos remetidos diretamente pela Politenó. Afirma que pelo demonstrativo e cópias "xerox" das NF's anexadas, não estão inseridas as NF's objeto da autuação em debate (Doc. 03), o que, de certa forma, induz a que a Inovaplast não teve acesso, nem conhecimento sobre elas.

Arguiu, também, na Impugnação, que mesmo em se tratando da Brasken, companhia integrante de grande grupo empresarial, esta não estaria isenta da "*possibilidade*" de condutas ilícitas de iniciativa unipessoal de seus funcionários, já que a Inovaplast, uma vez atuada, estava sendo acusada de omissão de registro de NF's que jamais teve acesso e cujas operações não foram contratadas com a Politenó.

Aduz que novos elementos adicionados trazidos pela autuante, inclusive o pagamento das faturas com créditos do Banco Itaú (a Inovaplast jamais teve conta no Itaú) são, ainda, insuficientes para a comprovação de qualquer conduta ilícita da autuada.

Entende que o Agente Fiscal se equivoca, mais uma vez, traçando ilações precipitadas, lastreadas em uma simples declaração inconclusiva da Brasken. Persiste em concluir, aprioristicamente, sem buscar a verdade material, isto é, em desobediência a um dos mais basilares e decantados princípios do Direito Tributário. A Auditora não questionou a Politenó sobre as assinaturas nos canhotos das NF's, sobre os Conhecimentos de Transporte, etc. Nem procurou averiguar junto à Cata Nordeste.

Entende ter ficado comprovado que quem contratou e pagou a Politenó foi a Cata Nordeste e não a Inovaplast, o que, em parte, já indica a fragilidade da acusação, eis que isto não prova o acesso da Inovaplast às NF's, e muito menos sua obrigação de lançar nos Livros Fiscais.

Observa, também, que a autuante sequer se deu conta de que se o destino das mercadorias fosse a Inovaplast, as NF's da Politenó estariam irregulares, não refletindo operações de faturamentos para entrega a terceiros.

Argumenta que, desta forma, se fosse correta a conclusão da nobre Agente Fiscal, as NF's da Politenó, apresentadas pela Auditora autuante, estariam incorretas, pois no momento, identificadas com o CFOP 5.101 – “Vendas de Produção do Estabelecimento”, e sem observação no corpo das NF's exigida pelo art. 620, I, alínea ‘a’, do RICMS/BA, não correspondem a “mercadorias remetidas por conta e ordem” da Cata Nordeste (adquirente da Politenó).

Neste caso, assegura que o CFOP deveria ser o 5.924 – “*Remessa para Industrialização por Conta e Ordem do Adquirente da Mercadoria, Quando Esta não Transitar pelo Estabelecimento do Adquirente*” e não 5.101 – “*Venda de Produção do Estabelecimento*”, como consta nas NF's em comento. Além disso, como já se disse, o art. 620 do RICMS exige a observação no corpo da NF da Politenó, qualificando a Inovaplast, e a natureza da operação.

Afirma, de forma ilustrativa, que as NF's da Politenó e Cata (Doc. 04 – NF's 254670 e 036226 – Politenó e Cata, respectivamente), que ora de anexa, referente a operações em que as mercadorias são remetidas diretamente para a Inovaplast, sem transitar pelo estabelecimento da Cata, seguem a risca o RICMS, cumprindo as exigências analisadas acima, o que, mais uma vez, apresenta-se como novo forte indício de que as acusações da autuante são destituídas de qualquer razão.

Resume que a Informação Fiscal e as declarações e documentos apresentados pela Brasken, tão somente indicam, unilateralmente, e por meio de mera conjectura, que a CATA adquiriu as mercadorias da Politenó para entrega à Inovaplast, isto é, para industrialização por conta e ordem da adquirente, mas não comprova a entrega direta dos produtos à Inovaplast.

Argumenta que apesar da insuficiência e insustentável acusação no AI, a Inovaplast, agora, com os novos dados ventilados na Informação Fiscal, e fazendo o papel que deveria ser desempenhado pelo Estado, tomou a iniciativa de pesquisar mais detalhadamente seus registros fiscais, tendo conseguido identificar algumas NF's emitidas pela Cata Nordeste – NF's nºs 036376, 036377, 036378 e 036393 (Doc. 02), destinadas à industrialização na Inovaplast, que guardam perfeita identidade em valor, descrição e quantidade das mercadorias grafadas nas NF's emitidas pela Politenó (NF's nºs 255.919, 255.904, 255.881 e 255.877), bem assim, datas próximas às das respectivas remessas da Politenó.

Destaca que, devido à sobredita coincidência dos valores e quantidades, e proximidade de datas, a Inovaplast entende que estas NF's pesquisadas em seus arquivos devam se referir àquelas aquisições ventiladas no Auto de Infração, da Cata junto à Politenó. Poderia, por hipótese mais provável, terem sido remetidas diretamente à adquirente - Cata, ou, ainda, através de conduta atípica, a Cata as tenha retido, e emitido, em substituição/sobreposição às NF's da Politenó, suas próprias NF's para acompanhar as mercadorias enviadas para industrialização na Inovaplast.

Complementa que as NF's emitidas pela Cata, tendo como destinatário a Inovaplast, não têm o condão de, absolutamente, fundamentar a acusação do Auto de Infração. Muito pelo contrário, estas NF's da Cata foram devidamente registradas nos Livros Fiscais da Inovaplast, bem como os respectivos retornos de industrialização, que são, repita-se, rigorosamente controlados internamente pela autuada, com o fito de cumprir com o máximo de precisão as exigências legais.

Pede que à Cata Nordeste envie cópias xerox dos canhotos que identifiquem quem recebeu as mercadorias da NF's da Politenó citadas no Auto de Infração (e-mail - Doc. 05), com o fito de

esclarecer que não teve acesso a tais documentos, mas tão somente aos emitidos pela Cata, tendo operado os devidos registros fiscais quanto a estas últimas.

Aduz não ter competência para investigar a Cata e ainda que fossem verdadeiras as indicações da Informação Fiscal, o fato de as NF's da Politenó não terem sido lançadas nos Livros Fiscais, não autoriza que se afirme que as entradas das mercadorias não foram registradas. As sobreditas NF's da Cata Nordeste (Doc. 02), associadas por analogia às NF's da atuação, comprovam a lisura da conduta de ambas as empresas – Cata e Inovaplast - que, em hipótese alguma, se beneficiaram ou colaboraram com qualquer benefício ilegal de terceiros, mediante a omissão de informações de qualquer ordem.

Afirma que, se as novas NF's emitidas pela Cata, ora apresentadas (Doc. 02) corresponderem, realmente, às suas aquisições das NF's elencadas no Auto de Infração, certamente a descrição dos fatos e a tipificação da infração são insustentáveis, eis que as mercadorias realmente teriam dado entrada no estabelecimento sem ICMS, mas o registro fiscal destas entradas foram devidamente grafados os Livros Fiscais da Inovaplast por meio do lançamento das NF's emitidas diretamente pela Cata Nordeste. Da mesma forma, foram as NF's de retorno dos produtos resultantes da industrialização procedida pela Inovaplast. Tudo conforme determina o RICMS.

Considera que diante disso é notoriamente insubsistente o Auto de Infração, devendo ser anulada a Infração 01, lavrada sem qualquer certeza dos fatos. Caso assim não entendam, é indeclinável a necessidade de se converter o PAF em diligência, *in loco*, na Politenó e na Cata, por Agente estranho ao feito, com o fito de esclarecer se as mercadorias das NF's indicadas no Auto de Infração, foram remetidas diretamente à Inovaplast, bem como se o foram através das NF's emitidas diretamente pela Cata, ora apensadas (Doc. 02), desvinculadas documentalmente das aquisições da Politenó, e que deram cobertura às operações de industrialização por parte da Inovaplast, por conta e ordem da Cata Nordeste, todas devidamente registradas em seus Livros Fiscais.

Quanto à infração 06, a contribuinte teria deixado de reter e recolher, como substituta, o ICMS sobre serviços de transporte efetuados por empresas transportadoras não inscritas no Estado e autônomos.

Afirma que é pleiteada a anulação da infração em função dos vários equívocos da Agente Fiscal, erro de fato e de direito, na determinação da base de cálculo. Arguiu-se que no lançamento de ofício o Sujeito Ativo deve apresentar a base de cálculo com exatidão com lastro no art. 142 do CTN, sendo que o art. 18 do RPAF, em consonância com a Jurisprudência deste Conselho, determina a sua nulidade quando esta não estiver em conformidade com a lei.

Assegura que foram indevidamente incluídos na base de cálculo apurada pela atuante os seguintes enganos no Auto de Infração, que maculam de nulidade a sobredita infração: a) cinco NF's emitidas por dois fornecedores de serviços cujas operações estão sujeitas unicamente ao ISS, apesar de terem sido lançadas nos Livros Fiscais por mero erro material; b) NF's de transporte de microempresas sujeitas ao Simples Nacional; c) inclusão de NF's de cinco empresas de transporte de pessoal, cuja parte substancial abarca operações intramunicipais não sujeitas ao ICMS, como estatuído na Carta Magna. Este último equívoco perfaz a parte substancial do crédito tributário.

Argumenta que a Informação Fiscal manteve integralmente a infração 06, sob os frágeis e infundáveis argumentos, além, segundo o autuado, de afirmações que não correspondem à verdade, quais sejam:

*a) com relação às NF's de serviços sujeitos ao ISS e NF's de transporte prestado por microempresas inscritas no Simples Nacional, a Auditora Fiscal inadmite a defesa da autuada sob o argumento genérico de que a Autoridade Administrativa não é responsável pelos equívocos de escrituração, sendo que esta é exclusivamente do*

*contribuinte que os cometeu – art. 89 do Decreto 6.284/97; além disso, o parágrafo 2º do art. 18 do RPAF orienta que não se declara a nulidade do lançamento quando sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa;*

*b) com relação ao transporte intramunicipal dos empregados da empresa, não sujeito ao ICMS, afirma que autuada, apesar de intimada, não apresentou os contratos de aquisição dos serviços de transporte, e que tais serviços são confirmados pelos pagamentos verificados através dos lançamentos do Livro Razão da contabilidade da empresa; aduz, também, que os levantamentos apresentados na Impugnação (Doc. 06), relacionando o endereço residencial de todas as pessoas transportadas, para comprovar a intramunicipalidade do percurso seguido pelas transportadoras, são “apócrifos e sem apresentação de Notas Fiscais”.*

Entende que a Autuante manteve a infração 06, substancialmente pelo fato de que o erro perpetrado na escrita fiscal foi de autoria da contribuinte e que os demonstrativos juntados nos autos não estavam respaldados por NF's, destituídos portando de valor probatório, se constituindo, portanto, em simples recusa do lançamento sem força de comprovação.

Ressalta que seria uma heresia jurídica admitir-se incluir na base de cálculo do ICMS NF's sobejamente relativas a serviços sujeitos unicamente ao ISS, só porque o contribuinte as registrou, por engano, no livro de Entradas.

Aduz que representaria prestigiar a prevalência de um mero erro material do lançamento fiscal do contribuinte, em abandono aos principais alicerces normativos do Direito Tributário, quais sejam, os Princípios da Estrita Legalidade e da Verdade Material. Afirma ser inconcebível tal conjectura, destituída de qualquer embasamento jurídico. Considera notório que a inclusão de tais notas fiscais devem, juntamente com os demais equívocos da infração 06, motivar a anulação do lançamento tributário, ou, peremptoriamente, serem retiradas de sua base de cálculo.

Procura esclarecer que o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, cunhado do Direito Penal, e transportado, de forma tênue, para o art. 18 do RPAF, jamais teria o condão de validar um lançamento tributário, em flagrante sobreposição ao Princípio da Legalidade Estrita e ao da Verdade Material. Segundo o autuado seria conceber, uma teratológica competência tributária ao contribuinte, fundada em seu erro de escrituração. Aduz que o contribuinte passaria a ter um poder tributante que a CF atribui exclusivamente aos Entes da Federação.

Considera nítida a falha da auditoria em não ter observado o equívoco na escrituração fiscal das sobreditas NF's e que bastaria um simples compulsar nos documentos fiscais que foram inteiramente disponibilizados à fiscalização, para se verificar a insustentável autuação que se quer validar.

Quanto ao transporte intramunicipal de pessoal, aduz que dois pontos merecem destaque:

*1) “Os contratos de fornecimento dos serviços foram entregues pessoalmente à nobre Auditora pelo Contador da Empresa Sr. Antônio Cesar dos Santos da Costa, e quer-se acreditar que esta provavelmente os tenha extraviado, motivo pelo qual são novamente anexados nesta Manifestação (Doc. 07) para que não parem dúvidas sobre a lisura da contribuinte.*

*2) Quanto aos ditos demonstrativos “apócrifos” (Doc. 06), já constantes da peça vestibular, eles se destinam a informar os endereços intramunicipais de cada empregado da empresa, para que a autuante, mediante Diligência “in loco” requerida na Impugnação, pudesse depurar, individualmente, os respectivos valores do transporte daqueles que residem em Simões Filho, local em que se encontra o estabelecimento da Inovaplast. Aliás, esses demonstrativos decorreram da própria*

*orientação informal da autuante, que, possivelmente premida pela urgência do término da fiscalização, optou pelo lançamento in totum, sem abater da base de cálculo do ICMS os valores constitucionalmente não tributáveis.*

*Some-se, que além dos endereços individualizados a Inovaplast teve o cuidado de relacionar todas as NF's de Serviços das Transportadoras e calcular pormenorizadamente todos os valores a serem segregados de cada NF, correspondente aos empregados residentes em Simões Filho, concluindo sobre a base de cálculo correta, alusiva aos transforme intermunicipal tributados pelo ICMS (Doc. 05).*

*Anexar todos os documentos fiscais correspondentes a estas minudentes informações é trazer a Diligência Fiscal para os autos que, com devida vênia, é função inerente à fiscalização. Esta, sim, a fiscalização, é que deveria ter apurado corretamente a base de cálculo, mesmo porque detinha todas as informações quanto aos funcionários da empresa que residiam no mesmo município em que se encontrava seu estabelecimento – Simões Filho. “*

Assegura que a nulidade se consolida pela quantidade, complexidade e ordem de grandeza dos valores decorrentes de falhas na configuração, de ofício, da base de cálculo, especialmente porque seu remendo não decorre de simples cálculos financeiros, mas, sim, revisão de erros de direito e de fato, seja quanto à tributação de valores que constitucionalmente estão fora do campo de incidência do ICMS, seja quanto às inclusões de NF's de microempresas inscritas no Simples Nacional, e à dos ilegais e inconstitucionais valores substancias de transporte intramunicipal.

Considera ser inconcebível que se mantenha uma autuação com os vícios ora focados, seja não anulando a infração, seja tentando revisar completamente o lançamento, o que se constituiria em novo ato administrativo e não em sua simples reforma.

Pede que a Infração 01 seja anulada, eis que o Auto de Infração não apresenta qualquer certeza dos fatos, já que está irremediavelmente comprovada sua impertinência com as próprias provas trazidas pela Auditora, bem como as ora juntadas pela Impugnante (NF's da Cata Nordeste), pois, na pior hipótese, em sendo aceitas as novas NF's acostadas a esta Manifestação – emitidas diretamente pela Cata Nordeste (Doc. 02) - fica evidenciado a exatidão do registro das entradas das mercadorias reclamadas na autuação original, descaracterizando o ilícito fiscal.

Alinha que, caso assim não entendam, é indeclinável a necessidade de se converter o PAF em diligência, *in loco*, na Politen e na Cata, por Agente estranho ao feito, com o fito de esclarecer se as mercadorias das NF's indicadas no AI foram remetidas diretamente à Inovaplast, e, assim sendo, se o foram através das NF's emitidas diretamente pela Cata, ora apensadas (Doc. 02).

Em relação à infração 06, afirma que, diante dos fatos e do direito fundamentado *ut supra*, esta infração deve ser anulada, ou, assim não entendendo esta Egrégia Junta de Julgamento, que seja convertido o PAF em Diligência, por fiscal estranho ao feito, para apuração do *quantum* correto do imposto, reabrindo-se o prazo para defesa.

A autuatne, às fls. 1374 a 1378, apresenta nova informação fiscal afirmado que, vide folhas 1122 a 1128, contribuinte reconhece a procedência parcial do AI examinado e requer o pagamento parcial das infrações 01 e 02 e o pagamento total das infrações 03, 04 e 05. Comprovante do recolhimento constante da folha 1159 deste processo.

Afirma que o contribuinte, no prazo defensivo, vide folhas 1129 a 1242, insurge-se quanto às infrações 01 e 02, não reconhecidas na sua totalidade, e quanto à infração 06.

Aduz em relação à infração 01 anexou documentos aguradando manifestação do autuado. quanto à infração 02 refizeram o lavantamento fiscal das fls. 69 e 70 do Auto de Infração, que constam das fls. 1253 a 1254 desse processo aguardando manifestação do contribuinte nesse processo.

Alinha que para a infração 06, opinou pela manutenção, conforme aguamentos às fl. 1246 e 1247 deste Auto de Infração e a seguir o contribuinte apresenta manifestação sobre as alterações realizadas.

Quanto a esta última manifestação a autuante afirma que ficam mantidos todos os termos e valores das infrações 03, 04 e 05 do Auto de Infração lavrado, reconhecidas totalmente pelo contribuinte.

No que se refere à infração 01 para a argüição de que não adquiriu as mercadorias constantes das NF 255919 (vide folha 75), 255904 (vide folha 76), 255881 ( vide folha 77) e 255877 ( vide folha 78), todas emitidas em 20/07/06, pela Politen Ind. e Comércio Ltda. – IE.: 01.375.752 , e requer a realização de Diligência. Esclarece, entretanto, que a ausência do binômio necessidade/utilidade, nos termos dos artigos 150, I, 145 e 147, I, a do Dec. 7629 / 99 – RPAF, inviabiliza o atendimento do seu pedido.

Para que não restassem dúvidas sobre a ocorrência de tais operações, afirma ter intimado a Braskem S/A (sucessora por incorporação da Politen Ind e Com Ltda), que apresentou os documentos requisitados (vide folhas 1248 a 1252 em anexo). As mercadorias foram vendidas pela Politen, faturadas para a Cata Nordeste SA IE 12.2112.878, para serem entregues a Inovaplast (empresa autuada). Não foram operações fantasmas. As NF anexadas e a explicação da Braskem comprovam. E, segundo ele, conforme consta da autuação não foi lançada na escrita fiscal do contribuinte, conforme requerem os art. 322, I, II, e 651 e 652 do Dec. 6284 / 97 - RICMS.

Afirma que a infração 01 fica mantida em todos os seus termos e valores.

Infração 02 do Auto de Infração lavrado, argui que conforme consta das folhas 88 a 92 deste processo, o contribuinte foi intimado a informar em que livro e folhas as NF elencadas estariam escrituradas. Entretanto deixou de fazê-lo.

Argumenta que a defesa, vide folha 1134 a 1136, alega falha nos serviços de digitação da Inovaplast, em relação às NF 245299 (correto 255299) e 263308 (correto 268308).

Argui alegar o autuado que, inobstante ter sido intimado e não ter apresentado a informação requerida, algumas NF (6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726 e 396175) estão escrituradas. E junta a comprovação entre as folhas 1168 e 1184 deste processo.

Esclarece que, conforme o art. 89 do Dec. 6284 / 97 – ICMS, o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte e o preposto fiscal não tem responsabilidade sobre as falhas de digitação da autuada, ou ante a omissão de cumprimento de intimação fiscal. Entretanto, afirma a autuante, preservando a verdade material, acata integralmente a insubordinação do contribuinte (vide folha 1126 – Infração 02).

No que se refere à infração 06 do AI lavrado, deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à prestação de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, afirma que nos exercícios de 2006 e 2007 – contribuinte regularmente intimado (vide folhas 21 a 23 e 50, 51 e 54 deste processo) a apresentar contrato de aquisição de serviço de transporte de pessoas (funcionários), intermunicipal, deixou de fazê-lo.

Consigna que do exame das NF escrituradas e dos LRE nº 04 e 05 da autuada, não se detectou NF ou lançamento referente a tal prestação de serviço, que é tributada, conforme art. 1, parágrafo 2, VI, c/c 3, I, 50, I, 66, I, a, 352, parágrafo 2, V, art. 125, IV, a, 1, 380 I, 382, I, b, todos os dispositivos citados do Dec. 6284 / 97.

Consigna que parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Falta de Recolhimento do ICMS sobre serviço de Transporte de pessoal (vide folha 184

deste processo). Xerox do livro Razão 2006 e 2007 em anexo (vide folhas 185 a 190 deste processo).

Destaca que, entre as fls. 1138 e 1143 desse processo, contribuinte apresenta seus argumentos defensivos para infração 06, autuada.

Aduz que o autuado à fl. 1140, informa por duas vezes que houve falha administrativa nos lançamentos no Livro Razão, e afirma que a empresa cometeu “breve descuido, que ocasionou a inclusão indevidamente de Notas Fiscais que não podem compor a base de cálculo para apurar o suposto débito” e entre as folhas 1185 e 1141, junta elementos que supõem serem impeditivos da infração autuada. Entende que são levantamentos apócrifos e sem apresentação das Notas Fiscais que menciona. Não concorda que sejam levados em consideração, desacreditando os Livros Razão apresentados pela empresa à fiscalização.

Informa que as empresas SAT (vide folha 1190 e 1191), Débora Sueli Rocha (vide folhas 1192 a 1195), e Triângulo Turismo Ltda (vide folha 1197 a 1199) não possuem Inscrição Estadual (estariam portanto corretamente enquadradas na tipificação legal). Acrescenta que a empresa ARA (vide folhas 1188 e 1196 seria microempresa e participante do simples nacional). Questiona: “Onde estão as NF impeditivas da infração autuada?”.

Volta a repetir que Inicialmente, conforme constante do art. 89 do Dec. 6284 / 97 – ICMS, o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte (grifos meus) e o preposto fiscal não tem responsabilidade sobre as falhas de digitação da autuada, ou ante a omissão de cumprimento de intimação fiscal.

A seguir aproveita o próprio art. 18, parágrafo 2 do RPAF, transcrito pela autuada na folha 1139 deste processo, entendendo frustrar o pedido de nulidade desta infração, quando informa que não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa.

Afirma que o RPAF – Dec. 7629 / 99, em seu art. 143 esclarece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e seu art. 142, acrescenta que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Alude que o autuado, em sua oportunidade de se manifestar sobre tal infração, repete os argumentos defensivos. Aduz a autuante que não é possível verificar, ao contrário do que de maneira superficial supõe o profissional encarregado da defesa do AI, que os contratos de prestação de serviços tenham sido entregues à fiscalização e que esta os tenha extraviado. Não ha nenhum termo de arrecadação de documento que embase tal alegação.

Entende não haver necessidade de diligencia por carência do binômio utilidade necessidade, uma vez que os documentos probatórios da infração autuada constam do Auto de Infração examinado.

Pede a procedência em parte do auto de infração.

O autuado, às fls. 1380 a 1383, apresenta nova manifestação continuando afirmar, categoricamente, que a Inovaplast desconhece as operações que deram origem a emissão das NF's 255.919, 255.904, 255.881 e 255.877, emitidas pela Politéno.

Entende que são gritantes as contradições dos documentos e das informações, quer os que foram gerados pela Politéno, quer os gerados pela Cata, em confronto com as afirmações da Inovaplast.

Afirma que em continuidade ao trabalho investigatório que, a critério, não lhe pertence, questionou a Cata sobre tais NF's, bem como quem recebeu efetivamente as mercadorias constantes das mesmas, como aduz o e-mail anexado à Manifestação original apresentada em 16 de fevereiro de 2011.

Afirma que em resposta, segundo seu entendimento, como está esclarecido nos novos e-mails ora anexados (Doc. 02), a Cata, após consulta à Politenó, informa que não tem registro das operações em comento. Portanto, conclui que, enquanto a Politenó diz que faturou à Cata para entrega das mercadorias à Inovaplast, a Cata, em contraposição, mediante e-mails trocados com a Politenó, informa que o faturamento foi diretamente à Inovaplast, sendo flagrante a contradição, que merece investigação fiscal mais detida.

Afirma que analisando mais amiúde as NF's e informações apresentadas pela Politenó, identificou outras falhas que comprovam, inconteste, que a conclusão da Diligência foi claramente equivocada e precipitada, quais sejam:

- 1) *“Apesar de as NF's 255.919, 255.904, 255.881 e 255.877 conterem equivocadamente o nome da Inovaplast como destinatária das mercadorias e do faturamento, este fato, per se, já é suficiente para derrubar por terra todas as afirmações da Politenó no âmbito Diligência Fiscal.*
- 2) *A primeira NF relacionada pela Politenó, de nº 245299, que partilhou do embasamento da conclusão da Ilustre Auditora, além de não se referir a qualquer documento relacionada na Infração 05 do Auto de Infração, foi paga com um Aviso Bancário que além de não conter o nome do cliente, teve origem no Banco Itaú, que, como já se disse, não poderia ser da Inovaplast, eis que esta jamais teve conta corrente nesse banco.*
- 3) *As operações denominadas “NOTA DE CREDITO CAM-POLIS”, “CREDITO GL/AR – DEV”, nas Notas de Crédito, devem se referir a algum documento interno de lançamento dos sistemas da Contabilidade da Politenó (voucher???), sem qualquer valor de comprovação de pagamento.*
- 4) *Nas Notas de Crédito do item precedente, correspondentes às NF's 255.919, 255.904 e 255.881, constam a qualificação de “DEVOLVIDA”, o que induz à dedução de que provavelmente foram mercadorias devolvidas antes de ingressarem no estabelecimento do destinatário, eis que não estão atreladas, segundo as informações geradas até então, a qualquer Nota Fiscal de Devolução de qualquer cliente.”*

Inferre que provavelmente as NF's foram canceladas posteriormente à sua emissão, com ou sem devolução das mercadorias por parte de clientes.

Afirma que essas mercadorias podem ter saído do estabelecimento remetente, mas não terem ingressado no estabelecimento destinatário, ou, simplesmente, não chegaram a sair do estabelecimento da Politenó. Complementa que, em qualquer destas hipóteses, a Politenó, possivelmente, emitiu internamente as tais “Notas de Crédito”, com o fito exclusivo de estornar os lançamentos contábeis originais, não se conseguindo precisar esses estornos foram refletidos nos Livros Fiscais.

Considera restar evidente a necessidade de se aprofundar na Diligência, função exclusiva do Estado, eis que a recorrente sabidamente não tem o dever, nem competência e nem poder para tal.

Assinala que só a comprovação definitiva da entrega das mercadorias, com a qualificação da assinatura no canhoto das NF's e a comprovação através dos Conhecimentos de Transporte, se poderá afirmar o que realmente ocorreu.

Reitera seu pleito de que seja anulado o lançamento, caso não seja acolhida, pede Diligência, *in loco*, na Politenó, na Cata e na Transportadora, por Agente estranho ao feito, com o fito de esclarecer se as mercadorias das NF's indicadas no Auto de Infração foram remetidas diretamente à Inovaplast, e, assim sendo, se o foram através das NF's emitidas diretamente pela Cata.

A autuante, às fls. 1401 e 1402 dos autos apresenta nova informação fiscal repetindo os argumentos alinhados em sua última manifestação, destacando que o autuado em sua 2ª manifestação datada de 28/02/2011, sequer deve ser apreciado, pois fora do prazo legal de 10 dias para a sua apresentação, além de não trazer qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo da infração autuada. Aduzindo que em direito tributário vige a inversão do ônus da prova, que em tal caso, compete ao autuado.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício traz 06 infrações, já devidamente relatadas, entre as quais o autuado reconhece a totalidade das infrações 03, 04 e 05, ficando mantidas as respectivas exigências, tendo em vista que foi atendido o devido processo legal e imputadas em consonância com a legislação tributária estadual do ICMS.

Quanto às infrações 01 e 02, o autuado reconhece parcialmente, requerendo o pagamento e apresentando defesa das mesmas e quanto à infração 06 se insurge em sua totalidade.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há dúvidas quanto à base de cálculo apurada pelo autuado, uma vez que não ficou demonstrado, quanto à infração 06, houver tributação de valores que constitucionalmente estão fora do campo de incidência do ICMS, ou quanto às inclusões de NF's de microempresas inscritas no Simples Nacional em especial, como será melhor alinhada nas questões de mérito, cabendo os ajustes em relação à infração 02, implementados pela autuante, com a devida ciência do autuado. Os erros cometidos pelo autuado não podem ser aproveitados como aguição de nulidade, bem como as demais arguições são de caráter meritório que serão melhor abordadas quando da análise dos fatos e do direito.

Verifico que 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, não havendo a obscuridade ou zonas cinzentas, com os esclarecimentos da autuante e manifestações posteriores do autuado, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, "a" do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes, visto que as provas apresentadas pela autuante quanto à infração 01 e 06 foram suficientes para o convencimento dos julgadores, tendo em vista as declarações do fornecedor Brasken, bem como a não apresentação das provas que dispunha o autuado, quanto à infração 01, inclusive as notas fiscais e contratos de prestação de serviços quanto à infração 06.

Em relação à infração 01 e quanto à arguição do autuado de que não adquiriu as mercadorias constantes das NF 255919, à folha 75, 255904, fl. 76, 255881, fl.77 e 255877 fl. 78, todas emitidas em 20/07/06, pela Politenio Ind. e Comércio Ltda. – IE.: 01.375.752, além de ficar constatado que as mesmas não foram registradas pelo autuado, a autuante, para que não restasse dúvidas, como, efetivamente não mais restou, encaminhou a ocorrência de tais operações, intimando a Brasken S/A (sucessora por incorporação da Politenio Ind e Com Ltda), que apresentou os documentos requisitados às fls. 1248 a 1252. Através dos mesmos ficou demonstrado que as mercadorias foram vendidas pela Politenio, para serem entregues autuada. As notas fiscais anexadas e a explicação da Brasken (Politenio) comprovam o acerto da autuante, inclusive quando apontando o pagamento das mesmas. As inúmeras arguições e ilações feitas pelo autuado se diluíram com a declaração do fornecedor das mercadorias e as próprias notas fiscais, caracterizando a falta do registro das aludidas notas fiscais pelo autuado.

Diante do exposto voto pela subsistência da infração 01.

No que tange à infração 02, diante do argumento da defesa, vide folha 1134 a 1136, de que os serviços de digitação do autuado, em relação às NF 245299 (correto 255299) e 263308 (correto 268308) e que, inobstante ter sido intimado e não ter apresentado a informação requerida, algumas NF (6451, 6538, 78459, 6574, 8999, 7061, 90647, 90726 e 396175) estão escrituradas, juntando a comprovação entre as folhas 1168 e 1184 deste processo do lançamento respectivo, verifico que, conforme o art. 89 do Dec. 6284 / 97 – ICMS, em consonância com a autuante, que o lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, contudo, em entendimento do a autuante, visando alcançar a verdade material, foram acatadas integralmente as alegações do autuado, conforme consta de novo consta à fl. 1126, sendo refeitos os demonstrativos das folhas 69 e 70 deste Auto de Infração.

A infração 02 fica mantida parcialmente, lembrando que o autuado reconhece parte dessa exigência, cabendo os novos valores a serem exigido, conforme demonstrativo de débito à fl. 1126, remanescendo o valor a ser exigido de R\$ 1.807,06.

Quanto à infração 6 o contribuinte, regularmente intimado, às fls. 21 a 23 e 50, 51 e 54 dos autos, a apresentar contrato de aquisição de serviço de transporte de pessoas (funcionários), intermunicipal, deixou de fazê-lo e do exame do seu Livro Razão (2006 e 2007), detectou-se o pagamento das referidas operações. Não apresentou tais documentos mesmo após a sua defesa, bem como não apresenta o termo de arrecadação de documentos que fundamente suas arguições de que entregou ao autuado os aludidos contratos, não havendo como sustentar, com relação aos endereços dos funcionários, suas arguições, inclusive, de que parte dos serviços foram efetuados dentro do município.

Cabe razão a autuante quanto afirma que aos levantamentos apresentados pelo autuado falta sustentação material, uma vez que sem apresentação das Notas Fiscais que menciona, não cabendo, portanto, desconsiderar os lançamentos efetuados nos Livros Razão apresentados pela empresa à fiscalização.

Quanto às empresas SAT (vide folha 1190 e 1191), Débora Sueli Rocha (vide folhas 1192 a 1195), e Triângulo Turismo Ltda. (vide folha 1197 a 1199) não possuem Inscrição Estadual e a empresa ARA vide folhas 1188 e 1196, seria microempresa e participante do Simples Nacional, não apresentando o autuado as notas fiscais que afaste a exigência imposta.

Realmente, como alinha a autuante, o RPAF – Dec. 7629 / 99, em seu art. 143 esclarece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e seu art. 142, acrescenta que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

A infração 06, por conseguinte, fica mantida.

Diante do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, que totaliza o valor a ser exigido, entre multa por descumprimento de obrigação assessoria e o ICMS devido, cabendo o demonstrativo de débito da infração 02, à fl. 1126.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0007/10-0**, lavrado contra **INOVAPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.278,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, incisos II, alíneas "a", "e" e "f" e VII "a" da Lei nº 7.014/96, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$3.535,27**, previstas nos incisos XI e IX do

art. 42 da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a lei nº 9837/05, cabendo a homologação do quanto efetivamente já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR