

A. I. N° - 206951.0001/11-2
AUTUADO - MOVESA MOTORES E VEÍCULOS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 22.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0336-02/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações caracterizadas. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Contribuinte comprovou que houve lançamento em duplicidade em diversas notas fiscais de saída. Infração elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. 5. DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES. A ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE PARA ALIMENTAÇÃO DE SEUS EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAL DE CONSUMO. Restou comprovado que todas as notas fiscais estavam com o ICMS retido a título de substituição tributária, sendo as mercadorias destinadas a comercializado. Infração elidida. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeito os cálculos, uma vez que o contribuinte comprovou ter escriturado uma das notas fiscais. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/05/2011, reclama ICMS e aplica multa no valor histórico total de R\$91.808,59, decorrentes das seguintes irregularidades:

Infrações 01: Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$7.955,41, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados de 2008 e 2009.

Infrações 02: Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2008. Multa de R\$50,00.

Infração 03: Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$1.552,42, em decorrência de divergência entre os valores lançados no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Infração 04: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 44.299,04, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme demonstrativo às folhas 915 a 939 dos autos e cópias do livro Registro de Entradas nºs 31 e 32 e cópias das notas fiscais.

Infração 05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 18.419,43, referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Conforme notas fiscais por amostragem e demonstrativos às folhas 940 a 1.194 dos autos e cópias do livro Registro de Entradas.

Infração 06: Deixou de recolher ICMS diferido, no valor de R\$ 14.449,40, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Conforme notas fiscais e demonstrativos às folhas 1.195 a 1.241 dos autos.

Infração 07: Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$2.467,72, 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. Conforme notas fiscais e demonstrativos às folhas 1.242 a 1.289 dos autos.

Infração 08: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme notas fiscais e demonstrativos às folhas 1.290 a 1.308 dos autos. Multa no valor de R\$2.615,17.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 1.771 a 1.785, preliminarmente argüindo nulidade, citando como primeira causa de nulidade nasce porque o relato de algumas infrações, não traz, com a exaustão exigida pela lei, elementos para a exata compreensão da infração supostamente cometida pelo autuado e nem tampouco específica, com o rigor e exatidão necessários, os elementos que ensejaram a presente autuação. Sustenta que, não basta para o lançamento que se cite, de forma genérica e geral, alguns fatos constatados, ou que se indique que foram analisados alguns documentos. É preciso especificar quais foram os fatos constatados e os documentos analisados, bem como quais os períodos a que correspondem. Tal vício macula o exercício do direito de defesa do autuado, impossibilitando uma precisa identificação dos valores supostamente devidos, conforme consta na autuação.

Cita que na infração 03 a fiscalização desconsiderou informações fundamentais que constavam dos documentos fiscalizados, procedendo à lançamento indevido, além de equívocos procedimentais que revelam a ausência de cuidado necessário. Ademais, na infração 04, por exemplo, a Fiscalização inseriu no cômputo do crédito constituído diversas Notas Fiscais que não se enquadram no rol constante do art. 353 do RICMS/BA e, portanto, não poderiam ser utilizadas na definição da base de cálculo da infração, tendo em vista que se referem a

mercadorias que não estão enquadradas no regime de substituição tributária. A Fiscalização ignorou as especificidades das operações analisadas, tratando-as todas de uma mesma forma, sem considerar, por exemplo, que dentre as operações objeto da infração, houve devolução de mercadorias.

Argumenta que, mesmo ultrapassando as irregularidades acima apontadas, o Auto de Infração é nulo de pleno direito, por ter sido lavrado sem as cautelas que devem ser adotadas em razão da natureza jurídica de que goza. Isto porque, a Fiscalização entendeu e adotou como premissa, em diversas infrações, o fato de que todos os produtos envolvidos nas operações praticadas pela autuada estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, ou que todas as operações fiscalizadas teriam utilizados critérios de estorno ou de apuração do *quantum debeatur* equivocados. Com efeito, revela-se nulo o Ato Administrativo, posto que exarado com ausência das 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. Esta incoerência da Administração, por si só, já enseja 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.

Tece comentários sobre ato administrativo.

Alega-se que o autuado teria recolhido a menor o ICMS em função divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas e o escriturado no Livro Registro de Apuração de ICMS. Porém, em desrespeito à legislação de regência do ICMS, a fiscalização pautou seu entendimento sem os cuidados necessários na análise dos documentos contábeis do autuado, desconsiderando a existência de crédito escriturado, em favor do autuado, no seu Livro Registro de Apuração de ICMS.

Entende que a autuação é improcedente devido a existência de saldo credor de ICMS constante do livro Registro de Apuração do ICMS. Cita como exemplo que na infração 03 a Fiscalização entendeu a que o autuado recolheu ICMS a menos no mês de setembro de 2009, entretanto, conforme se denota do Livro Registro de Apuração do ICMS existia saldo credor de ICMS no valor de R\$4.389,71, não havendo que se falar em recolhimento a menos de ICMS, sob pena de flagrante desrespeito às regras impostas pela legislação de regência para cálculo do imposto.

Sustenta que a ausência de verificação do saldo credor de ICMS existente no Livro Registro de Apuração do ICMS não apenas ensejam a improcedência do lançamento, como também revelam a sua nulidade. O Auto de Infração impugnado carece de liquidez, sem o qual não se pode auferir sua validade, uma vez que o montante exigido pela fiscalização foi apurado de forma equivocada, na medida em que não foi considerado o saldo credor de ICMS existente no período autuado.

Sustenta que 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 à 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 pelo autuado.

Pondera que a contraposição do valor do tributo que se pretende exigir àquele que poderá ser creditado pelo autuado, é fundamental para que se apure, por exemplo, a existência, ou não, de prejuízo ao Erário, ou mesmo de crédito em favor da empresa. Nesse sentido, não se tendo realizado a reconstituição da escrita fiscal do autuado, deve o Auto de Infração ser prontamente cancelado.

Prosseguindo, alega improcedência da infração 04 em referência a base de cálculo utilizada está equivocada, pois grande parte dos produtos não estão sujeitos ao regime de substituição. Na

prática o que houve é que se computaram, por exemplo, todas as Notas Fiscais de entradas emitidas por um dos fornecedores do autuado (no caso a SCANIA), apesar de tal fornecedor também comercializar bens não sujeitos à antecipação.

Argumenta que, caso não se entenda pela total nulidade do lançamento em razão de a autuação estar em desconformidade com aquilo que preceitua a legislação que rege a Administração Pública e o próprio lançamento tributário, há, ao menos, de se determinar a exclusão de tais produtos da composição do *quantum debeatur*, posto que não faz parte do objeto da autuação. Portanto, em síntese, que o ICMS supostamente não pago pelo autuado, foi devidamente compensado, não havendo que se falar em débito de ICMS. À folha 1.780 elaborou relação das Notas Fiscais cujas mercadorias foram devolvidas e o crédito utilizado pelo contribuinte.

Infração 05 – Entende que a mesma é improcedente, pois, apesar de não ter, efetivamente, recolhido a parte que lhe competia do ICMS no regime de antecipação, o fez no regime regular de apuração, recolhendo-o quando da saída das mercadorias, de modo que não há de se falar em estorno de crédito.

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, devendo se aplicar o mesmo entendimento para o presente caso, em que se pretende glosar crédito de ICMS apurado pelo autuado, apesar de a operação, ao final, ter sido regularmente tributada. Com efeito, 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).

Infração 07 - Alega-se, nesta infração, que o autuado deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquota, entre alíquota interna e a interestadual. 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.

Ressalta que não foi observado que todas as Notas Fiscais utilizadas para quantificação da infração referem-se às Notas Fiscais de compra de ferramentas, diga-se, a Notas Fiscais cujas operações tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária. Com efeito, não havia diferencial de alíquota a recolher pelo autuado, posto que o ICMS já havia sido devidamente recolhido.

Infração 08 – Aduz que no relatório da fiscalização observa-se que a Nota Fiscal nº 210017, emitida em 13 de fevereiro de 2009, não fora registrada nos livros fiscais do autuado. Entretanto, tal conclusão se mostra equivocada, tendo em vista que a referida nota fiscal foi devidamente registrada em 25 de fevereiro de 2009, em perfeita consonância com a legislação de regência. O mesmo aplica-se em relação à nota fiscal nº 1711, ao apontá-la como ausente de registro na escrita fiscal. Todavia, a referida nota foi, devidamente, registrada em 06 de janeiro de 2010, não havendo que se falar, portanto, em quaisquer descumprimentos de obrigações tributárias acessórias, *in casu*, suposta ausência de registro das notas fiscais na escrita fiscal do autuado.

Destaca que, por fim, apontam-se 10 (dez) notas fiscais, supostamente não registradas na Escrita Fiscal do autuado, conforme tabela à folha 1.783. Porém, ao contrário do que se concluiu, as referidas Notas Fiscais foram substituídas (canceladas), com o posterior registro das novas Notas Fiscais, emitidas em substituição, na Escrita Fiscal do autuado. Ou seja, inexistiu infração à legislação tributária, na medida em que a entrada Notas Fiscais fiscalizadas não se materializou, tanto que não houve qualquer tipo de pagamento por parte do autuado ao remetente.

Entende que a multa de 60% é confiscatória.

Pugna pela realização de diligência fiscal no intuito de que sejam comprovados os fatos alegados pela defesa.

Ao finalizar, requer que seja julgado nulo 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) e que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, no endereço que indicou.

Na informação fiscal, fls. 1.815 a 1.820, ao contestar a defesa apresentada, ressaltando que o autuado apresentou impugnação ao lançamento de ofício, insurgindo-se, de forma subjetiva, contra as Infrações 01-02- 03-04-05-07-08 catalogadas no PAF, sem contudo apresentar prova convincente, que possa ilidir as referidas infrações nem apontar com precisão os erros, ditos cometidos, pela auditoria. Quanto a Infração 06 a defesa não se pronunciou.

Em relação ao argumento defensivo de cerceamento do direito de defesa, diz que não procede, já que, mesmo no decorrer dos trabalhos foram entregues a empresa demonstrativos de débito para conferência conforme documentos de fls. 11 e 12 do PAF. Isto é, demonstrativos de Auditoria do levantamento quantitativo de estoque referente ao crédito reclamado nas infrações 01; 02 e demonstrativo de Auditoria de Antecipação Tributária relativo à quarta Infração. Frisa que o autuado que, por negligência ou imperícia, não conferiu os mesmos. E quando da conclusão dos trabalhos foram entregues, outra vez, todos os demonstrativos de todas as infrações conforme documento à folha 1.763.

Assevera que não houve também citações genéricas como afirma o patrono da autuada. Houve sim, elaboração de todos os demonstrativos relativos a todas as infrações, os quais, repete, foram entregues ao representante da autuada e anexados ao PAF juntamente com os documentos que lhes deram origem, os quais não deixam dúvida quanto a veracidade dos fatos.

Em relação a alegação de inconsistência do lançamento, sustenta a defesa que a fiscalização entendeu que todos os produtos comercializados pela autuada estaria sujeitos a Antecipação Tributária. O que não corresponde à verdade. O que de fato ocorreu foi que a empresa a partir de 05/2008 quanto inúmeras mercadorias foram enquadradas no Regime de Substituição Tributária (como filtro de combustível por exemplo NCM 8421), a empresa continuou dando o tratamento de mercadoria com tributação normal inclusive utilizando o crédito. Portanto, não houve inconsistência de lançamento.

Com referência a infração 03, o patrono da autuada contesta todo o tempo a inexistência da infração porém os documentos constantes nos autos prova o contrário.

Em relação as infrações 01 e 02 a defesa não se manifestou de forma objetiva, limitando-se apenas a negar, de modo vago e impreciso, a existência das mesmas. Certamente por se tratar de levantamento físico quantitativo de estoque, cujos demonstrativos, foram entregues à autuada para conferência antes da conclusão dos trabalhos e esta não respondeu a solicitação da auditoria, isto é, deixou conferir. E desta feita também à defesa não foi incisiva quanto a essas infrações. Não anexou à impugnação qualquer documento que possa modificar o valor do lançamento do crédito tributário nessas infrações.

Relativamente a infração 03 a impugnação contesta o crédito reclamado na mesma, alegando falta de critério por parte da auditoria. Os documentos anexos ao PAF não deixam dúvida quanto a existência dessa Infração. Precisamente as cópias dos livros Registro de Saídas e RAICMS, fls. 905 e 910 há divergência entre os valores da Base de Cálculo de R\$518.207,59 no Livro de Saída e R\$509.022,21 no Livro Registro de Apuração, o que resultou no valor apurado e reclamado na Infração 03. Tudo conforme demonstrativos, fls. 878 às 914, do PAF.

Salienta que mais adiante nos itens 27, 30 e 31 o patrono da autuada alega que havia no livro Registro de Apuração do ICMS um saldo credor de R\$4.389,71 no período fiscalizado. Porém não

anexa a defesa cópia do mesmo e por conseguinte não se sabe a que saldo ele se refere. Mesmo porque todos os valores lançados nos livros foram também lançados nas planilhas de Cálculo inclusive o saldo credor do período anterior conforme demonstrativo em anexo aos autos. Há que se observar que, a apuração do ICMS é mensal. E ainda que haja saldo no fim do período não pode retroagir ao mês de setembro, quando o imposto foi reclamado. Ademais, como já foi dito, a cobrança resultou da diferença entre o valor escriturado no livro Reg. de Saída e de Apuração no mês retro mencionado conforme documentos de fls. 905 e 910.

Quanto a infração 04 aduz que a impugnação requer a nulidade dessa infração alegando que, a autuante incluiu nos cálculos da apuração do imposto diversas Notas Fiscais de mercadorias que não estão enquadradas na Substituição Tributária, bem como notas fiscais de mercadorias que forma devolvidas; no entanto não junta a sua petição documentos que possa comprovar suas alegações. Onde a própria autuante, dessa feita, pudesse corrigir, possíveis enganos. Na verdade a empresa é que não observou a alteração da Legislação do ICMS, que a partir de 01/06/2008 inclui na Substituição Tributária diversas mercadoria, que antes tinha tributação normal; como filtros, mangueira etc. (NCM 5909- 8421 etc.).

Registra que o autuado que requer seja procedida revisão fiscal e considerado o imposto anteriormente pago. Ocorre que todo o ICMS Antecipado com DAE ou com GNR constante nos documentos de fls. 934 a 939 do PAF foram computados nos cálculos do Imposto. Argumenta ainda que foram incluídas também nos cálculo mercadorias que foram devolvidas. Porém, suas alegações carecem de provas. Assim sendo, deve prevalecer o trabalho do agente fiscal já que está devidamente documentado.

No tocante a infração 05, ressalta que, primeiro, não cabe o autuado determinar como prefere pagar seu imposto. É a legislação do ICMS que determina como e quando o contribuinte deve recolher seus tributos. E segundo, a autuada em momento algum, prova que o imposto foi recolhido na saída. Terceiro, essa infração é consequência natural da anterior. Já que o crédito foi anteriormente utilizado na elaboração dos cálculos da Antecipação Tributária.

Em relação a infração 06 diz que a peça defensiva foi omissa. Não defendeu nem recolheu o valor do crédito reclamado na referida Infração.

Relativamente a infração 07 aduz que a abordagem feita pelo o patrono da autuada, no subitem 65 fls. 1782 do PAF a respeito dessa infração tem todo um aspecto de embromação. Já que o crédito ali reclamado se refere à aquisição de bens de uso consumo e ativo, conforme pode ser verificado nas notas, cópias anexas ao PAF fls.1246 a 1249.

No tocante a infração 08 observa um equívoco cometido pela auditoria quando da inclusão no demonstrativo de cálculo do imposto da Nota Fiscal nº 210017 que realmente está escriturada no livro Reg. de Entradas fls. 1470 do PAF. Em face do que, nessa oportunidade, o demonstrativo foi refeito retirando o referido documento ficando desse modo o valor apurado nesse item reduzido de \$R2.615,17 (dois mil seiscentos e quinze reais) para R\$2.605,69 (dois mil seiscentos e cinco reais e sessenta e nove centavos). Porém, o mesmo não pode ser feito com relação aos demais documentos, vez que, não há provas nos autos de que as mercadorias foram realmente devolvidas, ou que a NF de nº 1711 esteja realmente registrada. Elaborou novo demonstrativo de débito:

Data ocorr .Valor Histórico Valor Real

31/01/2008 - 1.401,44

31/07/2008 - 34,74

31/08/2008 - 10,74

30/11/2009 - 1.151,11

31/12/2009 - 7,66

Total de R\$ 2.605,69

Quanto às alegações de ilegalidade da norma regulamentar do RICMS aplicada, feita pelo patrono da recorrente, especialmente no que diz respeito a multa, dita “Confiscatória”, cabe ressaltar que o art. 167 do RPAF não permite nem que os julgadores aprecie a matéria. Assim expressa: Art. 167 – Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I- a declaração de inconstitucionalidade; Se falta competência aos órgãos julgadores, para apreciar e julgar a ilegalidade da legislação aplicada, com maior razão faltará ao agente do fisco; ao qual cabe apenas cumpri-la.

Ao final, diz que considerou válidas as alegações do registro das NFs. nº 210017, tanto que realizou minuciosa revisão do lançamento de ofício e elaborou um demonstrativo, anexo a essa informação, do qual o contribuinte já tomou ciência. Em decorrência, o valor originalmente exigido nessa infração ficou reduzido de R\$2.615,17 para R\$2.605,69. Quanto às demais infrações, mantém todos os termos da autuação, inclusive a forma de cálculo do ICMS devido por antecipação. Opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação defensiva, folhas 1.832 a 1.837, aduz que em razão da robustez de alguns dos argumentos apresentados, a Fiscalização apresentou novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor inicialmente lançado. Não obstante a referida redução, a manifestação em comento também abordou alguns outros pontos da impugnação, razão pela qual passou a tecer algumas considerações.

INFRAÇÕES 01 e 02 diz que a fiscalização deixou de considerar o saldo inicial inventariado de vários dos itens/produtos fiscalizados/autuados, conforme demonstra a planilha anexa (doc. 01). Seguem, ainda, em anexo, cópias do livro de Registro de Inventário, comprovadamente fiscalizados, que lastreiam a referida planilha (doc. 01). Com efeito, computando os produtos cujo estoque inicial não foi considerado no levantamento que consubstancia o lançamento, tem-se pela sua improcedência, já que não houve divergência de estoque e, por consequência, não há que se falar em omissão de entradas e/ou de saídas de quaisquer produtos. O que houve foi um equívoco na apreciação dos fatos fiscalizados, na medida em que se desconsiderou o saldo inicial inventariado para os produtos fiscalizados.

INFRAÇÃO 03 - referidas divergências ocorreram em razão do lançamento em duplicidade, no livro de registro de saídas de mercadorias, de algumas operações. Ou seja, escriturou-se, no livro de registro de saídas de mercadoria, duas vezes uma mesma operação, ao passo em que, no livro de registro de apuração do ICMS as operações foram corretamente escrituradas. Segue, anexa, planilha demonstrativa das operações escrituradas por equívoco, bem como cópia dos referidos livros (doc. 02). Frise que, excluindo-se da apuração do ICMS as operações lançadas em duplicidade, remanesceria, ao final do exercício fiscalizado, saldo credor do imposto em favor do autuado, além daquele eventualmente considerado pela fiscalização.

Reitera que não existe divergência efetiva entre os referidos livros, quando levada em consideração a verdade material dos fatos ocorridos. Outrossim, eventuais inconsistências de escrituração (leia-se, equívocos) não podem subsidiar a cobrança do imposto, que nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional, jamais poderá ter natureza sancionatória, não havendo que se falar em recolhimento a menor do imposto, já que todas as operações efetivamente ocorridas foram devidamente escrituradas no livro de registro de saída de mercadorias, bem como no livro de registro de apuração do ICMS.

INFRAÇÃO 04 – Diz que anexa os documentos que comprovam as suas razões defensivas, ou seja, os documentos fiscais que comprovam o seu direito creditório (doc. 03). Referida documentação comprova a existência de crédito em favor do autuado, o qual foi utilizado para “pagamento” do ICMS que seria devido em razão das operações fiscalizadas. É que nas hipóteses em que havia ICMS pago na qualidade de sujeito passivo por substituição, mas que as mercadorias eram posteriormente devolvidas aos destinatários, o autuado utilizava o ICMS anteriormente recolhido em razão das operações cujas mercadorias foram devolvidas para compensar o ICMS devido quando da entrada bens sujeitos ao mesmo regime. Este procedimento, inclusive, foi cancelado pela Administração Tributária Estadual em sede de Consulta Formal (doc. 03 da impugnação).

INFRAÇÃO 05 - Diz que não está discutindo se é, ou não, correta, a postura adotada pelo autuado quando do lançamento a débito do ICMS devido em razão da saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Fato é que as operações foram lançadas a débito, não podendo tal situação ser ignorada por este Conselho de Fazenda. Frisa 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, devendo se aplicar o mesmo entendimento para o presente caso, em que se pretende glosar crédito de ICMS apurado pelo autuado, apesar de a operação, ao final, ter sido regularmente tributada, não se pode falar em débito de ICMS, posto que a obrigação fora extinta nos termos do art. 156, I, CTN, bem como não se pode querer glosar os créditos decorrentes da entrada do bem (doc. 04).

INFRAÇÃO 07 – Alega que no presente caso, não foi observado que todas as Notas Fiscais utilizadas para quantificação da infração referem-se à Notas Fiscais de compra de ferramentas (doc. 05), diga-se, a Notas Fiscais cujas operações tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária e cujas mercadorias são habitualmente comercializadas pelo autuado. Com efeito, não havia diferencial de alíquota a recolher pelo autuado, posto que o ICMS já havia sido devidamente recolhido. Ademais, não se comprovou/justificou, quando do lançamento, que se trata de material de uso e consumo por parte do estabelecimento, situação que não se pode conceber, já que, na pior das hipóteses, os bens objetos das notas fiscais autuadas se enquadrariam enquanto bens destinados ao ativo imobilizado, não havendo que se falar na impossibilidade de creditamento. Assim sendo, o lançamento é improcedente, na medida em que o crédito glosado é legítimo e deve ser aproveitado pelo autuado.

INFRAÇÃO 08 - A Fiscalização reconheceu e reduziu o crédito tributário decorrente da não observação acerca do efetivo registro da Nota Fiscal nº 210017.

Entende que o mesmo aplica-se em relação à nota fiscal nº 1711, ao apontá-la como ausente de registro na escrita fiscal. Todavia, a referida nota foi, devidamente, registrada em 06 de janeiro de 2010, não havendo que se falar, portanto, em quaisquer descumprimentos de obrigações tributárias acessórias.

No que tange às outras 10 (dez) notas fiscais, supostamente não registradas na Escrita Fiscal do autuado, todas elas foram substituídas (canceladas), com o posterior registro das novas Notas Fiscais, emitidas em substituição, na Escrita Fiscal. Ou seja, inexistiu infração à legislação tributária, na medida em que a entrada Notas Fiscais fiscalizadas não se materializou, tanto que não houve qualquer tipo de pagamento por parte do autuado ao remetente.

FORNECEDOR	NOTA FISCAL	EMIÇÃO	VALOR EM R\$
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	330563	31/01/2008	1.928,09
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	330743	31/01/2008	23.087,33
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	300744	31/01/2008	56.688,19
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	330745	31/01/2008	3.064,88
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	330746	31/01/2008	55.375,83
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	94919	07/07/2008	3.473,97
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	98799	22/08/2008	578,88
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	27560	12/11/2009	17.790,00
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	27527	12/11/2009	71.044,35
SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM.	28398	19/11/2009	27.276,44

Lembrar que, na busca pela verdade material, cabe à Administração Tributária Estadual exaurir os meios postos ao seu alcance na busca da verdade material. No presente caso, em se entendendo pela necessidade de maiores comprovações acerca do quanto alegado pelo autuado, pode se determinar a intimação do seu fornecedor para que ateste pelo cancelamento das

operações. Deste modo, não há de prosperar a presente infração, em virtude da lisura do procedimento adotado pelo autuado que procedeu ao registro das notas fiscais, como determina o RICMS do Estado da Bahia.

Ao final, concorda com o parecer emitido pelo autuante somente no que diz respeito à redução proposta para a infração 08, mantendo, em todos os seus termos, as alegações até aqui sustentadas no que se refere à improcedência do lançamento, bem como requerendo sejam apreciadas as nulidades postas em sua defesa inaugural, a qual deve-se aqui ter por transcrita à integralidade.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JF decidido por sua conversão em diligência para que fosse produzida nova informação fiscal sobre a manifestação defensiva.

Cumprida a diligência, fls. 2.123 a 2.126, a autuante informa que a peça defensiva apresenta dessa feita fls. 1832, trata-se de cópias ilegíveis de parte da defesa anteriormente apresentada às fls. 1771; que não deveria ser aceita como peça do PAF.

Prosseguindo passou a analisar as infrações.

Infrações 01 e 02 - Continua a se manifestar de forma subjetiva, limitando-se apenas a dizer que em diversos produtos não foram computados os estoques iniciais certamente no exercício de 2009. Já que não se refere ao exercício no documento de fls. 1839 a 1841. Ainda assim, aponta apenas a mercadoria Tampa Central cód. 011354594 como não tendo sido considerado estoque inicial. O que não é verdade. Como pode ser observado nos cálculos do demonstrativo de fls. 119 e livro Reg. de Inventário folha 1.666 do PAF. Portanto não procede essa alegação.

Infração 03 - A impugnação alega que houve lançamento em duplicidade no livro Registro de Saída contesta o crédito reclamado na mesma, alegando falta de critério por parte da auditoria. Essa afirmação não corresponde à verdade. Se houve erro foi por parte da contabilidade da empresa. Como pode ser observado nas cópias dos livros Reg. de Saídas e RAICMS fls. 905 e 910 há divergência entre os valores da Base de Cálculo de R\$518.207,59 no Livro de Saída e R\$509.022,21 no Livro Reg. de Apuração, o que resultou no valor apurado e reclamado na Infração 03. Tudo conforme demonstrativos fls. 878 às 914 do PAF.

Quanto a alegação que havia no livro Reg. De Apuração do ICMS um saldo credor de R\$4.389,71 no período fiscalizado, ressalta que a defesa não anexa cópia do mesmo e por conseguinte não se sabe a que saldo ele se refere. Mesmo porque, todos os valores lançados nos livros foram também lançados nas planilhas de Cálculo, inclusive o saldo credor do período anterior, conforme demonstrativo em anexo. Há que se observar que, a apuração do ICMS é mensal. E ainda que haja saldo no fim do período não pode retroagir ao mês de setembro, quando o imposto foi reclamado. Ademais, como já foi dito, a cobrança resultou da diferença entre o valor escriturado no livro Reg. de saída e de Apuração no mês retro mencionado conforme documentos de fls. 905 e 910.

Infração 04 - A impugnação dessa feita, já mudou seu questionamento quanto a infração 04 Antecipação Tributária. Na segunda peça defensiva alega que a diferença apurada deve-se a diversas devoluções de mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária, anexa inclusive cópias de diversas Notas Fiscais, as quais não constituem provas suficientes para elidir a infração. Já que, os referidos documentos se trata de NFS. do próprio contribuinte emitidos a seu favor (cópias da 2ª via) os quais não comprovam que a mercadoria tenha realmente sido devolvida não existe em tais documentos (fls. 1.921 a 2.009 do PAF) nenhuma prova de que o destinatário tenha recebido de volta as mercadorias. O que houve de fato, foi que o autuado considerou como de tributação normal mercadorias que já estavam enquadradas na Substituição Tributária desde maio de 2008 como filtro de combustível por exemplo. Na verdade a empresa é que não observou a alteração da Legislação do ICMS, que a partir de 01/06/2008 incluiu na Substituição Tributária diversas mercadorias, que antes tinha tributação normal; como filtros, mangueira etc. (NCM 5909- 8421 etc.).

Infração 05 - Ressalta que, primeiro, não cabe o autuado determinar como prefere pagar seus impostos. É a legislação do ICMS que determina como e quando o contribuinte deve recolher seus tributos. E segundo, essa infração é consequência natural da anterior, já que o crédito foi anteriormente utilizado na elaboração dos cálculos da Antecipação Tributária. Não poderia ser usado em duplicidade. Isto é, lançado no livro de apuração do ICMS e computado no cálculo da antecipação como pretende a autuada. Ademais não existe nos autos provas de que as saídas das referidas mercadorias tenham sido tributadas, como argumenta a defesa.

Infração 06 - Quanto a essa Infração a peça defensiva, mais uma vez, foi omissa. Não defendeu nem recolheu o valor do crédito reclamado na referida Infração.

Infração 07 - A abordagem feita, pelo patrono da autuada, no subitem 6, fls. 1782 do PAF, a respeito dessa infração tem todo um aspecto de embromação. Já que o crédito ali reclamado se refere à aquisição de bens de uso consumo e ativo, conforme pode ser verificado nas notas, cópias anexas ao PAF fls.1246 a 1249.

Infração 08 - Diz que a defesa apenas observa um equívoco cometido pela auditoria quando da inclusão no demonstrativo de cálculo do imposto da Nota Fiscal nº 210017 que realmente está escriturada no livro Reg. de Entradas fls. 1470 do PAF. Em face do que, o demonstrativo foi refeito, retirando o referido documento, ficando desse modo o valor apurado nesse item reduzido de R\$2.615,17 (dois mil seiscentos e quinze reais) para R\$2.605,69 (dois mil seiscentos e cinco reais e sessenta e nove centavos). Porém, o mesmo não pode ser feito com relação aos demais documentos. Vez que, não há provas nos autos de que as mercadorias foram realmente devolvidas. Ou que a NF de nº 1711 esteja realmente registrada.

Ao final, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade em relação as multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Para cada infração o autuante elaborou demonstrativos que foram acostados aos autos e entregues ao autuado, conforme recibo firmado às folhas 1.763 e 1.764 dos autos, fato que demonstra a cautela da fiscalização, além de demonstrar os fatos constatados e dos documentos analisados, bem como os períodos correspondentes.

Quanto a alegação de consideração de créditos fiscais ou não, reconstituição de escrita fiscal ou não e suposta falta de consideração de informações constantes de documentos fiscais, não são causas de nulidade da autuação e serão analisadas quando do exame de mérito.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para

formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, as infrações 01 e 02 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2008 e 2009.

Em sua peça defensiva o autuado tratou das duas infrações em conjunto, bem como o mesmo tratamento foi dado pelo autuante em suas informações fiscais, razão pela qual tratarei de igual modo.

A defesa, na primeira manifestação defensiva apenas negou o cometimento das infrações. Em sua segunda manifestação defensiva alegou que fiscalização deixou de considerar o saldo inicial inventariado de “vários” dos itens/produtos autuados, acostando planilha e cópia do livro Registro de Inventários.

Em sua segunda informação fiscal o autuante ressaltou que a defesa continuou a se manifestar de forma subjetiva, limitando-se apenas a dizer que em diversos produtos não foram computados os estoques iniciais certamente no exercício de 2009. Já que não se refere ao exercício no documento de fls.1.839 a 1.841. Ainda assim, aponta apenas a mercadoria “Tampa Central- cód. 011354594” como não tendo sido considerado estoque inicial. O que entende não ser verdade, como se observa nos cálculos do demonstrativo e livro Registro de Inventário folha 1.666 do PAF.

Entendo razão assistir ao autuante, uma vez que o autuado recebeu todos os levantamentos fiscais que embasaram as infrações. Os demonstrativos são bastante detalhados, especificando cada nota fiscal considerada pela fiscalização, os respectivos produtos, suas quantidades, os preços médios.

O autuado teve, inicialmente, o prazo de 30 dias para apresentar sua defesa, sendo, posteriormente intimado para se manifestar novamente. Apesar de decorrido todo esse prazo, o sujeito não atendeu as determinações contidas nos art. 123, do RPAF/99, que assegura o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Caberia ao autuado apontar, de forma objetiva, detalhadamente, como foi feito pela fiscalização, quais as divergências que entenda existir no trabalho da fiscalização. Não bastam alegar que existem “vários” itens do levantamento que não foram considerados os estoques iniciais. Ademais, vale salientar que, se de fato existiu estoque inicial que foi considerado pela fiscal, tal fato somente agravaria a autuação, pois elevaria a omissão de entradas que resultou na infração 01.

A planilha acostada pela defesa, fls. 1.839 a 1.841, o contribuinte apenas apontou quantidades totais anuais, sem ter identificado quais os documentos fiscais que dariam suporte ao seu levantamento, enquanto o levantamento da fiscalização, conforme acima mencionado, indicou nota fiscal por nota fiscal para cada um dos produtos. Assim, para desconstituir o levantamento fiscal caberia ao sujeito passivo apontar qual ou quais as notas fiscais não foram consideradas corretamente pela fiscalização, o que não foi realizado.

Logo, entendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter recolhido a menos ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, março de setembro de 2009.

A defesa somente impugnou o valor relativo ao mês de setembro, alega que a fiscalização desconsiderou informações fundamentais que constavam dos documentos fiscalizados, procedendo à lançamento indevido, além de equívocos procedimentais que revelam a ausência de cuidado necessário, alegando que as referidas divergências ocorreram em razão do

lançamento em duplicidade, no livro de registro de saídas de mercadorias, de algumas operações. Alegando, ainda a existência de saldo credor.

Por sua vez, o autuante assevera que essa afirmação defensiva não corresponde à verdade, pois se houve erro foi por parte da contabilidade da empresa. Como pode ser observado nas cópias dos livros Registro de Saídas e RAICMS, fls. 905 e 910, há divergência entre os valores da Base de Cálculo de R\$518.207,59 no livro de Saída e R\$509.022,21 no livro Registro de Apuração, o que resultou no valor apurado e reclamado na Infração 03. Tudo conforme demonstrativos, fls. 878 às 914, do PAF.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido. A defesa acostou Planilha à folha 1.856 dos autos na qual constam os números das notas fiscais, as datas de emissões, os números das paginas do livro Registro de Saídas de Mercadorias, os números das páginas, o CFOP, o Valor Contábil, o Valor da Base de Cálculo, o Imposto destacado, comprovando que os referidos documentos fiscais foram lançados em duplicidades, conforme consta das cópias dos referido livro fiscal acostadas às folhas 1.863 a 1.917 dos autos.

Assim, entendo que dever ser excluído da autuação o valor de R\$ 1.552,36, relativo ao mês de setembro de 2009, ficando mantidas as demais parcelas (janeiro e março/2009).

Logo, a infração 03 restou parcialmente caracterizada.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter recolhido a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme demonstrativo às folhas 915 a 939 dos autos e cópias do livro Registro de Entradas nºs 31 e 32 e cópias das notas fiscais.

Em sua defesa o autuado alega que os documentos que acosta aos autos comprovam a existência de crédito em favor do autuado, o qual foi utilizado para “pagamento” do ICMS que seria devido em razão das operações fiscalizadas. Aduz que nas hipóteses em que havia ICMS pago na qualidade de sujeito passivo por substituição, mas que as mercadorias eram posteriormente devolvidas aos destinatários, o autuado utilizava o ICMS anteriormente recolhido em razão das operações cujas mercadorias foram devolvidas para compensar o ICMS devido quando da entrada bens sujeitos ao mesmo regime. Acrescenta que este procedimento está amparado em Consulta Formal junto a SEFAZ/BA.

Entendo que os argumentos defensivos não são capazes de elidir a autuação, uma vez que a Consulta acostadas aos autos pela defesa, fls. 1.810 a 1.812, não ampara a pretensão do sujeito passivo. A mesma trata das vendas realizadas pelo estabelecimento autuado para outros Estados da Federação, operações que não constam da presente infração.

As operações objetos da infração em tela são relativa as aquisições realizadas pelo estabelecimento autuado.

Portanto, a Consulta formulada pelo autuado não trata das operações de aquisições, logo não tem nenhuma relação com as operações objeto imputação em exame.

Relativamente as cópias das notas fiscais e DANFE's acostados pela defesa às folhas 1.921 a 2.009, entendo que não constitui prova suficiente para elidir a infração, uma vez que não foi trazido aos autos a comprovação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária na operação de aquisição. Caberia ao sujeito passivo ter comprovado que recebeu as mercadorias, que posteriormente foram devolvidas, como ICMS retido ou tenha realizado o recolhimento à título de antecipação tributária, fato que não ocorreu no caso em tela.

Ademais, devo ressaltar que ao confrontar a Nota Fiscal nº 104.678, emitida no mês de março/2008, fl. 1.934, constatei que nela consta o valor do ICMS de R\$11,42, enquanto no Demonstrativo Fiscal, fls. 918 a 920, relativo ao mesmo mês de emissão da referido documento

fiscal, o valor apurado pela fiscalização como ICMS devido é de R\$203,31, valor bastante superior ao valor indicado na nota fiscal acima, fato que não comprova a tese da defesa.

Por outro lado, o demonstrativo elaborado pela fiscalização, fls. 916 a 933 dos autos, é bastante detalhado, indicando nota fiscal por nota fiscal com todos os dados necessário a perfeita e clara demonstração do ICMS apurado, o valor recolhido e a diferença devida.

Assim, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária.

A defesa alega que utilizou o crédito fiscal e débito nas saídas das mercadorias, tributando as operações, tendo, portanto, apurado o ICMS pelo regime normal de tributação, citando que o CONSEF tem acolhido esse procedimento.

Na informação fiscal o autuante ressalta que não cabe ao contribuinte determinar como prefere pagar seus impostos. É a legislação do ICMS que determina como e quando o contribuinte deve recolher seus tributos. E segundo, essa infração é consequência natural da anterior, já que o crédito foi anteriormente utilizado na elaboração dos cálculos da Antecipação Tributária, não poderia ser usado em duplicidade. Isto é, lançado no livro de Registro de Apuração do ICMS e computado no cálculo da antecipação como pretende a autuada. Ademais não existe nos autos provas de que as saídas das referidas mercadorias tenham sido tributadas, como argumenta a defesa.

Entendo que os argumentos defensivos não são capazes de elidir a autuação. O CONSEF aceita, baseado na legislação do ICMS, que o contribuinte que tenha adotado o procedimento normal de tributação para as mercadorias enquadradas na substituição tributária, entretanto aplica a multa de 60% sobre o valor da operação.

No caso em tela, a fiscalização não constatou que o contribuinte tivesse tributado nas saídas todas as entradas de mercadoria enquadradas na substituição tributária.

De igual forma, a defesa também não comprovou que tribudou todas as entradas das mercadorias em questão nas vendas realizadas. Para comprovar tal fato é necessário que o autuado realizasse um levantamento de todas as mercadorias, nota fiscal por nota fiscal, tanto de entradas com de saídas, o que não foi apresentado pela defesa.

Logo, entendo que a infração 05 restou caracterizada.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários.

Em nenhuma das manifestações defensivas o sujeito passivo questionou a referida infração.

Por sua vez o autuante acostou aos autos cópias das notas fiscais e demonstrativos às folhas 1.195 a 1.241 dos autos, portanto, entendo que a infração restou caracterizada.

Na infração 07 é imputado ao autuado ter deixado 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, conforme notas fiscais e demonstrativos às folhas 1.242 a 1.289 dos autos.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a fiscalização não observou que todas as Notas Fiscais objeto da autuação referem-se à de compra de ferramentas, cujas operações tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária e que são mercadorias habitualmente comercializadas pelo contribuinte, não havendo diferencial de alíquota a recolher, posto que o ICMS já havia sido devidamente recolhido.

Acolho o argumento do defensivo, pois está amparado na planilha acostada aos autos à folha 2.093 autos e cópias das notas fiscais às folhas 2.094 a 2.117, documentos que comprova que todas as notas fiscais objeto da autuação tiveram o ICMS substituição tributária retido. Apenas, a título

de exemplo, cito a Nota Fiscal nº 012.816, fls. 2.094 e 2.095, consta o valor do ICMS retido, tendo sido acostado cópia na GNRE à folha 2.096, comprovando o recolhimento em favor do Estado da Bahia.

Logo, a infração 07 é improcedente.

Na infração 08 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa relativo as notas fiscais e demonstrativos às folhas 1.290 a 1.308 dos autos.

Em sua defesa o autuado impugnou quase todas as notas objeto da autuação, somente não questionou à Nota Fiscal nº 26.697, constantes do demonstrativo à folha 1.291 dos autos. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140. do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*” Ficando mantida na autuação.

Quanto a Nota Fiscal nº 210.017 a própria autuante acatou o argumento defensivo e reconheceu que está escriturada no livro Reg. de Entradas fls. 1.470 do PAF. Logo, deve ser excluída da autuação.

No tocante a Nota Fiscal nº 1.711 a defesa não comprovou sua alegação de estaria escriturada do livro fiscal respectivo, apenas alegou, sem, contudo, não apresentou nenhuma prova. Fica mantida na autuação.

Relativamente as demais notas fiscais, todas emitidas por SOCIEDADE MICHELIN DE PART IND. E COM., a defesa alegou que foram cancelas e substituídas por outros documentos fiscais que foram escriturados regularmente, entretanto, apesar de ter tido duas oportunidade para comprovar sua alegação mediante apresenta nas citadas “novas notas fiscais”, não apresentou cópia de nenhum documento fiscal, como também, não apresentou cópia do livro Registro de Entradas. Assim, ficam mantidas na autuação.

Pelo acima exposto, acolho o resultado da revisão fiscal consignada na 1ª informação fiscal, a qual excluiu da autuação a Nota Fiscal nº 210.017, o que resultou na redução do valor da infração de R\$ 2.615,17 para R\$2.605,69, conforme segue: 31/01/2008 – R\$1.401,44; 31/07/2008 – R\$34,74; 31/08/2008 – R\$10,74; 30/11/2009 – R\$1.151,11 e 31/12/2009 – R\$7,66.

Logo, a infração 08 é parcialmente procedente.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	7.955,41
2	PROCEDENTE	50,00
3	PROCEDENTE EM PARTE	0,06
4	PROCEDENTE	44.299,04
5	PROCEDENTE	18.419,43
6	PROCEDENTE	14.449,40
7	IMPROCEDENTE	0,00
8	PROCEDENTE EM PARTE	2.605,69
TOTAL		87.779,03

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 **206951.0001/11-2**, lavrado contra **MOVESA MOTORES E VEÍCULOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado

para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.123,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d”, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, mais as multas no valor total de **R\$2.655,69**, prevista no incisos XI e XXII, no mesmo artigo e lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR