

**A. I. N°** - 298578.0001/11-4  
**AUTUADO** - CERÂMICA GYOTOKU LTDA.  
**AUTUANTE** - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS  
**ORIGEM** - INFAC ATACADO  
**INTERNET** - 07/10/2011

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0212-03/11

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao ICMS não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. **b)** OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTRAMUNICIPAL. **c)** OPERAÇÃO DE ENTRADA REGISTRADA EM DUPLICIDADE. 3. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DECRETO N° 7.799/00. USO INDEVIDO DO BENEFÍCIO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado não alcançou o percentual mínimo de vendas a contribuintes previsto no artigo 1º do mencionado Decreto. 4. IMPOSTO APURADO A MENOS EM RAZÃO DE FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. Contribuinte não faz provas de suas alegações defensivas. Imputações não elididas. Indeferido, de plano, o pedido de perícia sem quesitação, nos termos do artigo 145 do RPAF/99. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2011 e exige ICMS no valor de R\$76.532,67 acrescido das multas de 60% e 150%, além da penalidade no valor de R\$6.694,05, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Exercício de 2008 – meses de fevereiro a dezembro; exercício de 2009 – meses de fevereiro e de maio a novembro. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 55 a 184. Multa no valor de R\$6.694,05.

Infração 02. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo no valor correspondente à parte proporcional da redução. Exercício de 2007 – meses de fevereiro a abril, e de agosto a dezembro; exercício de 2008 – meses de janeiro a novembro; exercício de 2009 – meses de janeiro, fevereiro, abril a novembro, e dezembro; exercício de 2010 – meses de janeiro, fevereiro, abril e maio. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 185 a 407. ICMS no valor de R\$62.307,58, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não atingiu o percentual mínimo de venda a contribuinte para se beneficiar da redução prevista no Decreto nº 7.799/00 estando citado, no campo “Enquadramento: art. 11 c/c artigos 75 a 87, a depender da hipótese ou da operação, a serem especificados). Artigo 124 do Decreto nº 6.284/97”. Mês de julho/2010. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 408 a 416. ICMS no valor de R\$783,20, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Falta de recolhimento do ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de escriturar, no livro Registro de Saídas, as Notas Fiscais nºs 03, 04, 183 e 184, tendo sido emitidas em 31/01/2007 as duas primeiras, e em 03/06/2007 as demais. Exercício de 2007 – meses de janeiro e junho; exercício de 2008 – meses de janeiro a março, e de maio. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 417 a 427. ICMS no valor de R\$3.619,92, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de operação não tributada de serviço de transporte. Exercício de 2007 – meses de abril, agosto e outubro. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 428 a 432. ICMS no valor de R\$187,52, acrescido da multa de 60%.

Infração 06. Falta de recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais. Mês de agosto/2010. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 433 a 437. ICMS no valor de R\$2.194,14, acrescido da multa de 150%.

Infração 07. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu notas fiscais de entrada nºs 12 e 16, para devolução/cancelamento da mesma venda, gerando crédito em duplicidade. Mês de agosto/2008. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 438 a 443. ICMS no valor de R\$104,20, acrescido da multa de 60%.

Infração 08. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria ou o serviço não ter sido prestado. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu duas notas fiscais de entradas (3 e 4) para justificar os cancelamentos de venda nºs 19 e 41, respectivamente, e que, no entanto, tais vendas não foram efetivadas e nem registradas no livro Registro de Saídas. Mês de abril/2007. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 444 a 451. ICMS no valor de R\$642,06, acrescido da multa de 150%.

A autuante anexa documentos às fls. 09 a 670 (volumes I e II), dentre os quais Recibo de entrega, ao sujeito passivo, dos demonstrativos fiscais, livros fiscais e de cópias de documentos fiscais assinado pelo contribuinte e anexado à fl. 670.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 686 a 691, por intermédio de Procurador legalmente constituído à fl. 692, aduzindo que foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 14/04/2011 e que a impugnação é tempestiva. Reproduz as imputações. Afirma que o Auto de Infração seria improcedente, e em seguida diz que o mesmo seria nulo.

Passa a falar sobre os requisitos do ato administrativo.

Afirma que foi autuado porque, entre outras razões, teria recolhido ICMS a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, posto não ter atingido o percentual mínimo de venda prevista no Decreto 7.799/00. Que, todavia, não teria sido apontado no Auto de Infração, em qual dispositivo específico e pontual do referido Decreto estaria disposta a regra de percentual mínimo de venda a ser atingido, o que aduz que configuraria falha na indicação de sua fundamentação jurídica.

Que no Auto de Infração também não foi indicado qual seria o termo inicial de cobrança e o percentual da “multa e dos juros de mora”, tampouco a prescrição legal instituidora, e que no Auto de Infração apenas consta a menção, na página 4: “O débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa conforme discriminado no Demonstrativo de Débito anexo”. Afirma que a alusão que se fez ao Demonstrativo de Débito não corrigiria o equívoco formal que cita porque, na face de tal demonstrativo, aquelas informações teriam sido igualmente omitidas.

O contribuinte aduz que, no que tange especificamente às Infrações 01, 02, 04, 05, 06 e 07 o Auto de Infração seria também improcedente porque, diversamente do quanto imputado, em relação a cada infração ocorreria que:

- Infração 01: o ICMS teria sido recolhido tempestivamente;
- Infração 02: a regra do estorno apontada como descumprida pelo Fisco ofenderia o princípio da não-cumulatividade previsto no artigo 155, § 2º, II, da CF e artigo 19 da LC nº 87/96 e, por isto, o Auto de Infração não poderia prevalecer, por falta de fundamento constitucional e legal. Cita jurista e decisão de Tribunal Superior da área judicial aduzindo concordar com as afirmativas, naqueles textos, no sentido de que não seria porque o contribuinte realizara venda por preço menor do que o valor da aquisição que o direito ao crédito seria restringido. Que o princípio da não-cumulatividade não perde a eficácia quando houver “venda com prejuízo”, e que a diferença acarretaria crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes. Aduz que não caberia estorno proporcional do imposto creditado quando ocorrer redução da base de cálculo.
- Infração 04: teria escriturado no livro de Registro de Saídas as Notas Fiscais conforme número e data das notas fiscais que indica, em coluna que elabora na impugnação, como sendo: Nota Fiscal nº 03, data de 31/01/2007; nº 04, data de 31/01/2007; nº 183, data de 03/06/2007; nº 184, 03/06/2007; nº 574, 29/02/2008; nº 575, 29/02/2008; nº 576, 29/02/2008; e nº 621, data de 31/03/2008. Que, quanto às Notas Fiscais de nºs 517, de 18/01/2008, e 680, de 14/05/2008, teriam sido canceladas.
- Infração 05: não teria havido utilização de crédito de ICMS na apontada operação de serviço de transporte intermunicipal.
- Infração 06: seria “incabível falar-se em recolhimento por substituição na hipótese alegada porque o contribuinte de direito possui inscrição no Estado da Bahia e encontra-se em situação regular.”
- Infração 07: teria existido emissão de Nota Fiscal em duplicidade. Que “Somente ocorreu a emissão da Nota nº 16 e, mesmo assim, de forma absolutamente regular”.

O contribuinte conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou insubstancial, e protesta provar o alegado por todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, especialmente através de prova técnica pericial.

A autuante presta informação fiscal às fl. 696 e 697, inicialmente relatando que o Auto de Infração foi lavrado com base nos documentos e informações entregues pelo contribuinte e coletados através dos sistemas informatizados de Informações do Contribuinte - INC, Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e Serviços - SINTEGRA e Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, observada a legislação aplicável em cada período. Aduz que o contribuinte alega, em sua defesa, que o Auto de Infração seria nulo

por não ter sido indicado, no mesmo, em qual dispositivo específico do Decreto estaria disposta a regra do percentual mínimo de venda a ser atingido, mas que o Decreto nº 7799/00 estabelece, em seu artigo 1º, os percentuais mínimos de venda a contribuinte para a manutenção do benefício. O autuante copia caput e parágrafo único do artigo 11 do RICMS/BA, que estabelece que quando a fruição, ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição, e trata dos acréscimos moratórios e da multa aplicável à situação.

Afirma que ao contribuinte que, de forma voluntária e independente, solicita ao Estado o benefício estabelecido no Decreto 7799/00, não é dado o direito de alegar desconhecimento da norma por ele aceita através de Termo de Acordo assinado entre as partes. Que, assim, a referência ao Decreto descumprido, inclusive com a descrição da condição, ou requisito não atendido, já constitui elemento suficiente para orientar o contribuinte na sua defesa, pois não se trata de dispositivo alheio ao seu interesse. Que o contribuinte solicitou o benefício em 22/01/2007, teve o Parecer Final de deferimento datado de 26/02/2007, tendo tomado ciência do Termo de Acordo em 02/03/2007, onde diz conhecer o seu teor e, principalmente, concorda em cumprir os requisitos estabelecidos para a manutenção do benefício.

A autuante prossegue expondo que, em outro trecho, o sujeito passivo afirma que não teria sido apontado, no Auto de Infração, qual seria o termo inicial de cobrança e o percentual de multa e juros de mora, tampouco a prescrição legal instituidora, mas que a multa de 60% está discriminada na oitava coluna do Demonstrativo de Débito à fl. 07, sob o título "% multa s/imp", e que a data de ocorrência é o último dia do mês de julho, sendo o vencimento em 09/08/2010.

Afirma que, quanto à Infração 01, o autuado alega que o ICMS fora recolhido tempestivamente, mas não anexa qualquer prova disto no processo. Que a multa cobrada na infração 01 refere-se ao não pagamento tempestivo de ICMS devido por antecipação parcial de parte das aquisições interestaduais.

Aduz que o contribuinte assevera, quanto à Infração 04, que as notas fiscais teriam sido escrituradas no seu livro Registro de Saídas, mas não anexa cópia da escrituração para comprovar essa afirmação. Que, conforme cópias do livro registro de Saídas às fls. 472, 473, 479, 558, 560, 561 e 563, tais notas fiscais não foram escrituradas, porque a numeração seqüencial de emissão das notas fiscais de saídas sofre descontinuidade.

No que tange à Infração 05, a autuante informa que o crédito indevido está comprovado com cópias do livro Registro de Entradas às fls. 456, 460 e 467.

Quanto à Infração 06, ao representante do Fisco aduz que o autuado registrou, no livro Registro de Entradas, conhecimentos de transporte relacionados em demonstrativo à fl. 433, em relação aos quais se creditou, conforme comprovado à fl. 623. Que, contudo, não há documentação que ateste o efetivo recolhimento dos valores de ICMS destacados pelo contribuinte, na condição de contribuinte substituto.

Em relação à infração 07, a Auditora Fiscal afirma que está fundamentada em que a empresa cancelou a Nota Fiscal de saída nº 746, alegando devolução de venda por meio da Nota Fiscal de entrada nº 012 e, posteriormente, emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 16, com a descrição de devolução de venda referente à Nota Fiscal nº 746, e que estes fatos podem ser comprovados às fls. 546 e 549.

A autuante conclui expondo que o contribuinte não juntou, ao processo, qualquer elemento novo comprobatório que pudesse alterar a análise e avaliação dos fatos, pelo que mantém integralmente o Auto de Infração.

## VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se

definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, inclusive não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido todos os demonstrativos atinentes às mesmas na data da sua cientificação da lavratura do Auto de Infração, conforme seu recibo à fl. 670, e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito das imputações neste processo. Argüição de nulidade rejeitada.

Também preliminarmente observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constante nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação do sujeito passivo. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, o Auto de Infração trata das oito imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Quanto à Infração 01, esta trata de multa percentual no valor de R\$6.694,05 sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Os demonstrativos e cópias de documentos fiscais foram acostados pela autuante às fls. 55 a 184.

O contribuinte sumariamente alega que o imposto teria sido recolhido tempestivamente, e não faz prova de sua alegação nos autos deste processo.

Assinalo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Por conseguinte, nos termos do disposto no artigo 123 c/c artigos 141 a 143, todos do RPAF/99, resta procedente a imputação 01.

No que tange à Infração 02, falta de estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$62.307,58, relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo no valor correspondente à parte proporcional da redução, com demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 185 a 407. o sujeito passivo alega que a regra do estorno apontada pelo Fisco ofenderia o princípio da não-cumulatividade, mas está explicitamente previsto, no inciso II do artigo 100 do RICMS/BA:

*RICMS/BA:*

*art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:*

*II - forem objeto de operação ou prestação subseqüente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;*

Por conseguinte, não procede a alegação do contribuinte, e assiste razão ao Fisco ao exigir o imposto oriundo do crédito fiscal não estornado na situação objeto da lide. Infração 02 procedente.

No quanto concerne à Infração 03, esta trata de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$783,20, no mês de referência julho/2010, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte não atingiu o percentual mínimo de venda a contribuinte para se beneficiar da redução prevista no Decreto nº 7.799/00 estando citado, no campo “Enquadramento: art. 11 c/c artigos 75 a 87, a depender da hipótese ou da operação, a serem especificados). Artigo 124 do Decreto nº 6.284/97”. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 408 a 416.

Assinalo que, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, o erro em indicação de dispositivo não implica falta de validade da imputação desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o seu enquadramento legal, o que ocorre no caso em foco, em que os fatos foram devidamente explicitados na descrição da infração e o contribuinte tem ciência do Termo de Acordo que voluntariamente assinou, tal como explicitou o Fisco.

Ademais, o próprio contribuinte descreve pormenorizadamente a imputação em sua impugnação ao lançamento de ofício, demonstrando estar ciente do teor da acusação que lhe foi feita, e conforme seu recibo à fl. 670 recebeu o demonstrativo do levantamento fiscal realizado bem como as notas fiscais pertinentes, documentos estes anexados pela autuante às fls. 408 a 416 dos autos deste processo.

Prevê o Decreto nº 7.799/00, em redação já vigente à data da ocorrência do fato gerador, julho/2010:

*Decreto nº 7.799/2000:*

*art. 1º. Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:*

*I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);*

*IV - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).*

Por conseguinte, já no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00, citado no Auto de Infração, está definido o percentual da redução a ser aplicada, ou seja, 41,176%, e também estão definidos os percentuais mínimos que os contribuintes que pretendem usufruir do benefício fiscal previsto por este Decreto devem atingir de valores de vendas mensais para contribuintes do ICMS, comparados com o valor total de suas vendas mensais.

Consoante dados que o próprio sujeito passivo enviou para o seu cadastro de contribuintes desta SEFAZ, o contribuinte se enquadra na previsão do inciso I do artigo 1º do reproduzido Decreto nº 7.799/00 e não provou ao Fisco, nem quando da ação fiscal, nem nos autos deste processo, que atingiu este percentual mensal mínimo de 65% do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS.

Quanto ao também citado, pelo Fisco, artigo 11 do RICMS/BA, disciplinando regra geral para cálculo da exigência do tributo, este dispõe:

*RICMS/BA:*

*art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.*

*Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.*

Assinalo que ao contrário do quanto dito pelo contribuinte, no Auto de Infração foi indicado o período mensal de referência a que se refere a exigência do imposto, julho/2010, indicada a data de vencimento para recolhimento tempestivo do imposto, estando também discriminados, no demonstrativo fiscal de fls. 408 e 409, as datas das operações objeto da apuração fiscal. A forma de cálculo e datas referentes aos acréscimos moratórios estão devidamente descritos às fls. 05 a 08 dos autos deste processo, que consistem em demonstrativo de débito e parte integrante do Auto de Infração entregue ao contribuinte e por ele assinado. Por tudo quanto exposto, é procedente a imputação 03.

No que diz respeito à Infração 04, esta cuida de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$3.619,92, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de escrutar, no livro Registro de Saídas, as Notas Fiscais nºs 03, 04, 183 e 184, tendo sido emitidas em 31/01/2007 as duas primeiras, e em 03/06/2007 as demais. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 417 a 427.

O contribuinte não apresenta tal livro fiscal escrutarado, não prova o cancelamento das notas fiscais que aduz ter cancelado, e limita-se a negar o cometimento da infração.

Neste sentido, tal como ocorre com a Infração 01, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Por conseguinte, nos termos do disposto no artigo 123 c/c artigos 141 a 143, todos do RPAF/99, igualmente resta procedente a imputação 04.

Quanto à Infração 05, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$187,52, oriundo de operação não tributada de serviço de transporte nos meses de abril, agosto e outubro do exercício de 2007, demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 428 a 432, o contribuinte novamente cinge-se a negar ter cometido a infração, pelo que é procedente esta imputação conforme multicitados artigos 123, 141 a 143, todos do RPAF/99.

No quanto pertinente à Infração 06, falta de recolhimento de ICMS retido no valor de R\$2.194,14, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais no mês de agosto/2010, o sujeito passivo limita-se a afirmar que seria “incabível falar-se em recolhimento por substituição na hipótese alegada porque o contribuinte de direito possui inscrição no Estado da Bahia e encontra-se em situação regular.”

Contudo, tal como exposto pela autuante, conforme demonstrativo fiscal de fl. 433 e cópias Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas - CTRCs de fls. 434 a 437, elaborado pelo Fisco e entregue ao contribuinte, recibo à fl. 670, o contribuinte não comprovou o recolhimento do imposto retido. Infração 06 procedente.

A Infração 07 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$104,20, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu notas fiscais de entrada nºs 12 e 16, para devolução/cancelamento da mesma

venda, gerando crédito em duplicidade. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 438 a 443.

A Infração 08 tem como objeto a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$642,06, por não haver entrado a mercadoria ou o serviço não ter sido prestado. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu duas notas fiscais de entradas (3 e 4) para justificar os cancelamentos de venda nºs 19 e 41, respectivamente, e que, no entanto, tais vendas não foram efetivadas e nem registradas no livro Registro de Saídas. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 444 a 451.

Prosseguindo na análise dos autos deste processo, verifiquei que também em relação a estas duas imputações, a exemplo das demais constantes deste processo, o contribuinte apenas nega o seu cometimento, e não faz prova de suas assertivas nos autos. Por conseguinte, uma vez que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do disposto no artigo 123 c/c artigos 141 a 143, todos do RPAF/99, igualmente restam procedentes as imputações 07 e 08.

Assinalo por oportuno quanto à Infração 02 - esta em relação aos fatos geradores com datas de ocorrência posteriores a 28/11/2007 - e aos fatos geradores objeto da imputação 07 - que ocorreram no exercício de 2008 - quanto à indicação do inciso VII, alíneas "b" e "a", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, respectivamente no enquadramento legal das imputações 02 e 07 no Auto de Infração, que estas infrações referem-se a efetivo uso irregular de crédito fiscal, portanto existindo o descumprimento de obrigação tributária principal. Não ocorreu apenas erro de escrituração, o que seria descumprimento de obrigação tributária acessória.

Assinalo que a redação atual da alínea "b" do inciso VII do caput do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, publicada no DOE de 28/11/07, com efeitos a partir desta data de publicação. Portanto, atinge parte do exercício de 2007 e os exercícios de 2008 a 2010, em parte objeto destas imputações 02 e 07 do Auto de Infração em lide.

Deste modo, às situações em lide aplica-se o previsto no inciso II, alínea "f", do mesmo artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e não o previsto no inciso VII, alíneas "a" e "b", do mesmo artigo 42. Assinalo que o percentual de multa previsto nos dois dispositivos legais, ou seja, nos incisos II e VII do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, é o mesmo, 60% do valor do imposto devido, pelo que da correção de indicação do dispositivo normativo não decorre prejuízo financeiro para o contribuinte, e para o erário.

Ressalto que a redação anterior do inciso VII, alínea "b", do artigo 42, vigente até 27/11/2007, previa a multa de 60% para a situação de utilização indevida efetiva, e não apenas escritural, do crédito fiscal, por falta de estorno, sendo plausível deduzir-se que na lavratura do Auto de Infração não foi observada a alteração da legislação.

Para melhor elucidar, reproduzo a redação atual dos incisos II, alínea "f", e VII, alínea "a", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e a redação anterior:

Redação atual, efeitos a partir de 28/11/07:

*Lei nº 7.014/96:*

*art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:  
f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei  
que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;  
(...)*

*VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:  
b) Na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;*

(*grifos nossos*)

Redação original, com efeitos até 27/11/07:

*Lei n° 7.014/96:*

*art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

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

*f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo;*

*VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal:*

*a) Quando da utilização indevida de crédito fiscal, sem prejuízo da exigência do estorno;*

*b) Na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;*

(*grifos nossos*)

Assim, mantenho o percentual de multa de 60% indicado no lançamento de ofício para as Infrações 02 e 07, com a correção da indicação do dispositivo normativo indicado, que passa a ser a alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei n° 7.014/96. Assinalo que da descrição das imputações ficou evidente o seu enquadramento legal, pelo que aplica-se o teor do artigo 19 do RPAF/99. Mantenho os demais percentuais de multa e indicações legais tais como constam no Auto de Infração.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 298578.0001/11-4**, lavrado contra **CERÂMICA GYOTOKU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$69.838,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$67.002,42 e de 150% sobre R\$2.836,20 previstas, respectivamente, no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “f”; inciso V, alíneas “a” e “b”, e inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais; além da penalidade no valor de **R\$6.694,05** prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei n° 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR