

A. I. N° - 127120002/11-7
AUTUADO - MARCOSA S.A. MÁQUINAS E QUIPAMENTOS
AUTUANTES - GISÉLIA RIBEIRO GUIIMARÃES, MARIA CRISTINA ALVES C. SANTOS e MARIA
GRAÇAS LEMOS FERREIRA.
ORIGEM - IFEP/COMERCIO
INTERNET - 14.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0307-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Demonstrado que as mercadorias estão enquadradas no Regime de Substituição Tributária. Mantida a exigência. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. Acolhida parte das arguições do autuado. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida; b) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não constam nos autos os elementos materiais e idôneos das arguições trazidas pelo impugnante. Infração mantida. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não há legitimidade nas provas de escrituração das notas apresentadas, ora não acolhidas, restando à manutenção da presente exigência fiscal. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não ficou demonstrado o recolhimento do imposto exigido. Infração subsistente. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. A arguição do autuado de que efetuou o recolhimento do imposto, através do regime normal de apuração, não tem o condão de elidir a presente exigência fiscal e sim de confirmar o acerto dos autuantes quando apenas aplicaram a multa por recolhimento intempestivo dos valores devidos na antecipação tributária parcial, conforme dispositivos por ele alinhados, cabendo apenas a exigência de uma obrigação formal e não principal. Infração mantida. 7. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO CONTENDO INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES. Infração caracterizada. Reconhecida pelo autuado. 8.

DOCUMENTOS DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Reconhecida pelo autuado. Não acolhidas às preliminares de nulidades e pedido de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de infração foi lavrado em 31/03/2011, para exigir o ICMS, além da aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando R\$3.448.328,18 em decorrência das seguintes infrações:

Infrações 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$21.525,34. Multa de 60%;

Infrações 02 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$1.118.349,69. Multa de 60%;

Infração 03 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 127.819,71. Multa de 60%;

Infração 04 - Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 188.211,44. Multa de 70%;

Infração 05 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 117.671,04;

Infração 06 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 86.232,94;

Infração 07 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas nos anexos 88 e 89. ICMS no valor de R\$111.131,60. Multa de 60%;

Infração 08 - Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Multa de 60%, no valor de R\$1.658.800,92.

Infração 09 - Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Multa no valor de R\$18.125,50;

Infração 10 - Deixou apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Multa no valor de R\$460,00.

O autuado, às fls. 1393 a 1415 dos auto, apresenta defesa arguindo, liminarmente, nulidade, vez que: o relato de algumas infrações não traz, com a exaustão exigida pela lei, elementos para a exata compreensão da infração supostamente cometida pela Impugnante e nem tampouco específica, com o rigor e exatidão necessários os elementos que ensejaram a presente autuação; alguns fatos constatados, ou que se indique que foram analisados alguns documentos. Segundo o autuado é preciso especificar quais foram os fatos constatados e os documentos analisados, bem como quais os períodos a que correspondem, entende que tal vício macula o exercício do direito

de defesa da Impugnante, impossibilitando uma precisa identificação dos valores supostamente devidos, conforme consta na autuação. Traz como exemplo a existência de divergências entre as Infrações e os documentos fiscalizados.

Alinha que na Infração 01, por exemplo, as operações analisadas foram tratadas todas de uma mesma forma, sem considerar que dentre as operações objeto de ambas as infrações, vários produtos não estavam enquadradas no regime de substituição tributária.

Já nas infrações 02, 03 e 06, afirma que a composição da base de cálculo é feita com valores em duplicidade, seja pela consideração em duplicidade de uma mesma nota fiscal em uma mesma infração, seja pela utilização de uma mesma nota fiscal em mais de uma infração e há, ainda, a desconsideração de valores efetivamente pagos, regularmente, relativamente às infrações 02 e 03.

Entende não haver, assim, informações imprescindíveis a assegurar o direito de defesa.

Considera haver nulidade também em razão de que se adotou como premissa, em diversas infrações, por exemplo, o fato de que todos os produtos envolvidos em todas as operações praticadas pela autuada estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, ou que todas as operações fiscalizadas teriam utilizado critérios de estorno ou de apuração do *quantum debeatur* equivocados.

Afirma carecer o auto de infração de cautelas a ele necessárias, tais como a apuração correta da origem dos “débitos” fiscalizados, bem como segregação e indicação exata destes “débitos” no bojo do Auto de infração, além de não ter sido realizado um cotejo analítico das operações fiscalizadas, seguindo-se o caminho da praticidade e esta incoerência da Administração, ensejando causa de nulidade do lançamento, pois vai de encontro aos Princípios Constitucionais que norteiam as relações jurídicas entre Administração e Administrado, tal como a segurança jurídica e a razoabilidade.

Entende que, sendo intrínseca ao lançamento tributário a necessidade de averiguação dos fatos ocorridos no mundo fenomênico, dever-se-ia ter feito uma apuração acurada das notas fiscais que dão suporte às operações realizadas no período, para evitar equívocos, tal como os que ora se afiguram, que maculam todo o procedimento de fiscalização, bem como o próprio Ato Administrativo, seja por ofender as cautelas exigidas à espécie, seja por ceifar o direito de defesa da Impugnante, que não disporá de elementos concretos e que atinam à realidade fática para pautar a sua defesa.

Aduz que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de infração.

Ao adentrar no mérito, afirma inicialmente que realizou, no prazo de 30 dias após a emissão do auto de infração, o pagamento integral das infrações 09 e 10, além do pagamento parcial das infrações 01, 02, 03, 04 e 07.

Alinha que por uma inconsistência do sistema não conseguiu a emissão dos documentos de arrecadação estadual – DAE's, para pagamento parcial das infrações 05, 06 e 08. Deste modo, para essas infrações realizou um depósito administrativo, relativamente ao valor que entende como incontroverso, devendo tais valores ser convertidos em renda em favor do Erário, extinguindo-se, igualmente, a obrigação tributária.

Quanto especificamente à infração 01, afirma que da análise das notas fiscais apuradas, percebe-se que grande parte dos produtos circulados não estão sujeitos ao regime de substituição, seguindo em anexo a relação das notas fiscais equivocadamente consideradas, conforme comprovam o NCM destacado (doc. 03). Entende que as mesmas devem ser excluídas do lançamento.

Afirma o autuado, quanto à infração 02, que conforme se depreende das notas fiscais apontadas na autuação como sendo as notas fiscais de entradas, que amparariam o crédito tributário constituído, percebe-se que se trata de notas fiscais que não espelham operações de circulação de

mercadoria. Isto porque, utilizou-se para a composição da base de cálculo notas fiscais relativas à: i) remessas em comodato; ii) empréstimos; iii) retorno de locação; iv) remessa para outra filial; e v) retorno em garantia; tudo isto devidamente demonstrado no detalhamento anexo (doc. 04).

Entende que devem ser excluídas da base de cálculo do lançamento, as notas fiscais relativas aos retornos de locação e retorno de garantia, posto que tais bens ingressaram, efetivamente, no estabelecimento da Impugnante, em momento anterior ao do “retorno”.

Afirma que, se houver alguma operação a ser tributada não deveria ser a de retorno, mas sim as “entradas”, nas hipóteses em que se trate, efetivamente, de aquisição de bem destinado ao ativo imobilizado da impugnante.

Complementa que, além destas duas hipóteses, a fiscalização utilizou como base de cálculo do ICMS, notas fiscais que espelham remessas de bens locados ou empréstimo. Destaca que aplica-se, também, aos retornos em locação e demais situações apontadas, as considerações que se ter-se-á adiante.

Acrescenta que a cobrança do imposto perpetrada, jamais poderia resultar na exigência de imposto sem antes a fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado. Especialmente considerando que a operação, supostamente realizada pela Impugnante, diga-se, aquisição de bens destinados ao seu ativo permanente, lhe gera o direito ao crédito do ICMS incidente.

Considera a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e 18 do RPAF/BA, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está a não-cumulatividade, não havendo clareza da demonstração do imposto exigido. Esta necessidade, de recomposição da escrita fiscal, aplica-se não apenas para a presente infração, mas para todas aquelas em que há imputação de ICMS a pagar, ou alegação de utilização indevida de crédito pela Impugnante.

Assinala que as remessas em empréstimo/comodato, configuram hipóteses de não ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos delineados no art. 155, inc. II, da Constituição Federal, consoante entendimento da pacífica jurisprudência e da doutrina pátria.

Traz disposições legais, decisões dos tribunais e pareceres da Administração tributária deste Estado para corroborar com esse entendimento, consignando que, por meio de simples análise documental, se pode depreender a verdadeira natureza do fato fiscalizado (repita-se, de remessa de mercadorias alugadas), há de se efetivar o princípio da verdade material, declarando a improcedência do lançamento.

Complementa, afirmando que não há que se falar no pagamento de diferencial de alíquota, posto não houver a entrada de bem para integrar o ativo imobilizado da Impugnante.

Por fim, aduz que, caso entenda-se que se trata de aquisição de bens destinados ao Ativo Imobilizado, é imperioso que se reconheça, também, o direito ao creditamento por parte da Impugnante do ICMS que será pago, fato que transformará o presente processo em mera burocratização procedimental, já que o valor do ICMS a ser pago é exatamente o mesmo que será creditado pela Impugnante, sob pena de malferimento da Constituição Federal, da Lei Kandir e da própria legislação Estadual.

Alega, também, que apesar de negado tem direito à redução inserta na regra contida no art. 83, combinado com o art. 624 do RICMS/BA, qual seja de redução da base de cálculo da operação, a base de cálculo para apuração do ICMS devido na transferência de ativos deve ser reduzida em 95%, tendo como condição para tanto a escrituração de tais bens, traz decisões desse CONSEF: (CAMARA SUPERIOR - PROCESSO - A.I. N° 233000.0103/01- ACÓRDÃO CS N° 0166-21/02); (1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - PROCESSO - AI N° 000.892.710-3/99 - ACÓRDÃO CJF N° 0362/99).

Destaca que, além de não haver considerado a necessária redução da base de cálculo, a fiscalização também inseriu na base de cálculo do presente Auto de infração, valores atinentes a notas fiscais consideradas em duplicidade.

Entende que a inconsistência revela a nulidade do lançamento, nos termos do art. 18 do RPAF/BA, tendo em vista que não é possível, pelos elementos constantes do Auto de infração, identificar o “montante do débito tributário”, de modo que não é possível convalidar o lançamento.

No caso da infração 03, afirma que os equívocos foram diversos, conforme demonstrativos anexos.

Assegura que o autuante utilizou na composição da base de cálculo da infração notas fiscais que sequer representam operações tributáveis, como, por exemplo, notas fiscais de retorno de locação, além de utilizar notas fiscais que já haviam sido objeto da infração 02. (doc. 06), ensejando a sua nulidade, tendo em vista os equívocos cometidos ou corrigindo-os e reduzindo-se do valor do crédito tributário constituído, os valores indevidamente inseridos.

No que alude a infração 04, afirma que, ao contrário do quanto se alega, escriturou a maior parte das notas fiscais tidas como não escrituradas e, por consequência, levou em consideração o ICMS nelas destacado na apuração do ICMS a pagar.

Explica que as escriturações de determinadas notas fiscais, utilizadas pela fiscalização, ocorreu em momento posterior ao da sua emissão, posto que em algumas situações, por questões logísticas, a mercadoria saía do estabelecimento do remetente no fim do mês e só era recebido (e escriturado) pela Impugnante, no mês seguinte (doc. 07). Complementa que a razão de ser da escrituração haver ocorrido em mês posterior ao da emissão das notas fiscais de, é uma questão logística. Esclarece que como algumas mercadorias vêm do Estado de São Paulo, em algumas situações a saída do estabelecimento do remetente ocorre em um mês, porém a entrada no estabelecimento da Impugnante só ocorre no mês seguinte.

Argumenta que não se esta cobrando obrigação acessória e sim obrigação principal, sendo indubitável que o imposto devido em razão das notas fiscais cotejadas pela fiscalização foi efetivamente recolhido (diga-se, foi inserido no encontro de contas da não cumulatividade do ICMS, para apuração do saldo a pagar do ICMS), a obrigação tributária está extinta, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Quanto às infrações 05 e 06, afirma que as entradas fiscalizadas foram, efetivamente, registradas, nos termos das demonstrações anexas (doc. 08), tendo os registros, porém, ocorrido em momento posterior ao da entrada, cabendo apenas multa por descumprimento de obrigação acessória.

Assegura que em relação à Infração 05, que as notas fiscais consideradas nesta infração são as mesmas que foram consideradas na infração 04.

Destaca que na Infração 06 a fiscalização considera notas fiscais em duplicidade (ou seja, considera a mesma Nota fiscal mais de uma vez), além de considerar Nota fiscal já considerada na própria infração 05, bem como tendo considerando Nota fiscal cancelada (e que, portanto, não representa operação alguma).

Requer a nulidade ou sucessivamente a retirada das notas fiscais efetivamente registradas, da base de apuração das multas aplicadas.

Entende que, no caso da Infração 07, os recolhimentos foram feitos no mês subsequente ao da emissão das notas fiscais, em razão de a escrituração das notas fiscais de entrada ter sido realizada também em mês posterior ao da sua emissão, ou seja, a Impugnante antecipou o ICMS devido, porém o fez no mês da escrituração da Nota fiscal e não quando da sua emissão. Afirma aplicar-se, portanto, para estas situações, o mesmo raciocínio desenvolvido para a Infração 04, de modo que não há que se falar em ICMS devido.

Afirmam que, além disso, apesar de extemporâneos, foram realizados com acréscimo de multas e juros, nos termos da legislação de regência, não podendo, portanto, serem desconsiderados.

No que alude à Infração 08, aduz não ter sido considerado recolhido o ICMS no regime de antecipação, o fez no regime regular de apuração, recolhendo-o quando da saída das mercadorias (doc. 10).

Pontua que este Conselho de Fazenda tem entendimento reiterado no sentido de que, se o ICMS foi recolhido pelo regime normal de apuração, é improcedente a sua cobrança por meio de lançamento de ofício. É dizer, se o contribuinte, tal como ocorreu com a Impugnante, deixou de antecipar o ICMS, mas o recolheu no momento da saída da mercadoria, não se pode falar em débito de ICMS, posto que a obrigação fora extinta nos termos do art. 156, I, CTN.

Com efeito, afirma o autuado, que é ilegítima a cobrança do imposto, assim como da própria multa aplicada, posto que não se pode falar em descumprimento de obrigação acessória se não há descumprimento da obrigação à qual ela é acessória (diga-se, da obrigação principal).

Argumenta que, se o objeto do lançamento é a cobrança de ICMS não recolhido ou recolhido a menor em operações sujeitas à substituição tributária, deverão ser excluídas as situações em que o recolhimento efetivamente ocorreu.

Requer a nulidade ou a exclusão dos valores efetivamente pagos pela Impugnante da base de cálculo das infrações.

Pede diligência tendo em vista a existência de vícios que comprometem a quantificação do crédito tributário discutido, no intuito de que sejam comprovados os fatos alegados, caso não acolhidos de pleno por este Conselho de Fazenda, tendo em vista que o lançamento vergastado não está correto.

Requer a nulidade ou, caso entenda-se pela improcedência do lançamento, que sejam superadas as nulidades existentes para que se reconheça a total improcedência do lançamento, nos termos acima.

Protesta e requer ainda por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência fiscal (art. 123 e 145 do RPAF/BA), para que sejam elucidadas as divergências existentes entre o entendimento das fiscais e aquilo que fora aventado pela Impugnante, bem como pelo direito de sustentar oralmente as razões aqui aduzidas.

Outrossim, requer que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, Octavio Bulcão Nascimento, inscrito na OAB/BA sob o nº 12.009, com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA, sob pena de nulidade.

As autuantes, às fls. 1959 a 1971 dos autos, apresentam a informação fiscal aduzindo que, preliminarmente, ratificam em sua totalidade o procedimento fiscal adotado em razão de ter sido lavrado o Auto de infração com base nos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pela Autuada, cujas infrações cometidas estão descritas com os elementos e fundamentação legal pertinentes atendendo assim as determinações contidas no RPAF vigente.

Entendem que o cerceamento de defesa alegado pela autuada tem uma argumentação frágil e não reflete a verdade, uma vez que o mesmo contém todos os elementos que caracterizam as infrações apuradas, como a descrição da infração com a capitulação legal, os dispositivos infringidos e artigos da multa aplicada, a indicação dos Anexos onde se encontram os Demonstrativos Fiscais, contendo informações detalhadas referentes às respectivas infrações, indicando de acordo com a natureza da irregularidade apurada, os valores dos débitos, números de notas fiscais, datas de ocorrências, descrição, códigos e valores dos produtos, códigos NCM, CFOP, estado de origem etc.

Complementam que, além disso, foram anexadas, como meio de prova, cópias de notas fiscais, páginas dos Livros Fiscais e diversas correspondências trocadas entre esta fiscalização e os representantes do contribuinte, que demonstram o acompanhamento por parte da Impugnante de todas as etapas dos trabalhos de levantamento fiscal.

Consignam que o autuado não interpretou corretamente o quanto demonstrado no Anexo II, às fls. 127 à 169, que detalha os Créditos Indevidos, e aponta além do número da Nota fiscal, a descrição do produto, o código NCM e o valor do crédito. Também foram anexadas cópias de notas fiscais que fazem parte, como prova em amostragem, do levantamento do débito referente à utilização do crédito indevido. Esclarecem que o demonstrativo do Crédito Indevido se encontra na íntegra no CD-R apenso às fls. 125, cuja cópia foi entregue contra recibo à autuada.

Aduzem que a afirmação de que não foram juntadas provas documentais, tem como origem a falta de análise dos anexos acostados ao PAF.

Afirmam não caber as alegadas nulidades posto que o presente Auto de infração cumpre todas as formalidades previstas no RPAF, contém descrição detalhada das infrações e os respectivos enquadramentos legais, além de fartamente documentado com demonstrativos complementares e cópias de notas e livros fiscais em anexos.

Concluem que estão robustamente comprovadas todas as infrações que ensejaram a lavratura e constituição do crédito tributário, como é seu dever e obrigação.

Destacam o indevido argumento sobre a nulidade tendo em vista a inconsistência do lançamento, quando na verdade, se houvesse fundamento as suas argumentações o Impugnante não teria identificado e reconhecido os débitos exigidos nas infrações 09 e 10, além do pagamento parcial das infrações 01, 02, 03, 04 e 07.

Quanto ao mérito da infração 01, afirmam que o autuado anexa a relação das NF envolvidas no documento 03, mas na verdade, se encontra no documento 04 e, diferente do alegado pelo sujeito passivo, há de prevalecer à exigência, uma vez que se tratam de mercadorias da substituição tributária previstas no art.353, item 16 e sub itens 16.11.5 e 16.15.4, – Alteração nº Sete (Decreto nº 7.365 de 01/07/98), com efeito 02/07/98 a 31/12/2008, referentes aos NCM 3506.99.00 e rol daqueles sujeitos à substituição, demonstrando desta forma desconhecimento da legislação tributária, conforme transcrição efetuada pelo autuante.

Concluem que, conforme os textos do Regulamento indicado acima, os produtos citados na peça de Defesa estão sim incluídos no art. 353 do RICMS.

Com relação à infração 02, afirmam que, no que se refere ao documento 05 (e não documento 04 conforme citado na peça de defesa), analisaram as diversas notas fiscais anexadas pelo contribuinte e de fato, a fiscalização induzida pela colocação equivocada do CFOP, incluiu no levantamento, reconhecendo nesta oportunidade apenas as notas a seguir relacionadas, por se tratarem de retorno de locação, devolução, empréstimo e remessas em comodato por terem sido contempladas em notas de simples remessas: Exercício de 2007 - Vol V: NF nº 6369 - pag 1467; NF nº 462 - pag 1470; NF nº 32820 - pag 1474; NF nº 32819 - pag 1476. Para o Exercício de 2008 - Vol V: NF 193265 - pag 1656 NF nº 702 - pag 1672; NF nº 34839 - pag 1512.

Quanto à arguição do autuado relativa à improcedência da autuação, da não incidência de ICMS nas operações de Locação, alinham que, com a finalidade de confundir os Julgadores o autuado cita operações de comodato e junta cópias de notas fiscais de Remessa em Comodato com os respectivos Contratos, que não foram objeto da autuação, pois sabe-se que esta operação não é tributada pelo ICMS.

A seguir relacionam as referidas notas fiscais, ratificando que não estão incluídas nos Demonstrativos do débito apurado por Diferencial de Alíquota nas Aquisições de ativo Imobilizado: Exercício de 2007 - Vol V; NF nº 33043, pag. 1479 e NF nº 45656, pag 1483; Para o Exercício de 2008 - Vol V: NF nº 755713, pag 1494, NF nº 34614, pag 1495, NF nº 755710, pag 1457,

NF nº 34617, pag 1458, NF nº 755707, pag 1500, NF nº 34618, pag 1501, NF nº 755709, pag 1503, NF nº 34615, pag 1504, NF nº 755706, pag 1506, NF nº 34619, pag 1507, NF nº 755711, pag 1509, NF nº 34616, pag 1510, NF nº 34935, pag 1515, NF nº 35021, pag 1518, NF nº 35022, pag 1525, NF nº 35020, pag 1527, NF nº 35069, pag 1530, NF nº 35072, pag 1533, NF nº 35071, pag 1536, NF nº 35070, pag 1539, NF nº 35314, pag 1543, NF nº 35315, pag 1546, NF nº 35313, pag 1549, NF nº 35450, pag 1553, NF nº 35464, pag 1556, NF nº 36079, pag 1562, NF nº 36078, pag 1568, NF nº 36154, pag 1572, NF nº 36146, pag 1575, NF nº 36151, pag 1578, NF nº 35910, pag 1582, NF nº 36247, pag 1585, NF nº 36248, pag 1590, NF nº 36246, pag 1595, NF nº 36249, pag 1600, NF nº 36394, pag 1605, NF nº 36398, pag 1610, NF nº 36337, pag 1615, NF nº 36354, pag 1626. NF nº 36399, pag 1620.

Ressaltam que as operações com ativo imobilizado objeto da autuação se referem a bens que entram no estabelecimento da Bahia como “remessa por conta e ordem” ou simplesmente “remessa” dando entrada no estabelecimento com CFOP 2949 - Outras Entradas Não Especificadas.

Explicam que ao registrar a entrada, esses bens são classificados na Marcosa filial de Salvador, estabelecimento fiscalizado, com o código de produto na categoria de “MAQ” que pela tabela de códigos entregue pela autuada, anexa às fls. 108 - Vol I se refere a “Movimentação do Ativo Imobilizado”, muito embora não seja feito o lançamento na rubrica correta, com o fim único e exclusivo de fugir à tributação. Também às fls. 36 - Vol I, traz referências para os códigos dos produtos, ratificados em Ata às fls. 79 a 83 - Vol I. Portanto, como se pode comprovar, é a própria autuada quem afirma serem esses bens pertencentes ao seu ativo imobilizado.

Complementam que: *“esses equipamentos também são enviados diretamente para a MARCOSA Salvador, com CFOP 6923 – Remessa por Conta e Ordem, pela Caterpillar, localizada no estado de São Paulo, que emite uma outra nota com destaque de ICMS para Fortaleza, onde fica a Matriz (jogo de contas). Estas notas fiscais são emitidas no mesmo dia ou com um hiato de apenas um dia, não sendo por si só documento fiscal hábil e exigido para caracterizar a operação que é triangular. Fica patente a ausência de uma nota fiscal de transferência de imobilizado da MARCOSA Fortaleza para MARCOSA Salvador, que não faz o registro dos bens do imobilizado, como demonstram as notas fiscais anexadas por amostragem às fls. 539 a 557 - Vol II.”*

Para reforçar, como meio de prova, anexamos a correspondência interna, às fls. 65 - Vol I, da Marcosa Fortaleza, que confessa: “Peço que ao enviar a NF. 137404 para a contabilidade anexe a referida carta e cópia da NF de venda 032725 de 28/02/2004. Via malote envio a NF (original) de Saída em locação 000462 de 28/04/2006 e contrato de locação, que tem efeito de transferência do estoque de Fortaleza para o estoque de Salvador”. Os grifos são nossos.”

Com esse procedimento, aduzem as autuantes, que o Impugnante além de lesar o estado da Bahia com essas operações triangulares irregulares, sob um manto de suposta “legalidade” enviando bens do ativo imobilizado para locação ainda pratica uma concorrência desleal e predatória em relação às demais empresas do mesmo ramo, aqui estabelecidas, que agem em conformidade com a legislação, ou seja, incorporando estes bens ao ativo permanente, efetuando o pagamento do diferencial de alíquota devido e utilizando os créditos conforme previsto no RICMS. Fica claro que essas transações irregulares resultam para a MARCOSA em um custo bem mais reduzido em relação aos custos dos seus concorrentes, pois está se beneficiando conscientemente dessas transações irregulares.

Destacam ter chamado a atenção os valores pagos a título de diferencial de alíquota de alguns bens de uso e consumo e de imobilizado, que são ínfimos.

Com relação à Infração 2, afirmam que resta apenas reconhecer o alegado pagamento do DIFAL referente ao mês de junho de 2009 no valor de R\$1.452,53.

Quanto à alegada ausência da apuração dos créditos do Ativo Permanente - CIAP afirmando que a fiscalização deveria ter feito a recomposição da escrita fiscal para que pudessem ser escriturados os créditos com o lançamento da proporção de 1/48 do imposto conforme disposto na legislação no que tange à tributação de bens do ativo imobilizado, afirmam que não poderiam proceder à

recomposição da escrita sem que tenha havido o pagamento do imposto. Entendem que não há como apropriar os créditos se o contribuinte não efetivou a quitação do imposto pelas aquisições interestaduais (transferências) dos bens do ativo permanente.

Aludem que cabe ao autuado, após fazer o pagamento do imposto reclamado no auto de infração, requerer a reconstituição da escrituração fiscal para que possa fazer jus ao aproveitamento do crédito conforme disposto na legislação do RICMS.

Quanto ao pedido de redução da base de cálculo, afirmam, inicialmente, que não são "eventuais formalidades", afirmado pelo sujeito passivo, o não registro dos bens do ativo imobilizado, nem tampouco a falta de recolhimento do ICMS devido por DIFAL e sim a falta de cumprimento de uma Obrigação Tributária principal, o que retira do contribuinte o direito de usufruir qualquer benefício previsto na legislação, pois se assim fosse trataria de forma igualitária os desiguais.

Quanto às decisões trazidas pelo autuado: (CAMARA SUPERIOR - PROCESSO - A.I. Nº 233000.0103/01-ACÓRDÃO CS Nº 0166-21/02); (1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - PROCESSO - AI Nº 000.892.710-3/99 - ACÓRDÃO C/JF Nº 0362/99) "(sic), afirmam que as respectivas ementas definitivamente não se aplicam ao motivo da autuação, vez que em momento algum foram apresentados documentos fiscais que comprovem tal transação: "transferências de ativo Imobilizado". Então o autuado não pode pleitear o benefício da redução de base de cálculo para operações simuladas, que só foram detectadas pela fiscalização, como já citado exaustivamente acima: "Remessas por Conta e Ordem", "Simples Remessa" dentre outras.

Quanto à infração 03, no que se refere às arguições do autuado de que: *"No caso em tela, observa-se a ocorrência de erro de fato, o qual se configura quando a autoridade competente relata o acontecimento de forma equivocada, acarretando, assim, uma distorção da realidade. De fato, houve um evento no mundo fenomênico, entretanto, o referido evento foi definido em desacordo com sua real extensão. Assim, ao definir o evento de forma equivocada, incide-se, também, em erro no que tange ao seu enquadramento jurídico, já que se cria uma nova situação divergente daquela efetivamente observada."*, afirmam as autuante que o autuado torna-se repetitivo ao insistir em descaracterizar a cobrança do diferencial de alíquota sobre os bens do ativo imobilizado. O quantum pago foi literalmente considerado nos levantamentos fiscais e abatido do débito apurado.

Contestam os argumentos alinhados pelo sujeito passivo, quanto à infração 04, relativa à escrituração posterior a emissão das notas fiscais, aduzem que há de prevalecer a exigência da autuação visto que encontram-se nos autos, às fls. 30, 37, 43 e 53 Intimações Fiscais, bem como às fls. 69 Ata de reunião realizada em 08/04/2010 e às fls. 76, Ata de reunião do dia 06/10/2010 e fls. 78, Ata de 04/11/2010 onde registram, de forma insistente, por reiteradas vezes a falta de escrituração de um volume expressivo de notas fiscais. Argumentam os autuantes, que se até a data de 04/11/2010 estas notas não estavam ainda escrituradas, não se pode admitir como prova de escrituração, cópias de um de Livro de Registro de Entradas lançadas em 22/01/2010, como se pode atestar às fls. 1743 à 1768.

Além do mais, continuam as autuantes: *"como se justifica, notas de 2008 lançadas em janeiro de 2010, se no item 97 da peça de defesa, acima transcrito, o próprio autuado confessa que existe um interregno de um mês para serem escrituradas, em notas vindas de outras unidades da Federação principalmente São Paulo?"*

Quanto ao alegado relativo à infração 08, afirmam que não foi em momento algum reclamado imposto e sim aplicada a multa percentual pelo não recolhimento da antecipação parcial prevista na legislação pertinente como se pode comprovar nos Demonstrativos contidos no Anexo IX - Vol I, às fls. 366 a 421 em que se encontra em destaque no resumo do débito apurado, a aplicação apenas da multa de 60%, conforme previsão legal.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 10 infrações, tanto por descumprimento de obrigação acessória como principal, já devidamente relatadas.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; diferente do alegado, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, além disso, foram anexadas, como meio de prova, cópias de notas fiscais, páginas dos Livros Fiscais e diversas correspondências trocadas entre a fiscalização e os representantes do contribuinte, que demonstram o acompanhamento por parte da impugnante de todas as etapas dos trabalhos de levantamento fiscal, foram entregues ao autuado demonstrativos fiscais, contendo informações detalhadas referentes às respectivas infrações, indicando de acordo com a natureza da irregularidade apurada, os valores dos débitos, números de notas fiscais, datas de ocorrências, descrição, códigos e valores dos produtos, códigos NCM, CFOP, estado de origem, etc. Os esclarecimentos, inclusive prévios, dos valores e dados para efetuar o presente lançamento foram de tal forma que o autuado entendendo a correção de muitas exigências reconheceu integral ou parcialmente os valores reclamados, recolhendo-os ou efetuado depósito administrativo.

Verifico que o Anexo II, às fls. 127 a 169, que detalha os Créditos Indevidos, aponta além do número da nota fiscal, a descrição do produto, o código NCM e o valor do crédito. Também foram anexadas cópias de notas fiscais que fazem parte, como prova em amostragem, do levantamento do débito referente à utilização do crédito indevido. O demonstrativo do Crédito Indevido se encontra na íntegra no CD-R apenso às fls. 125, devidamente entregue ao sujeito passivo.

As alegações de nulidade são inespecíficas, trazendo o sujeito passivo questões meritórias em suas arguições, muitas vezes imprecisas, como se nulidades fossem, a exemplo de - duplicidades de notas, utilização de uma mesma nota em mais de uma infração ou valores pagos e não considerados- que serão tratadas no momento próprio. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia, visto, inclusive, não haver se caracterizado as arguidas existências de erros materiais na composição do *quantum debeatur*, erro de fato ou de direito de tal forma que ensejassem tais providências, conforme abordado na análise do mérito, visto, inclusive, as correções efetuadas pelas autuantes do quanto devido em sua informação fiscal, relativo à infração 02.

O sujeito passivo não apresenta impugnação em relação às infrações 09 e 10, reconhecendo a suas procedências e indicando o seu pagamento, bem como as infrações 05, 06 e 08, afirma ter efetuado depósito administrativo do valor que entende devido. Em relação às aludidas infrações 09 e 10, compete consignar que foram imputadas em consonância com a Legislação Tributária do Estado da Bahia, atendendo ao devido processo legal, portanto, são procedentes, devidamente reconhecidas pelo autuado, devendo serem mantidas integralmente.

As infrações impugnadas pelo autuado são as de número 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08, as quais o autuado afirma reconhecer parcialmente as exigências, contudo se insurge, alinhando argumentos através dos quais pretende elidir a exigência das parcelas não reconhecidas.

No que tange ao mérito da infração 01, diferente do afirmado pelo sujeito passivo, conclui-se de plano que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, vide relação

trazida pelo autuado das NF no documento 04, pois estão previstas no RICMS/BA, em seu art. 353, item 16 e sub itens 16.11.5 e 16.15.4, – Alteração nº. Sete (Decreto nº 7.365 de 01/07/98), com efeito, 02/07/98 a 31/12/2008, referentes aos NCM 3506.99.00, e rol daqueles sujeitos à substituição.

Sendo assim, os produtos citados na peça de defesa estão incluídos no art. 353 do RICMS, cabendo a manutenção da Infração 01.

Em relação à infração 02, no que se refere ao documento 05 (e não Documento 04 conforme citado na peça de defesa), em que o autuado alega serem: “i) remessas em comodato; ii) empréstimos; iii) retorno de locação; iv) remessa para outra filial; e v) retorno em garantia; tudo isto devidamente demonstrado no detalhamento”, de plano os autuantes acertadamente analisaram as diversas notas fiscais anexadas pelo contribuinte restando a correta conclusão de que induzidos pela colocação incorreta do CFOP, incluíram no levantamento, restando o reconhecimento apenas das notas a seguir relacionadas, por se tratarem de retorno de locação, devolução, empréstimo e remessas em comodato por terem sido contempladas em notas de simples remessas: Exercício de 2007 - Vol V: NF nº 6369 - pag. 1467; NF nº 462 - pag. 1470; NF nº 32820 - pag. 1474; NF nº 32819 - pag. 1476. Para o Exercício de 2008 - Vol V: NF 193265 - pag. 1656; NF nº 702 - pag. 1672; NF nº 34839 - pag. 1512. Assim, resta a exclusão das mesmas, conforme demonstrativo final do presente voto.

Em relação à arguição de não incidência de ICMS nas operações de locação, na verdade o sujeito passivo cita operações de comodato e junta cópias de notas fiscais de remessa em comodato com os respectivos contratos, que não foram objeto da autuação. As autuantes, com propriedade, relacionam notas fiscais, indicadas pelo autuado, destacando o fato de que as mesmas não estão incluídas nos Demonstrativos do débito apurado por Diferencial de Alíquota nas Aquisições de ativo Imobilizado: Exercício de 2007 - Vol V; NF nº 33043, pag. 1479 e NF nº 45656, pag 1483; Para o Exercício de 2008 - Vol V: NF nº 755713, pag 1494, NF nº 34614, pag 1495, NF nº 755710, pag 1457, NF nº 34617, pag 1458, NF nº 755707, pag 1500, NF nº 34618, pag 1501, NF nº 755709, pag 1503, NF nº 34615, pag 1504, NF nº 755706, pag 1506, NF nº 34619, pag 1507, NF nº 755711, pag 1509, NF nº 34616, pag 1510, NF nº 34935, pag 1515, NF nº 35021, pag 1518, NF nº 35022, pag 1525, NF nº 35020, pag 1527, NF nº 35069, pag 1530, NF nº 35072, pag 1533, NF nº 35071, pag 1536, NF nº 35070, pag 1539, NF nº 35314, pag 1543, NF nº 35315, pag 1546, NF nº 35313, pag 1549, NF nº 35450, pag 1553, NF nº 35464, pag 1556, NF nº 36079, pag 1562, NF nº 36078, pag 1568, NF nº 36154, pag 1572, NF nº 36146, pag 1575, NF nº 36151, pag 1578, NF nº 35910, pag 1582, NF nº 36247, pag 1585, NF nº 36248, pag 1590, NF nº 36246, pag 1595, NF nº 36249, pag 1600, NF nº 36394, pag 1605, NF nº 36398, pag 1610, NF nº 36337, pag 1615, NF nº 36354, pag 1626. NF nº 36399, pag 1620.

As operações com ativo imobilizado, objeto da autuação, se referem a bens que entram no estabelecimento da Bahia como “remessa por conta e ordem” ou simplesmente “remessa” dando entrada no estabelecimento com CFOP 2949 - Outras Entradas Não Especificadas.

Ocorre que, de acordo com os elementos e explicações dos autuantes, por nós acolhidos, os aludido bens são classificados no estabelecimento autuado, Marcosa filial de Salvador, com o código de produto na categoria de “MAQ” que, conforme tabela, anexa às fls. 108 - Vol I, fornecida pelo autuado, se refere a “Movimentação do Ativo Imobilizado”, chamando a atenção de que não é feito o lançamento na rubrica correta. Destacam os autuantes na informação fiscal, com relevância, que também às fls. 36 - Vol I, traz referências para os códigos dos produtos, ratificados em Ata às fls. 79 a 83 - Vol I, concluindo que é a própria autuada quem afirma serem esses bens pertencentes ao seu ativo imobilizado.

Cabe pertinência as explicações oferecidas pelas autuantes quanto aos bens destinados ao ativo imobilizado do autuado, de que: “*esses equipamentos também são enviados diretamente para a MARCOSA Salvador, com CFOP 6923 – Remessa por Conta e Ordem, pela Caterpillar, localizada no estado de São Paulo, que emite uma outra nota com destaque de ICMS para Fortaleza, onde fica a Matriz (jogo de contas). Estas notas fiscais são emitidas no mesmo dia ou com um hiato de apenas um dia, não sendo por si só documento fiscal hábil e exigido para caracterizar a*

operação que é triangular. Fica patente a ausência de uma nota fiscal de transferência de imobilizado da MARCOSA Fortaleza para MARCOSA Salvador, que não faz o registro dos bens do imobilizado, como demonstram as notas fiscais anexadas por amostragem às fls. 539 a 557 - Vol II.”

No que enseja a arguição do autuado de ausência da apuração dos créditos do Ativo Permanente - CIAP afirmando que a fiscalização deveria ter feito a recomposição da escrita fiscal para que pudessem ser escriturados os créditos com o lançamento da proporção de 1/48 do imposto conforme disposto na legislação no que tange à tributação de bens do ativo imobilizado, cabe sopesar que tais créditos devem ser requeridos na forma prevista do RICMS/BA, após o devido pagamento da exigência tributária em questão, uma vez que não há como apropriar os créditos se o contribuinte não efetivou a quitação do imposto pelas aquisições interestaduais (transferências) dos bens do ativo permanente, não havendo, também, necessidade da fiscalização refazer a conta corrente do sujeito passivo para exigir o ICMS relativa à diferença de alíquota, já que os bens em questão forem identificados e individualizados em suas respectivas notas fiscal, podendo ser, assim, apurado o imposto devido em cada nota fiscal.

Quanto ao pedido de redução da base de cálculo, amparada por ementas de decisões desse CONSEF, realmente não pode ser acolhido, vez que não cabe ao autuado a fruição do benefício da redução da base de cálculo para operações simuladas, sem os documentos próprios, que só foram detectadas através de uma ação fiscal, consoante texto normativo constante do art. 83, II, “c” do RICMS/BA, ao determinar que não prevalecerá a redução da base de cálculo em se tratando de mercadorias cujas entradas e saídas não se realizarem mediante a emissão de documentos fiscais próprios, ou deixarem de ser regularmente escrituradas nos livros fiscais pertinentes.

Diante do exposto, cabe a manutenção parcial da infração 02, conforme demonstrativo a seguir que contempla as exclusões das notas fiscais acima reconhecidas pelos autuantes. Observando que o valor pago, relativo à diferença de alíquota, também reconhecida pelos mesmos, referente ao mês de junho de 2009 no valor de R\$1.452,53, conforme consta a fl. 583, do livro de Registro de Apuração do ICMS.

EXERCÍCIO	MÊS - OCORRÊNCIA	TOTAL DIFAL	VALORES EXCLUÍDOS
2007	JAN	1.276,56	
2007	FEV	780,1	Exclusão da notas fiscal n. 6369
2007	MAR	10.817,83	Exclusão das notas fiscais n. 462 e 32820, 32819
2007	ABR	11.501,03	
2007	MAI	309,3	
2007	JUN	321.755,83	
2007	JUL	1.736,62	
2007	AGO	16.767,48	
2007	SET	1.217,47	
2007	OUT	25	
2008	FEV	45.640,43	
2008	MAR	13.150,28	
2008	ABR	0,00	Excluído nota fiscal n.34839
2008	MAI	99,99	Excluída a nota fiscal 193265
2008	JUN	113.721,33	
2008	JUL	14,92	
2008	AGO	124.612,54	

2009	SET	461	
2008	NOV	85.155,06	Excluída a nota fiscal 702
2008	DEZ	203.996,76	
2009	JAN	40.052,34	
2009	JUN		Excluída conforme Pgtº R\$ 1.452,53 .
2009	SET	253,26	
2009	OUT	30.585,51	
TOTAL		R\$ 1.023.930,64	

No caso em tela, após as exclusões acima efetuadas, a infração 02 fica reduzida para exigência do ICMS no valor de R\$1.023.930,64.

Quanto à infração 03, o autuado, apesar de alegar, não consegue demonstrar a ocorrência de erro de fato, em que a autoridade competente relata o acontecimento de forma equivocada, acarretando, assim, uma distorção da realidade, não havendo, também, o erro no que tange ao seu enquadramento jurídico. A arguição do autuado não traz elementos objetivos específicos para elidir exigência fiscal, devendo a mesma ser mantida em sua integralidade. Apesar de alegar, o autuado não consegue provar a inclusão de notas fiscais de retorno e locação, inclusive objeto da infração 02, ou mesmo que o recolhimento integral do imposto devido, uma vez que não traz aos autos os elementos materiais e idôneos de tais assertivas.

No que tange a infração 04, cabe desvelar, preliminarmente, que o sujeito passivo em sua defesa não ataca especificamente os valores apurados ou dos cálculos efetuados na presente exigência, concentrando-se na alegação de ter escriturado as notas. Ficou evidenciado que encontra-se nos autos, conforme destacado pela fiscalização, às fls. 30, 37, 43 e 53, Intimações Fiscais, bem como, às fls. 69, Ata de reunião realizada em 08/04/2010 e às fls. 76, Ata de reunião do dia 06/10/2010 e fls. 78, Ata de 04/11/2010 onde as autuantes registraram, por reiteradas vezes, a falta de escrituração de um volume expressivo de notas fiscais.

Ficou evidente que as autuantes procuraram registrar o fato de que até a data de 04/11/2010 as notas sob exame não estavam ainda escrituradas, utilizando todos os meios, inclusive os não muito usuais com a realização de atas das reuniões com o contribuinte, para não serem surpreendidas com posteriores escriturações de notas fiscais, que até aquele momento não tinham sido escrituradas.

O fato é que, apesar das cópias de folhas dos livros, -apresentadas sem qualquer autenticação ou formalidade que caracterize a sua elaboração antes da ação fiscal-, portanto não acolhidas, o autuado não demonstra os valores efetivamente recolhidos que resultariam da efetiva escrituração que alega ter efetuado das aludidas notas fiscais, conforme se pode verificar dos documentos que acosta aos autos, às fls. 1729 a 1736, para amparar materialmente seus argumentos.

É relevante destacar a observação das autuantes, quando afirmam não se justificar a existência de notas fiscais de 2008 lançadas em janeiro de 2010, visto que o autuado insiste, em sua peça de defesa, em existir um intervalo de um mês para serem escrituradas, em notas vindas de outras unidades da Federação principalmente São Paulo.

Assim, não cabe abrigo as arguições do autuado, bem como não há legitimidade nas provas de escrituração das notas apresentadas, ora não acolhidas, restando à manutenção da presente exigência fiscal, ou seja, da infração 04.

As infrações 05 e 06 são multas imputadas por falta de registro das notas fiscais, respectivamente, tanto em relação às mercadorias tributáveis como não tributáveis, não restando comprovado os aludidos registros, tendo em vista, quanto à infração 05, as considerações já alinhadas na infração 04, uma vez que as notas alvo da exigência dessa infração 4 constam da infração 05, cabendo o

mesmo entendimento, acima alinhado, na infração 04, quanto à legitimidade das cópias dos livros apresentados pelo autuado às fls. 1743 a 1770 dos autos.

Em relação à infração 06, além de caber as mesmas considerações sobre a legitimidade das provas apresentadas na infração 04 e 05, o autuado não aponta as notas fiscais que alega já ter sido consideradas na própria infração 05 ou em duplicidade, bem como notas que não caberiam ser registradas, restando manter a multa por falta de registro das notas fiscais contendo mercadorias não tributáveis.

Da mesma forma, quanto à infração 07, não consegue demonstrar o impugnante que efetuou o recolhimento do imposto antecipado, antes da presente exigência fiscal, pois os documentos por ele acostados aos autos, às fls. 1772 a 1774, através dos quais assegura ter recolhido o imposto devido por antecipação através do regime de substituição tributária, exigido na presente infração, não demonstra efetivamente o recolhimento do imposto relativo às notas fiscais constantes, às fls. 251 a 364 dos autos, alvo da presente exigência fiscal, não cabendo, também, o raciocínio desenvolvido pelo autuado, relativo à infração 04, conforme alega se aplicar.

Cabe, por conseguinte, a manutenção da infração 07.

Do exame pontual dos argumentos relativos à infração 08, cabe assegurar que, diferente do alegado, não foi em momento algum reclamado imposto e sim aplicada a multa percentual por descumprimento da obrigação acessória por não ter o sujeito passivo recolhido tempestivamente o ICMS que deveria ser parcialmente antecipado na forma do art. 352-A do RICMS/BA, com esteio nos demonstrativos contidos no Anexo IX - Vol I, às fls. 366 a 421, em que se encontra em destaque no resumo do débito apurado, conforme se pode verificar com clareza solar que no mês de janeiro de 2007, à fl. 368, foi apurado o imposto antecipado a menos no valor de R\$38.783,32, com a aplicação apenas da multa de 60%, que resultou no valor da multa de R\$23.269,99, exatamente conforme exigido à fl. 08 no campo destinado ao demonstrativo do auto de infração. Com destaque para o fato de que o autuado reconhece parcela da multa que alega efetuar depósito administrativo, fato que evidencia, inquestionavelmente, o seu perfeito entendimento da infração imputada.

Aplicaram as autuantes, portanto, apenas a multa, conforme alinha o ar. 42, II, “d” da Lei 7014/96, pois a mesma é justamente pelo descumprimento de uma obrigação acessória, ou seja, a obrigação de antecipar “tempestivamente” parte do ICMS devido nas aquisições interestaduais, obrigação essa que foi descumprida.

Assim, a arguição do autuado de que efetuou o recolhimento do imposto, através do regime normal de apuração, não tem o condão de elidir a presente exigência fiscal e sim de confirmar o acerto das autuantes quando apenas aplicaram a multa por recolhimento intempestivo dos valores devidos na antecipação tributária parcial, conforme dispositivos por elas alinhados, albergando apenas a exigência de uma obrigação formal e não principal.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de infração, devendo ser considerando para efeito de pagamento, o quanto efetivamente recolhido após a ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de infração nº **127120002/11-7**, lavrado contra **MARCOSA S.A. MÁQUINAS E QUIPAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.131.419,65** acrescido das multas de 60% sobre R\$2.943.208,21 e de 70% sobre R\$188.211,44 previstas no art. 42, incisos II, “d”, “f”, III e VI, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no o valor de **R\$222.489,48**, previstas no art. 42, IX, XI, XIII-A, “i”, XX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR