

A. I. Nº. - 124274.0155/10-9
AUTUADO - INOVAÇÃO ATACADO DA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28. 12. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0341-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Infração reconhecida. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR. Infração reconhecida. **b)** MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nos termos do art. 97 do RICMS/BA é vedado o crédito fiscal quando a operação de aquisição tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração caracterizada. **c)** FALTA DE ESTORNO. Autuado comprova que o estorno foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS. O próprio autuante na informação fiscal acata o argumento defensivo. Infração insubstancial. **d)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA. Nas prestações de serviço de transporte a preço FOB em relação a mercadorias enquadradas na substituição tributária, é vedado o uso crédito fiscal pelo estabelecimento destinatário. Infração caracterizada 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS. DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES OU PARA CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NÃO INSCRITOS NO CADASTRO ESTADUAL. Cabe ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS/BA. Infrações 06 e 09 subsistentes. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração reconhecida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** CONTRIBUINTES ADQUIRENTES IRREGULARES NO CAD/ICMS. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. **c)** AJUSTE DE ESTOQUE. Infração reconhecida. 6. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O

LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. Infração reconhecida. Não apreciadas as arguições de constitucionalidade e não acolhidas as alegações de nulidade. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/12/2010, exige crédito tributário no valor de R\$681.465,43, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deixou de recolher o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis –, nos exercícios de 2008 e 2009, exigindo o imposto no valor de R\$13.214,70, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de recolher ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, verificado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2008 e 2009, exigindo imposto no valor de R\$14.623,20, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de abril a junho, outubro e dezembro de 2008, abril e junho de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$3.588,91, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$177.261,49, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a devoluções de vendas de fora do Estado, cujas saídas se deram com estorno de débito de 2%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$22.992,13, acrescido da multa de 60%;
6. Recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$200.765,76, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias para não contribuintes, utilizando a redução da base de cálculo do Decreto 7.799/2000;
7. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, maio, julho, outubro e dezembro de 2008, março e julho de 2009, sendo exigido imposto no valor de R\$68.588,22, acrescido da multa de 60%;
8. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de dezembro de 2008, exigindo imposto no valor de R\$3.727,61, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a vendas para outros Estados a maior que o estabelecido no Decreto 7.799/2000, que prevê um estorno de 2%;

9. Recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$38.684,92, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte reduziu indevidamente em 41,176% a base de cálculo, prevista no Decreto 7.799/2000, nas vendas de mercadorias para contribuintes baixados e inaptos;

10. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a novembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$18.780,13, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de proceder à retenção do ICMS nas vendas de mercadorias para contribuintes baixados e inaptos;

11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a serviço de transporte interestadual não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$40.578,62, acrescido da multa de 60%. Consta que a operações a preço FOB de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária;

12. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionadas nos Anexos 88 e 89 [constantes dos incisos I e II do art. 353 do RICMS/BA], nos meses de janeiro, maio e agosto a outubro de 2009, exigindo imposto no valor de R\$7.675,22, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a tintas e à não inclusão do frete FOB no cálculo da antecipação;

13. Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2009, sendo exigido imposto no valor de R\$61.778,91, acrescido da multa de 60%;

14. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no mês de dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$9.205,61, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à mercadorias adesivos e colas, que se encontravam no estoque em 31/12/2008 e que, conforme Decreto 11.289/2008, art. 1º, inciso X, § 1º, deveria ter sido efetuada a antecipação e o recolhimento em 25/01/2009.

O contribuinte, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 1.653 a 1.666 (Vol. VI), salientando que desenvolve a atividade de comércio atacadista de material de construção em geral, equipamentos e artigos de uso pessoal e domésticos, peças e acessórios novos para veículos automotores, peças e acessórios para motocicletas e motonetas, bicicletas, triciclos e veículos recreativos, produtos de higiene pessoal, artigos de armário e artigos de escritório, etc. Ressalta que sempre apurou e pagou rigorosamente seus tributos, já que, constantemente, necessita de certidões fiscais para comprovar a sua regularidade junto aos seus clientes.

Diz ter sido surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, visando à cobrança de débitos de ICMS, informando que não se insurgirá contra a totalidade das infrações, procedendo ao recolhimento de parte do crédito constituído.

Observa que com todo respeito ao trabalho desenvolvido pela Fiscalização, o lançamento não poderá prosperar, pelas razões postas adiante, para que se conclua pela improcedência da autuação.

Antes de adentrar no mérito, realça que o Auto de Infração apresenta vícios insanáveis, os quais certamente implicarão na sua anulação. Aduz que a primeira causa de nulidade decorre do relato do autuante em diversas das infrações apontadas, não trazendo, com a exaustão exigida pela lei, elementos para a exata compreensão da infração tida como cometida pelo impugnante e nem específica, com o rigor e exatidão necessários, os elementos que ensejaram a autuação.

Alega que não basta que seja citado de forma genérica, alguns fatos constatados, ou que se indique que foram analisados alguns documentos, como fez o autuante, sendo preciso especificar quais

foram os fatos constatados e os documentos analisados, bem como os respectivos períodos. Ressalta que esse vício macula o exercício do direito de defesa, impossibilitando uma precisa identificação dos valores supostamente retidos indevidamente, conforme consta na autuação.

Frisa que não foram observados cuidados necessários à constituição de créditos tributários, bem como de penalidades aplicáveis, salientando que foram desconsideradas informações fundamentais que constavam dos documentos fiscalizados, para perceber as irregularidades constantes do lançamento, procedendo-se a lançamento indevido a exemplo das infrações 04, 08, 11 e 12.

Diz que na infração 04, o Fisco desconsiderou, sem justificativa, a forma de cálculo de estorno realizado pelo autuado. Na infração 08, desconsiderou os estornos relacionados ao CFOP 6.403, sem justificar a razão para essa postura, alegando apenas que foram realizados estornos sem observância da legislação. E para as infrações 11 e 12 se ignorou especificidades das operações analisadas, tratando todas de uma mesma forma, sem considerar, por exemplo, que dentre as operações objeto dessas infrações, vários produtos não estavam enquadradas no regime de substituição tributária.

Assevera que, assim, faltam à autuação informações imprescindíveis a assegurar o direito de defesa. Indaga: “Como poderá o impugnante exercer corretamente a sua defesa sem conhecer os exatos termos da atuação?” e “Quais as operações que efetivamente estão sujeitas à substituição?”.

Lembra que o lançamento tributário é um ato administrativo plenamente vinculado, que não pode se pautar em informações insuficientes e em meras presunções, mas em fatos devidamente comprovados, o que significa que a Fiscalização deve analisar os fatos relativos aos exercícios fiscalizados, bem como expressamente indicar e comprovar todos os elementos caracterizadores da infração, o que não ocorreu neste caso, que está eivado de ilegais omissões.

Assim, não poderá existir dúvida na autuação, sob pena de sua invalidade. O lançamento deve ser claro e límpido, além de conter todos os elementos necessários a possibilitar a exata compreensão do crédito tributário, de modo que quaisquer inexatidões e omissões representam enorme prejuízo ao exercício do lançamento e ao direito constitucionalmente assegurado de defesa.

Frisa que deve ser reconhecida a nulidade do lançamento, tendo em vista que ocorreu sem que fossem perquiridos todos os fatos relativos aos exercícios fiscalizados, bem como pela ausência de dados e identificações imprescindíveis à validade da autuação, que impossibilitam o efetivo direito de defesa, ensejando uma série de inconsistências e violações ao ordenamento jurídico tributário.

Alega que 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, desde quando o autuante adotou como premissa, em diversas infrações, que todas as mercadorias objeto das operações praticadas estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, ou que em todas as operações teriam sido utilizados critérios de estorno ou de apuração do débito equivocados. Diz que, como visto acima e ficará mais evidente adiante, a Fiscalização agiu de forma precipitada.

Ressalta que o ato revela-se nulo, pois destituído das cautelas necessárias, tais como apuração correta da origem dos “débitos” e indicação exata desses “débitos” no bojo da autuação, além de não ter sido realizado um cotejo analítico das operações fiscalizadas. Salienta que essa incoerência, por si só, enseja a nulidade do lançamento, que vai de encontro aos princípios que norteiam as relações jurídicas entre administração e administrado, como a segurança jurídica e a razoabilidade.

Argumenta que apesar da obrigação do autuante de apurar todos os elementos necessários para comprovar o fato gerador, não foi essa a linha adotada, não se aprofundando na análise das operações fiscalizadas, generalizando-as em diversas oportunidades. Destaca que não houve uma apuração acurada das notas fiscais que dão suporte às operações realizadas, para evitar equívocos, tal como os que ocorreram e maculam o procedimento, por ofender as cautelas exigidas e impedir o direito de defesa do autuado, que não disporá de elementos concretos para pautar se defender.

Salienta que o Auto de Infração carece de liquidez, o que impede de se auferir sua validade, uma vez que o montante exigido foi apurado de forma equivocada, pois não foram considerados os

saldos credores de ICMS existentes no período autuado. Isto, porque o imposto devido é calculado a partir do confronto de débitos e créditos, de acordo com o princípio da não-cumulatividade.

Realça que, assim, a cobrança do ICMS exigido jamais poderá ser concretizada, sem antes o Fisco recompor toda a sua escrita fiscal do período autuado, haja vista que a falta da adoção desse procedimento, para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN, afrontaria a sistemática de apuração do ICMS, por estar ligado à não-cumulatividade. E, não sendo realizado a reconstituição da escrita fiscal, entende que o Auto de Infração deve ser cancelado.

Esclarece que realizou o pagamento integral das infrações 01, 02, 03, 07, 13 e 14, o que extingue o crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN).

Prosseguindo, passa em seguida, a tratar a respeito do mérito das infrações impugnadas.

No que tange à infração 04, observa que a Fiscalização alega que teria estornado a menos, créditos fiscais apurados quando da entrada de mercadorias cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo. Salienta que em procedimento interno de verificação, apurou que, para o exercício de 2008, foi aplicada uma forma de cálculo do estorno específica, e o resultado desta operação foi lançado no livro de Apuração do ICMS, conforme documentação anexa (doc. 03 – fls. 1.682 a 1.689).

Acrescenta que efetuara conferência, confrontando as informações da SEFAZ X RADAR X notas fiscais de entrada, encontrando quatro lançamentos feitos com redução nesse exercício, vide doc. 03.

No caso do exercício de 2009, confrontou os dados da SEFAZ X RADAR e examinou as notas fiscais, encontrando vários lançamentos no RADAR com redução, conforme planilha de verificação (doc. 04 – fls. 1.690 a 1.827).

Ressalta que o autuante desconsiderou o valor do frete no momento do cálculo da redução, porém englobava este valor, aplicando a redução da base de cálculo de forma a alcançar a redução da alíquota para 10%. Diz que também verificou que algumas empresas incrementavam os valores das notas fiscais, com adicional referente a compras a prazo, tendo englobado este valor na base de cálculo, valor este que, sem razão, não foi considerado pela Fiscalização.

Conclui que, deste modo, a infração revela-se nula, pela ausência de cuidado na sua persecução, e improcedente quanto às operações nas quais realizou o estorno do crédito fiscal corretamente.

Quanto à infração 05, aduz que da análise da capitulação da infração, verifica-se que o Fisco visa a cobrança de ICMS em razão de creditamento indevido de imposto, decorrente de operação de aquisição, cujo pagamento do imposto foi deferido para o momento da entrada no estabelecimento. Assim, o crédito de ICMS lançado na escrita fiscal fora indevidamente apropriado uma vez que não havia realizado o recolhimento do ICMS deferido por meio de documento de arrecadação específico.

Discorda da imputação, ressaltando que o ICMS decorrente da entrada da mercadoria sujeita ao diferimento pode ter sido recolhido posteriormente, seja por meio de documento de arrecadação estadual – DAE, seja por meio de lançamento a débito no livro Registro de Apuração do ICMS, procedimento autorizado pela própria legislação (art. 108 e seguintes do RICMS/BA). Entende que caberia à Fiscalização remontar a sua escrita fiscal, a fim de confirmar se o ICMS apurado em razão do diferimento fora, ou não, lançado à débito, ou mesmo se o pagamento se dera quando da saída.

Salienta que da análise do mencionado livro, verifica-se que o ICMS deferido, devido pelo contribuinte, foi regularmente quitado por meio do lançamento a débito no campo “Outros Débitos”, em conformidade com os citados dispositivos, ou, quando não feito desta forma, foi regularmente recolhido quando das operações subsequentes. Frisa que nesta última hipótese, a obrigação tributária foi extinta, ainda que a destempo, gerando-se mero diferimento no recolhimento do imposto, o que não autoriza a manutenção do lançamento.

Manifesta o entendimento de que não houve prejuízo ao erário, pois o imposto em questão foi devidamente pago. E, sob qualquer ângulo que se observe, verifica-se que não há como prosperar esta autuação, sendo forçoso concluir que o procedimento adotado não gerou prejuízo ao Estado.

No que concerne às infrações 06, 09 e 10, realça que a Fiscalização lhe imputou responsabilidade que não lhe incumbe, ao transferir-lhe um ônus que cabe ao Estado, que é comprovar a situação fiscal dos destinatários das mercadorias. Aduz que de acordo com a capituloção legal dessas infrações, verifica-se que o Fisco procedeu aos lançamentos por ter considerado que o autuado realizou operações com “não contribuintes” (infração 06) ou com contribuintes inaptos ou baixados (infrações 09 e 10).

Assevera que não lhe compete proceder à fiscalização dos seus destinatários. E se este informa sua condição de contribuinte, não lhe cabe fiscalizá-lo. Acrescenta que não possui meios capazes de demonstrar que à época dos fatos geradores, os destinatários não estavam cadastrados na condição de contribuintes, aptos, ou ativos. Reitera que essa alegação deveria ter sido cabalmente demonstrada pelo Fisco, pois é ele quem possui os meios próprios para comprovar essa situação, através de informações cadastrais e outros dados que não são abertos ao público em geral.

Enfatiza que não pode ser instado a fazer uma prova negativa, baseada em informações sobre as quais não possui acesso. Requer a realização de diligência, para que sejam analisadas as situações cadastrais dos seus destinatários nos exercícios fiscalizados, comprovando-se o equívoco citado.

Destaca que possui em sua carteira um número expressivo de clientes e caso tivesse que checar a cada operação a situação de cada um deles junto ao Cadastro de Contribuintes, precisaria contratar uma pessoa apenas para essa função. Frisa não ser razoável exigir essa atitude dos contribuintes.

Requer que essas infrações sejam julgadas improcedentes.

No que diz respeito à infração 08, destaca que em momento algum foi indicada qual teria sido a exata infração cometida, apenas alegando-se que a legislação regente prevê um percentual de estorno de 2%, nas vendas feitas para outros Estados e que se subsumam ao Decreto 7.799/00.

Friza que após uma verificação de seus documentos fiscais, percebeu que o autuante desconsiderou parte dos estornos realizados, porém indevidamente, pois tais estornos foram realizados nos moldes da legislação de regência. Assevera que após fazer um cotejo analítico das operações fiscalizadas, constatou que o Fisco desconsiderou os estornos ligados ao CFOP 6.403, não havendo razão para esse procedimento, haja vista que, conforme comprova a documentação anexa (doc. 05 – fls. 1.828 a 2.138), agiu nos termos da legislação, realizando o correto estorno do crédito, quando necessário.

Conclui que a infração é improcedente.

Relativamente às infrações 11 e 12, frisa que nestas imputações a base de cálculo utilizada pelo Fisco para apuração do crédito constituído está errada em diversas oportunidades. Diz que nos dois casos foi avaliado que utilizara indevidamente crédito fiscal (infração 11) ou recolhera a menos o ICMS devido (infração 12), em operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Alega que, contudo, da análise das notas fiscais anexas (docs. 06 e 07 – fls. 2.139 a 2.218), percebe-se que grande parte dos produtos circulados, tais como aqueles com NCM 25223000, não está sujeita ao referido regime.

Ressalta que se o objeto do lançamento é a cobrança de ICMS recolhido a menos em operações sujeitas à substituição tributária, têm que ser excluídas aquelas que não se submetem a essa sistemática.

Caso não se entenda pela nulidade do lançamento, em razão de o Fisco ter agido em desconformidade com o quanto preceitua a legislação que rege a administração pública e o lançamento tributário, requer que, ao menos, se determine a exclusão de tais produtos da composição do débito, uma vez que não faz parte do objeto da autuação.

Complementa, afirmando que é improcedente o lançamento quanto àquelas operações, devendo-se converter o julgamento em diligência, para que sejam excluídas da planilha elaborada pela Fiscalização, as operações cujos produtos envolvidos não estejam sujeitos à substituição tributária.

Reporta-se a respeito do percentual das multas de 60% ou 70% do valor do tributo, afirmando que se revela totalmente abusivo e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Salienta que como no presente caso não houve descumprimento de obrigação tributária, a exigência nesses percentuais configura confisco ao seu patrimônio.

Assevera que a multa é notadamente desproporcional e desarrazoada em relação à conduta praticada, contrariando os princípios constitucionalmente consagrados. Apresenta lição de Celso Antônio Bandeira de Mello concernente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

Realça que, deste modo, não têm o menor cabimento os percentuais de multa exigidos, diante de sua ilegal e inconstitucional aplicação, pois restaria confiscatória. Diz ser esta mais uma razão pela qual o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Pelos motivos acima aduzidos, solicita o reconhecimento da inexistência do crédito. Protesta e requer pela produção e juntada de todos os meios de provas permitidos em direito, além da realização de eventual perícia e diligência fiscal (artigos 123 e 145 do RPAF/BA), para que sejam elucidadas as infrações apontadas pelo autuante, bem como para confirmar a correção do quanto alegado, e pelo direito de sustentar oralmente as suas razões.

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

O autuante prestou informação fiscal às fls. 2.222 a 2.233, argumentando que o contribuinte se utilizou de alegações genéricas, que não podem representar a nulidade do Auto de Infração, pois em nenhum momento o seu direito de defesa foi preterido. Ressalta que trinta dias antes da autuação, foi realizada uma reunião, entre o autuante, o proprietário da empresa, o seu contabilista e a titular da Repartição Fazendária, quando foram apresentadas todas as irregularidades apuradas, com a entrega, mediante recibo (fls. 33 a 35), dos demonstrativos fiscais, tendo sido concedido o prazo de trinta dias antes da lavratura do Auto de Infração, para que a empresa esclarecesse qualquer dúvida acaso existente, bem como para contradizer eventuais equívocos dos demonstrativos elaborados.

Invoca o princípio do direito de que alegar e não provar é o mesmo que nada alegar, para salientar que a defesa de forma efetiva não prova o alegado cerceamento de defesa, apenas generaliza seus argumentos numa tentativa de, diante da impossibilidade de argumentos de mérito dada a solidez da autuação, tentar desconstituir o procedimento.

Frisa que os elementos que quantificam as infrações estão perfeitamente delineados, ou seja, sujeito passivo, base de cálculo e alíquotas, bem como a capitulação legal das violações do regramento do ICMS do Estado da Bahia. Assim, não acata a preliminar de nulidade suscitada, opinando que também não seja acolhida pelo CONSEF, haja vista que as infrações estão descritas e os argumentos suscitados sobre os itens de 04, 08, 11 e 12 serão rebatidos quando na análise do mérito.

Contesta a alegação de inconsistência do lançamento, frisando que a defesa apenas ressaltou que nas operações fiscalizadas foram utilizados critérios de estorno ou de apuração equivocados, aduzindo que tendo em vista que a análise de critérios de cálculos se refere a questão de mérito, tal argumento por si só não justifica a nulidade do Auto de Infração.

No que concerne à citação pelo defendanté à falta de liquidez dos débitos exigidos, por ausência de recomposição da escrita fiscal, quando alegado que o montante exigido foi apurado de forma equivocada, não tendo sido considerados os saldos credores de ICMS existentes, repete que o ponto arguido trata-se de questão de mérito.

Sugere que o CONSEF não acolha a tese de nulidade do Auto de Infração, por entender que não há qualquer cerceamento de defesa, uma vez que todas as formalidades processuais sejam intrínsecas ou extrínsecas foram estritamente obedecidas.

Na sequência, passa a abordar sobre o mérito das infrações objeto da impugnação.

No respeitante à infração 04, observa que a defesa, inicialmente alega que a Fiscalização desconsiderou a forma de cálculo realizada pelo impugnante e indaga qual seria a forma correta de cálculo do estorno quando da utilização do Termo de Acordo Atacadista.

Ressalta que tendo efetuado uma análise apurada dos levantamentos fiscais que deram origem à infração, constatou que os argumentos defensivos têm fundamento legal e, em função disso, acata a exclusão das notas fiscais elencadas pelo contribuinte e anexadas às fls. 1.683 a 1.689 (referentes a 2008), bem como a exclusão parcial das notas elencadas pela defesa e anexadas às fls. 1.691 a 1.791 (relativas a 2009), em conformidade com o livro Registro de Entradas nº 08 às fls. 1.792 a 1.877 [1.827].

Assim sendo os débitos referentes à infração 04 passam a apresentar os seguintes valores:

MÊS	VALOR ANTERIOR	VALOR ALTERADO	DIFERENÇA
01/2008	19.440,84	19.440,84	0,00
02/2008	20.800,70	20.800,70	0,00
03/2008	28.882,21	28.882,21	0,00
04/2008	6.991,82	6.953,42	38,40
05/2008	7.247,76	7.247,76	0,00
06/2008	7.419,45	7.419,45	0,00
07/2008	8.403,12	8.403,12	0,00
08/2008	10.726,43	10.726,43	0,00
09/2008	8.517,78	8.405,29	112,49
10/2008	15.346,07	15.346,07	0,00
11/2008	9.134,01	8.820,13	313,88
12/2008	2.459,07	2.459,07	0,00
Total	145.369,25	144.904,49	464,77

MÊS	VALOR ANTERIOR	VALOR ALTERADO	DIFERENÇA
01/2009	2.783,36	1.064,57	1.718,79
02/2009	3.235,13	3.235,13	0,00
03/2009	836,45	836,45	0,00
04/2009	961,97	536,78	425,19
05/2009	724,86	541,37	183,49
06/2009	2.809,88	2.058,53	751,35
07/2009	2.449,30	936,55	1.512,75
08/2009	2.466,36	2.466,36	0,00
09/2009	1.817,27	1.155,70	661,57
10/2009	8.833,50	5.028,10	3.805,40
11/2009	903,71	609,83	293,88
12/2009	4.192,60	4.192,60	0,00
Total	32.014,38	22.661,97	9.352,42

Com relação à infração 05, observa que o art. 108 do RICMS/BA, citado pelo autuado como base legal de sua argumentação, revogado pelo Decreto nº 11.167, de 08/08/08, tratava da utilização do crédito fiscal acumulado em virtude de diferimento, isenção, redução da base de cálculo ou outros motivos. Frisa que se entende por créditos fiscais acumulados aqueles disciplinados no transrito art. 106 do RICMS/BA.

No que concerne à afirmação do impugnante de que o ICMS referente à entrada de mercadoria sujeita a diferimento pode ser recolhido através de DAE ou por lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS, realça que a defesa tenta distorcer a operação descrita nessa infração, cujos demonstrativos se encontram às fls. 448 a 472, como operações sujeitas à substituição tributária por diferimento e, como tal, submetidas à regra de acumulação de crédito do ICMS, o que não é verdade.

Ressalta que as operações objeto da autuação foram de substituição tributária do tipo progressiva, isto é, o ICMS é recolhido antecipadamente mesmo que o fato gerador ocorra em momento posterior. Salienta que essa disciplina encontra amparo no § 7º do art. 150 da Constituição Federal e no art. 353, inciso II do RICMS/BA, os quais transcreve.

Frisa que de acordo com o art. 125 do RICMS/BA, o imposto será recolhido por antecipação, pelo contribuinte ou pelo responsável solidário, antes da entrada neste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, observado o disposto nos §§ 7º e 8º, tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes.

Acrescenta que há vedação de utilização de crédito fiscal quando das entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, consoante o disposto no art. 97 do mesmo Regulamento.

Quanto ao argumento que a Fiscalização deve “remontar” a escrita fiscal do contribuinte, ressalta que não há amparo legal para tal procedimento, pois segundo o art. 319 do RICMS/BA, a escrituração dos livros fiscais deve ser feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária.

Por fim, salienta que o contribuinte reconhece que utilizou crédito fiscal de forma indevida com lançamentos nos livros Registro de Entradas de nº.s 07 e 08 e que todos os estornos de débitos foram considerados pela Fiscalização nas operações de saídas para outros Estados. Mantém a autuação na forma original e opina pela procedência da infração 05.

Infrações 06, 09 e 10 – essas imputações decorreram de realização de operações de saídas de mercadorias tendo como destinatários contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS/BA ou com situação fiscal “inapta ou baixada”.

Consigna que em conformidade com o demonstrativo de fl. 473, o autuado realizou vendas para contribuintes não inscritos na SEFAZ/BA ou inaptos ou até mesmo cancelados, sem atender às devidas disposições regulamentares que envolvem tais situações. Frisa que tendo em vista o silêncio da defesa quanto aos cálculos e às operações objeto da autuação, os admite.

Quanto às alegações de que não pode fazer provar negativa, por não ter meios disponíveis de averiguar a situação fiscal de cada destinatário de suas vendas, cabendo ao Estado este ônus, ressalta que essa situação não condiz com a realidade. Isto porque, visando fornecer aos contribuintes a situação fiscal das empresas junto ao cadastro do ICMS, a SEFAZ/BA disponibiliza em seu site: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/>>; <inspetoriaeletronica>; <downloads>; <arquivos>; <IE ativas com CPF> ou <IE ativas com CNPJ>, consulta pública em formato “TXT”, para que as empresas possam, mensalmente, atualizar seus respectivos banco de dados de clientes.

Realça que, além disso, o RICMS/BA, em seu artigo 142, inciso I, prevê que além das obrigações normais previstas na legislação, constitui-se em obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Assim, o Estado tanto obriga a verificação prévia da situação do destinatário das mercadorias, como disponibiliza meios para que esta obrigatoriedade seja satisfeita.

Quanto ao pedido de diligência, entende que deve ser indeferido pelo CONSEF, por estar provado que em nada contribuirá para alterar a realidade dos fatos.

Mantém o entendimento pela procedência das infrações 06, 09 e 10.

Quanto à infração 08, entende ser correta a alegação do contribuinte de que a Fiscalização “desconsiderou parte dos estornos realizados”. Realça que após acrescentar o estorno de vendas de mercadorias compreendidas na substituição tributária para outros Estados com CFOP 6403, conforme demonstra em seguida, totalizando o montante de R\$3.723,50, constata que o estorno de débito foi efetuado de forma correta, inexistindo a infração.

MÊS	Valor Produto (a)	Base de Calculo (b)	ICMS Destacado c=bx12%	Crédito a estornar D=bx0,12x0,16 667	Crédito estornado LRAICMS	Estorno a maior	Estorno devido
12	224.991,31	200.724,62	24.086,95	20.072,46	7.742,18	3.727,69	4.014,49

Assim sendo, opina pelo julgamento da infração 08 como improcedente.

No tocante às infrações 11 e 12, assevera que nos demonstrativo de fls. 1.278 a 1.290 encontram-se evidenciados que todos os conhecimentos de transportes relacionados, que motivaram a infração, ocorreram na modalidade FOB, sendo que as correspondentes mercadorias se encontram elencadas na legislação baiana como sujeitas ao regime de substituição tributária (ICMS-ST).

Salienta que em alguns conhecimentos constam tanto mercadorias tributadas como “normais” como mercadorias sujeitas ao ICMS-ST, porém com o necessário rigor, calculou a proporcionalidade, excluindo a parcela normalmente tributada, exigindo apenas o crédito indevido das prestações de serviço de transportes sujeitas à substituição tributária, em conformidade com o demonstrativo de apuração do débito e cópias dos conhecimentos, anexados às fls. 1.291 a 1.492.

Transcreve o art. 100, inciso I do RICMS/BA, que estabelece que deve ser estornado ou anulado o crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias, inclusive aquele referente aos respectivos serviços, quando as mercadorias ou os serviços forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço.

Mantém o entendimento pela procedência das infrações 11 e 12, bem como pelo indeferimento do pedido de diligência, por entender que as planilhas anexas aos autos são esclarecedoras.

Quanto ao argumento do impugnante a respeito da ilegalidade dos percentuais de multa aplicados nas infrações, ressalta que carece de procedência, pois encontram amparo no art. 42 da Lei nº 7.014/96. No que concerne à arguição de constitucionalidade, lembra que a sua apreciação, segundo o art. 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Diante do exposto, sugere que o CONSEF julgue o Auto de Infração procedente em parte, com o acatamento das alterações atinentes às infrações 04 e 08.

A 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFAZ/FEIRA DE SANTANA(fl. 2.241), a fim de que o autuante elaborasse os demonstrativos “Resumo Mensal – Termo de Acordo – Dec. 7.799 – Estorno de Crédito a Menor” e “Auditoria em Documentos e Lançamentos – Termo de Acordo – Dec. 7.799 – Estorno de Crédito a Menor”, correspondentes à infração 04, bem como o demonstrativo “Resumo de Apuração – Termo de Acordo –Dec. 7.799 – Estorno de Débito a Maior”, relativo à infração 08. Foi solicitado, ainda, que a Repartição Fazendária entregasse ao autuado cópias reprodutivas dos elementos juntados pelo diligente e do termo de diligência, além da informação fiscal de fls. 2.222 a 2.233.

O autuante se pronunciou (fls. 2.244 a 2.252), esclarecendo que em atendimento à solicitação de diligência estava encaminhando o processo à Coordenação de Cobrança, para cientificar o contribuinte sobre a Informação Fiscal que anexa; demonstrativos “Resumo Mensal – Termo de

Acordo – Dec. 7.799 – Estorno de Crédito a Menor” e “Auditoria em Documentos e Lançamentos – Termo de Acordo – Dec. 7.799 – Estorno de Crédito a Menor”. Quanto à infração 08 consignou que foi reconhecida pela Fiscalização, conforme demonstrativo anexado.

Intimado para conhecimento do resultado da diligência (fl. 2261), o autuado acusou a ciência, contudo, não se manifestou.

Às fls. 2.266/2.267 o autuado apresentou requerimento no qual consigna que não recebeu cópia das informações fiscais, de modo que, havendo informações que impliquem na alteração do lançamento, deverá ser novamente intimado para se manifestar a respeito.

Salienta que, de todo modo, sendo certo que o próprio autuante reconhece a necessidade de redução dos valores lançados na infração 04, bem como a improcedência da infração 08, não há outro caminho senão o acolhimento de tais razões.

No que tange à diligência fiscal solicitada por esta 1ª JJF, diz que há de ser determinada intimação ao autuante apenas para que esclareça o procedimento adotado, de modo que possa efetivamente cotejar as reduções propostas.

Conclui reiterando todas as razões apresentadas na defesa inicial e requerendo a nulidade do lançamento, bem como sua improcedência.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFRAZ/FEIRA DE SANTANA, a fim de que intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, **mediante recibo específico**, cópia de todos os elementos acostados aos autos, a partir da informação fiscal de fls. 2.222 a 2.233; termo de diligência de fl. 2.241; nova informação fiscal de fls. 2.245 a 2.259, inclusive CD, a fim de que não se alegasse cerceamento do direito de defesa.

Intimado para conhecimento da diligência o autuado acusou a ciência (fl. 2.275), porém, não se manifestou.

Às fls. 2.236 a 2.239, constam extratos do SIGAT/SEFAZ, relativos ao parcelamento parcial do débito apontado no presente Auto de Infração.

VOTO

A princípio, no que concerne às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, cabe-me observar que nenhuma de suas alegações pode prosperar, haja vista que as diversas infrações apontadas no Auto de Infração trazem, sim, todos os elementos para a exata compreensão de cada infração. Verifico que o autuante elaborou para cada item do lançamento de ofício os respectivos demonstrativos, fundamentando a autuação em livros e documentos fiscais disponibilizados pelo próprio autuado, todos relacionados nos demonstrativos próprios. Noto, ainda, que o autuante entregou ao autuado todos os elementos atinentes a autuação, inclusive, lem mídia eletrônica (CD).

A alegação de necessidade de recomposição da escrita para posterior exigência de ICMS, pois conforme concretizado pelo autuante implica em ofensa ao princípio da não cumulatividade, também não há como prosperar, haja vista que inexiste previsão legal nesse sentido, no caso de autuação, mesmo porque a obrigatoriedade de escrituração é do contribuinte.

Constato que o lançamento de ofício está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação a nenhum dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, nem dos ditames contidos no CTN – Código Tributário Nacional. Verifico, também, que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/BA, e que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Dante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento.

No que se refere à alegação defensiva de que as multas sugeridas são inconstitucionais, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Ademais, convém consignar que as multas apontadas no Auto de Infração têm previsão no art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo evidente que os seus percentuais foram apreciados quando da discussão e aprovação do projeto de lei pela Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, ocasião na qual certamente foram apreciados os princípios previstos na Constituição Federal, na fixação dos referidos percentuais de multa pelos legisladores.

Não acolho a sugestão de realização de diligência/perícia, considerando que na formulação do pedido correspondente não foi fundamentada a necessidade de sua realização. Indefiro, portanto, o pedido formulado pelo autuado, com fulcro no artigo 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA, tendo em vista, ademais, que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações sejam feitas em nome do seu patrono, Ocatvio Bulcão Nascimento, inscrito na OAB/BA sob o nº 12.009, com endereço profissional à Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de quatorze infrações à legislação do ICMS, dentre as quais este reconheceu as infrações 01, 02, 03, 07, 13 e 14, inclusive efetuando o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido, conforme extrato do SIGAT, acostado aos autos, e se insurgiu contra as infrações 04, 05, 06, 08, 09, 10, 11 e 12.

No que tange à infração 04, que cuida de estorno de crédito efetuado a menos, decorrente de entradas de mercadorias com fruição de benefício decorrente do Termo de Acordo de Atacadista, previsto no Decreto nº 7799/00 -, constato que o autuante na informação fiscal acatou de forma correta os argumentos defensivos, excluindo do levantamento as notas fiscais identificadas pelo autuado anexadas às fls. 1.683 a 1.689, referentes à exigência do exercício de 2008, assim como das notas elencadas pela defesa anexadas às fls. 1.691 a 1.791, referentes ao exercício de 2009, em conformidade com o livro Registro de Entradas nº 08 às fls. 1.792 a 1.827, passando o valor do ICMS originalmente exigido no Auto de Infração de R\$177.261,49, para R\$ 9.817,19, conforme o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante.

Desta forma, a infração 04 é parcialmente subsistente.

No tocante à infração 05, observo que diz respeito à utilização indevida de crédito de ICMS decorrente de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, incorrendo em equívoco o autuado quando afirma que se trata de operações sujeitas à substituição tributária por diferimento e, como tal, submetidas à regra de acumulação de crédito do ICMS.

Em verdade, assiste razão ao autuante quando diz que se trata de operações sujeitas ao regime de substituição tributária do tipo progressiva, isto é, o ICMS é recolhido antecipadamente mesmo que o fato gerador ocorra em momento posterior, conforme previsto no art. 353, inciso II do RICMS/BA c/c o art. 125 do RICMS/BA.

Nos termos do art. 97, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/BA é vedada a utilização de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas sujeitas à substituição tributária, portanto, sendo correta a glosa do crédito fiscal realizada pela Fiscalização.

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

Diante disto, a infração 05 é subsistente.

No respeitante às infrações 06, 09 e 10, verifico que dizem respeito à realização de operações de saídas de mercadorias efetuadas pelo autuado, cujos destinatários são contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS/BA ou com situação fiscal “inapta ou baixada”.

Certamente que não pode prosperar o argumento defensivo de que não pode fazer prova negativa, por não ter meios disponíveis de averiguar a situação fiscal de cada destinatário de suas vendas, cabendo ao Estado este ônus.

Isto porque, a teor do art. 142 do RICMS/BA, além das obrigações normais previstas na legislação, também se constitui em obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE).

Ademais, tal argumentação se apresenta totalmente inócuia, haja vista que, conforme muito bem observado pelo autuante, no intuito de possibilitar aos contribuintes verificar a situação fiscal das empresas junto ao cadastro do ICMS, a SEFAZ/BA disponibiliza em seu site: <<http://www.sefaz.ba.gov.br>>; <inspetoriaeletronica>; <downloads>; <arquivos>; <IE ativas com CPF> ou <IE ativas com CNPJ>, consulta pública em formato “TXT”, para que os contribuintes fornecedores possam pesquisar e identificar a real situação dos seus clientes.

Desta forma, resta evidente que o autuado tem a obrigação de conhecer a situação cadastral dos seus clientes, que pode ser perfeitamente cumprida com a exigência de apresentação do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE), ou com acesso ao banco de dados da SEFAZ/BA.

Diante disto, infrações 06, 09 e 10, são subsistentes.

Relativamente à infração 08 – *Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto* -, constato que o próprio autuante acata o argumento defensivo de que a Fiscalização desconsiderou parte dos estornos realizados, esclarecendo que após acrescentar o estorno de vendas de mercadorias compreendidas na substituição tributária para outros Estados com CFOP 6403, conforme demonstra, concluindo que o estorno de débito foi efetuado de forma correta pelo contribuinte, razão pela qual inexiste a infração.

Assim sendo, esta infração é insubsistente.

Quanto às infrações 11 e 12, verifico que o autuado alega que nestas imputações a base de cálculo utilizada pelo Fisco para apuração do crédito constituído está errada em diversas oportunidades. Diz que nos dois casos foi avaliado que utilizara indevidamente crédito fiscal (infração 11) ou recolhera a menos o ICMS devido (infração 12), em operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Apesar de alegar que grande parte das mercadorias não está sujeita ao regime de substituição tributária, observo que o autuado objetivamente não trouxe aos autos qualquer identificação de número, data, valor, situação fiscal da mercadoria, correspondente ao conhecimento de transporte ou mesmo nota fiscal, para fundamentar sua alegação.

Em verdade, a análise dos demonstrativos de fls. 1.278 a 1.290, elaborados pelo autuante, juntamente com as cópias dos conhecimentos de transportes acostados aos autos, referentes à infração 11, permite constatar que as mercadorias acobertadas pelos referidos documentos fiscais dizem respeito a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, essencialmente, tintas.

Considero relevante o registro feito pelo autuante no sentido de que em razão da existência de conhecimentos de transporte referentes a mercadorias tributadas normalmente e sujeitas ao regime de substituição tributária, excluiu do levantamento a parcela normalmente tributada, exigindo exclusivamente o crédito fiscal utilizado indevidamente referente às prestações de serviço de transportes sujeitas à substituição tributária.

Da mesma forma, na infração 12 os conhecimentos de transporte arrolados na autuação, que em muitas situações são os mesmos arrolados na infração 11, permite constatar que as mercadorias acobertadas pelos referidos documentos fiscais dizem respeito a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo devido o pagamento do ICMS por antecipação do destinatário das mercadorias – autuado - referente à prestação de serviço de transporte na modalidade FOB.

Observo que todos os conhecimentos de transportes arrolados nas duas infrações – 11 e 12 -, dizem respeito à prestação de serviço de transporte na modalidade FOB.

Desta forma, as infrações 11 e 12 são subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **124274.0155/10-9**, lavrado contra **INOVAÇÃO ATACADO DA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$510.293,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 497.078,82 e de 70% sobre R\$13.214,70, previstas nos incisos VII, alíneas “a”, “b”, II, alíneas “a”, “d”, “e” e “f”, e III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA