

**PROCESSO** - A. I. Nº 124274.0155/10-9  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INOVAÇÃO ATACADO DA CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECORRIDOS** - INOVAÇÃO ATACADO DA CONSTRUÇÃO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0341-01/11  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 30/08/2013

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0245-11/13**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a)** 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. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA. Restou comprovado que parte das mercadorias adquiridas estavam submetidas ao regime normal de tributação e correta a utilização do crédito fiscal relativo à prestação de serviço de transporte a preço FOB. Refeito os cálculos, mantido a exigência em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração subsistente em parte. **2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS. DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTE OU PARA CONTRIBUINTE 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 6 e 9 subsistentes. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a)** CONTRIBUINTE ADQUIRENTE IRREGULARES NO CAD/ICMS. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Diligência fiscal comprovou que parte das mercadorias estavam submetidas ao regime normal de tributação. Afastado a exigência do imposto relativo ao frete FOB daquelas mercadorias. Mantida a exigência fiscal relativo às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Infração subsistente em parte. Não acolhidas às alegações de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 02/12/2010, acusa cometimento de quatorze infrações, totalizando valor de R\$681.465,43 sendo que o contribuinte reconheceu no momento que apresentou defesa, a Procedência das infrações 1, 2, 3, 7, 13 e 14.

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 341-01/11 (fls. 2278/2291), por ter desonerado parte da infração 4 e totalidade da infração 8, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às infrações 5, 6, 9, 10, 11 e 12, julgadas Procedentes, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento, conforme abaixo transcritas:

*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 (2008 e 2009) - 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 (2008 e 2009) - 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;*

*8. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto (dezembro/08) - 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 (2009) - 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 (2009) - 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 (2009) - 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], (janeiro, maio e agosto a outubro de 2009) - 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.*

Com relação às infrações objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário a 1ª JF decidiu:

Afastou às preliminares de nulidade suscitadas por entender que o lançamento de ofício foi efetuado com suporte em livros e documentos fiscais disponibilizados pelo próprio autuado, com entrega de todos os demonstrativos após a conclusão da fiscalização, atendendo as formalidades legais.

Também, que não houve necessidade de recompor a escrita fiscal para posterior exigência de ICMS.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade de multas, fundamentou que são previstas em lei e não cabia ao órgão julgador apreciar inconstitucionalidades (art. 167, I do RPAF/BA).

Indeferiu o pedido de realização de diligência/perícia, considerando sua desnecessidade, e que os elementos de provas anexados aos autos eram suficientes para o convencimento e Decisão da lide.

No mérito, observou que a empresa reconheceu as infrações 1, 2, 3, 7, 13 e 14, efetuando o pagamento e se insurgiu contra as infrações 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11 e 12. Apreciei que:

*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 inócua, 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 inexistente 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.*

*Observe 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.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 2305/2317), inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a autuação, julgamento pela 1ª Jf e requer modificação da Decisão proferida.

Requer nulidade do lançamento e da Decisão da primeira instância, sob a alegação de falta de “*elementos para a precisa compreensão das infrações supostamente cometidas*”. Afirma que diante de alguns fatos constatados foram feitas acusações genéricas sem que tenham sido especificados os documentos analisados, bem como os períodos a que correspondem, vício que macula o exercício do direito de defesa.

Exemplifica as infrações 11 e 12, que alega ter sido desconsiderado informações constante de documentos fiscais, ignorando as especificidades das operações, inclusive de produtos que não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, conforme documentos juntados a defesa.

Pondera que caso inexista no processo elementos “capazes de demonstrar o quanto alegado”, que seja convertido o processo em diligência, em busca da verdade material, sob pena da sua nulidade.

Discorre sobre lançamento e argumenta que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, por ter sido lavrado adotando como “*premissa, em diversas infrações, o fato de que todos os produtos envolvidos em todas as operações praticadas pelo autuado 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*”, o que afirma não ser verdade.

Afirma que a Decisão contida no acórdão recorrido desconsiderou a efetiva natureza das operações realizadas, motivo pelo qual requer a “*decretação de nulidade da Decisão de primeira instância para que outra seja proferida com a análise de todos os pontos suscitados*” demonstrando as inconsistências do lançamento.

No mérito, caso superado as nulidades suscitadas, afirma que o Auto de Infração carece de liquidez, visto que o “*montante exigido pela Fiscalização foi apurado de forma equivocada na medida em que não foram considerados os saldos credores de ICMS existentes no período autuado*”.

Argumenta que o ICMS devido é calculado mediante confronto de débitos e créditos, de acordo com o princípio da não-cumulatividade e “*a cobrança do imposto perpetrada, jamais poderia resultar na exigência de imposto sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado*”, nos termos dos artigos 142 do CTN e art.

18 do RPAF/BA, aplicando se a todas as infrações de ICMS a pagar, ou utilização indevida de crédito.

No tocante à infração 5, salienta que acusa utilização indevida de crédito *“decorrente de operação de aquisição de mercadorias, cujo pagamento do imposto foi diferido para o momento da entrada no estabelecimento”*.

Afirma que o crédito de ICMS lançado na escrita fiscal *“pode ter sido recolhido posteriormente, seja por meio de Documentos Estaduais de Arrecadação – DAE’s, seja por meio de lançamento a débito no Livro Registro de Apuração do ICMS, este último procedimento, inclusive, autorizado pela própria legislação de regência (art. 108 e seguintes do RICMS/BA)”*.

Argumenta que caberia à fiscalização remontar a escrita fiscal para confirmar se o ICMS apurado em razão do diferimento foi ou não, lançado à débito, ou se realizou o pagamento do ICMS na saída.

Afirma que o seu livro Registro de Apuração do ICMS acusa que o imposto diferido, foi regularmente quitado a título de “Outros Débitos” em total atenção aos artigos acima citados, ou, *“quando não feito desta forma, foi regularmente recolhido quando das operações subsequentes!”*

Conclui que 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, não havendo prejuízo ao erário, na medida em que o imposto em questão foi devidamente pago.

Quanto às infrações 6, 9 e 10, afirma que a fiscalização lhe imputa responsabilidade que não lhe incumbe, transferindo o ônus do Estado de comprovar a situação fiscal dos destinatários das mercadorias (operações com “não contribuintes” - infração 6 ou com contribuintes inaptos ou baixados - infrações 9 e 10).

Afirma que se o destinatário informa sua condição de contribuinte, não lhe compete exercer atividade de fiscalização, mesmo porque não possui meios capazes de demonstrar a situação cadastral à época da ocorrência dos fatos geradores, o que deveria ser comprovado pela fiscalização.

Argumenta possuir um número expressivo de clientes, haver dificuldade em checar a situação cadastral de cada um, agiu de boa-fé e que não pode ser instada a produzir provas negativas com base em informações que não possui. Requer a improcedência destas infrações.

Relativamente às infrações 11 (utilização indevida de crédito fiscal) e 12 (recolhimento a menos de operações sujeitas ao regime de substituição tributária), afirma que a base de cálculo utilizada pela fiscalização para quantificação do crédito constituído está errada em diversas oportunidades.

Diz que em ambas as infrações, notas fiscais demonstram que grande parte dos produtos circulados, tais como aqueles com NCM 25223000, não está sujeita ao regime de substituição tributária e devem ser excluídas da exigência fiscal.

Quanto aos percentuais da multa aplicada de 60% e 70%, argumenta que se revela abusivo e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Cita texto de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que é ilegal e inconstitucional sua aplicação.

Por fim, requer a declaração de nulidade do lançamento; declaração de nulidade do acórdão recorrido para que seja proferida nova Decisão com a análise de todos os pontos acima suscitados, e se não acatado, se reconheça a total improcedência do lançamento, bem como o cancelamento da multa aplicada. Indica à fl. 2317 o endereço para onde deve ser encaminhada correspondência.

A PGE/PROFIS, exarou Parecer às fls. 2321/2322 e após análise dos argumentos expendidos pelo recorrente, opinou que quanto à infração 5, houve prejuízo ao Erário; infrações 6, 9 e 10, foi

esclarecido que deveria comprovar a regularidade cadastral dos destinatários e que quanto às infrações 11 e 12, a JJF esclareceu que se trata de aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (tintas), cujo crédito fiscal relativo ao frete é vedado pela legislação.

Também, que a multa aplicada é a prevista para as infrações imputadas e não cabe a apreciação de inconstitucionalidade. Opina pelo não provimento do Recurso.

A 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 2326) no sentido de que o autuante fizesse a exclusão dos valores do ICMS exigido a título de crédito fiscal indevido relativo à prestação de serviço de transporte vinculado à aquisição de mercadorias submetidas ao regime normal de tributação (infração 11) e também dos valores exigidos a título de antecipação do imposto por substituição relativo às mesmas operações (infração 12).

O autuante atendendo ao solicitado (fl. 2.329) informou que procedeu a verificação das notas fiscais que serviram de base para elaboração dos demonstrativos relativo às infrações 11 e 12, constatando:

- a) Nas notas fiscais vinculadas aos CTCs FOB, manteve os créditos relativos às mercadorias tributadas pelo regime normal e considerou como crédito indevido o valor proporcional às “mercadorias substituídas” o que reduziu o débito de R\$40.578,62 para R\$39.581,56 (infração 11);
- b) Com base na mesma proporcionalidade, recalculou a antecipação tributária do frete FOB, relativo a mercadorias adquiridas em outros estados, o que reduziu o valor da infração 12, de R\$7.675,22 para R\$6.160,60 tudo conforme demonstrativos acostados às fls. 2330 a 2349.

O sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência (fls. 2350/2351) e não se manifestou no prazo legal concedido (dez dias).

A PGE/PROFIS não foi instada a pronunciar sobre o resultado da diligência, visto que já tinha opinado Parecer opinativo quanto ao Recurso Voluntário interposto (fls. 2321/2322).

## VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício, relativo à desoneração em parte da infração 4 e total da infração 8, contido na Decisão proferida pela 1ª JJF.

A infração 4 acusa falta de efetivação de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo à saídas de mercadorias com redução de base de cálculo, pertinente a devoluções de vendas interestaduais, com estorno de débito de 2%;

Verifico que na impugnação o sujeito passivo juntou diversos documentos fiscais e demonstrativos (fls. 1.682 a 1.689 e fls. 1.690 a 1.827), para tentar provar que os demonstrativos da fiscalização desconsideraram valores (frete, compras a prazo), o que gerou diferença entre os valores apurados pelo seu sistema (RADAR) e o aplicativo da SEFAZ.

Por sua vez, a fiscalização acatou em parte os argumentos e documentos fiscais apresentados, o que reduziu o débito, o que foi acatado na Decisão da primeira instância.

Dessa forma, não merece reparo à Decisão da 1ª JJF, ficando reduzido o débito de R\$177.261,49, para R\$9.817,19, conforme demonstrativo de débito refeito (fl. 2250 e 2260-CD).

Quanto à infração 8, acusa efetivação de estorno de débito em desacordo com a legislação, relativo a vendas interestaduais, em valor maior que o estabelecido no Decreto nº 7.799/00, que prevê um estorno de 2%.

Na impugnação a empresa alegou que a fiscalização desconsiderou na apuração do estorno as operações com o CFOP 6403. Na informação fiscal o autuante reconheceu o erro, acrescentou as operações de vendas de mercadorias compreendidas na substituição tributária, com o CFOP 6403, e concluiu que inexistia a infração, o que foi corretamente acatado na Decisão ora recorrida.

Pelo exposto, não merece qualquer reparo a Decisão em relação às infrações 4 e 8. Recurso de Ofício Não Provido.

No que tange ao Recurso Voluntário interposto, pertinente às infrações 5, 6, 9, 10, 11 e 12, inicialmente caber apreciar o pedido de nulidade do lançamento e da Decisão da Primeira Instância.

Verifico que estes argumentos já foram apreciados na Decisão da primeira instância. Todas as infrações foram descritas de forma compreensível, fazendo-se acompanhar de demonstrativos, como previsto no art. 39 do RPAF/BA, os dados foram coletados em livros e documentos fiscais do próprio contribuinte, inclusive fornecido em meio magnético (CD) cuja cópia foi entregue a empresa.

Também, a empresa reconheceu parte das infrações e apresentou defesa sobre outras, cujos argumentos e documentos foram acatados em parte pela fiscalização, cujos demonstrativos refeitos foram fornecidos ao estabelecimento autuado, possibilitando o exercício do seu direito de defesa.

Também, não é cabível o argumento de que haveria necessidade de recomposição da escrita para posterior exigência de ICMS, tendo em vista que, o preposto fiscal na execução dos trabalhos de auditoria elaborou demonstrativos em que apurou valores contrapostos aos feitos da empresa, o que possibilitou aferir a correção ou não dos valores apontados como devidos. Fica, portanto, rejeitada as nulidades suscitadas (cerceamento do direito de defesa e falta de liquidez do lançamento), visto que o pedido não se adequa às disposições previstas no art. 18 do RPAF/BA.

Quanto aos argumentos de que não foram consideradas se mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária, ou não consideração de notas fiscais apresentadas junto com a defesa, pelo autuante ou pela 1ª JJF, entendo que se trata de questões de mérito, que serão apreciadas a seguir, não ensejando nulidade da Decisão ora recorrida.

No mérito, quanto à infração 5, que trata de utilização indevida de crédito fiscal (regime de substituição tributária), constato que o recorrente reapresentou os mesmos argumentos da defesa inicial: pode ter sido recolhido (DAE's, ou lançamento a débito no livro RAICMS); deveria refazer a escrita fiscal para confirmar se o ICMS exigido não foi pago na saída; o imposto exigido foi recolhido a destempo; houve apenas recolhimento intempestivo e, não houve prejuízo ao erário.

Estes argumentos foram apreciados na Decisão da primeira instância, fundamentando que se trata de operações sujeitas ao regime de substituição tributária com imposto pago por antecipação (art. 353, II c/c o art. 125 do RICMS/BA) e vedado à utilização do crédito fiscal (art. 97, IV, "b", do RICMS/97).

Também, o recorrente sendo detentor dos livros e documentos fiscais não apresentou qualquer prova de que as mercadorias cujo crédito fiscal foi utilizado indevidamente tenha sido submetida à tributação pelo regime normal no momento da saída, o que dispensaria a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 c/c o §1º do mesmo artigo da Lei nº 7.014/96. Portanto, correta a Decisão da 1ª JJF quanto à infração 5.

As infrações 6, 9 e 10, estão relacionadas à utilização indevida de redução da base de cálculo (Decreto nº 7.799/00) nas operações praticadas como "não contribuintes" ou contribuintes inaptos ou baixados.

O recorrente também reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, de que a fiscalização não pode lhe atribuir responsabilidade de fiscalizar a situação cadastral dos contribuintes e que deveria ser comprovado pela fiscalização.

Estes argumentos foram apreciados na Decisão da Primeira Instância, embasando que ao teor do art. 142 do RICMS/97, constitui obrigação de o contribuinte exigir do outro a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE), cuja situação cadastral é disponibilizada no

sítio da SEFAZ (<http://www.sefaz.ba.gov.br>) e poderia fazer consulta pública para certificar-se da regularidade cadastral dos seus clientes.

Não tendo apresentado qualquer prova capaz de elidir as infrações em comento, fica mantida a Decisão proferida pela 1ª JF, pela procedência das infrações 6, 9 e 10.

Relativamente às infrações 11 (utilização indevida de crédito fiscal) e 12 (recolhimento a menos de operações sujeitas ao regime de substituição tributária), foram reapresentados os argumentos da defesa, de que a base de cálculo utilizada está errada em diversas oportunidades, a exemplo dos produtos classificados com a NCM 25223000 que não está sujeito ao regime de substituição tributária.

Estes argumentos foram apreciados na Decisão da Primeira Instância, fundamentando que *“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”*, para contrapor aos demonstrativos originais (fls. 1.278 a 1.290).

E ainda, que a fiscalização *“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”* e 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”*.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que assiste razão em parte do recorrente, visto que tomando como exemplo o CTRC nº 391 (fl. 2157), o mesmo relaciona transporte das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 16840, 16857 e 16881 cujas cópias foram acostadas às fls. 2158/2162 que indica aquisição de: Nota Fiscal nº 16.857 – Latex NCM 3209 – regido pelo Convênio ICMS 74/94 (retido na NF); Nota Fiscal nº 16.881 – Tinta pó NCM 2523 – não regido pelo Convênio ICMS 74/94 (não retido na NF).

Por sua vez, o demonstrativo do autuante (fl. 1282) indica o valor total da prestação do serviço de transporte de R\$2.495,95 e crédito indevido integral de R\$299,51 e no demonstrativo à fl. 1296 foi apurado o ICMS-ST tomando como base o valor total da prestação do serviço ( $R\$2.495,95 \times 1,35\% = R\$3.369,53 \times 17\% = R\$572,82 - R\$299,51 = R\$273,31$ ).

Pelo exposto, considerando o resultado da diligência fiscal realizada na qual o autuante refez os demonstrativos originais, acato os demonstrativos refeitos pela fiscalização, ficando reduzido o valor de R\$40.578,62 para R\$39.581,56 na infração 11 e reduzido de R\$7.675,22 para R\$6.160,60 a infração 12, tudo conforme demonstrativos acostados às fls. 2330 a 2349. Infrações subsistentes em parte.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução dos valores exigidos apenas nas infrações 11 e 12. Assim, o débito do Auto de Infração fica configurado conforme demonstrativo abaixo:

| INF. | RESULTADO           | VLR. HISTÓRICO | VLR. JULGADO-JJF | VLR. JULGADO-CJF | MULTA |
|------|---------------------|----------------|------------------|------------------|-------|
| 01   | RECONHECIDA         | 13.214,70      | 13.214,70        | 13.214,70        | 70%   |
| 02   | RECONHECIDA         | 14.623,20      | 14.623,20        | 14.623,20        | 60%   |
| 03   | RECONHECIDA         | 3.588,91       | 3.588,91         | 3.588,91         | 60%   |
| 04   | PROCEDENTE EM PARTE | 177.261,49     | 9.817,19         | 9.817,19         | 60%   |
| 05   | PROCEDENTE          | 22.992,13      | 22.992,13        | 22.992,13        | 60%   |
| 06   | PROCEDENTE          | 200.765,76     | 200.765,76       | 200.765,76       | 60%   |
| 07   | RECONHECIDA         | 68.588,22      | 68.588,22        | 68.588,22        | 60%   |
| 08   | IMPROCEDENTE        | 3.727,61       | 0,00             | 0,00             | 60%   |
| 09   | PROCEDENTE          | 38.684,92      | 38.684,92        | 38.684,92        | 60%   |
| 10   | PROCEDENTE          | 18.780,13      | 18.780,13        | 18.780,13        | 60%   |
| 11   | PROCEDENTE EM PARTE | 40.578,62      | 40.578,62        | 39.581,56        | 60%   |
| 12   | PROCEDENTE EM PARTE | 7.675,22       | 7.675,22         | 6.160,60         | 60%   |



|              |             |                   |                   |                   |     |
|--------------|-------------|-------------------|-------------------|-------------------|-----|
| 13           | RECONHECIDA | 61.778,91         | 61.778,91         | 61.778,91         | 60% |
| 14           | RECONHECIDA | 9.205,61          | 9.205,61          | 9.205,61          | 60% |
| <b>TOTAL</b> |             | <b>681.465,43</b> | <b>510.293,52</b> | <b>507.781,84</b> |     |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **124274.0155/10-9**, lavrado contra **INOVAÇÃO ATACADO DA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$507.781,84**, acrescido das multas de 60% sobre R\$494.567,14 e 70% sobre R\$13.214,70, previstas nos incisos VII, alíneas “a” e “b”, II, alíneas “a”, “d”, “e” e “f” e III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos com parcelamento, de fls. 2236 a 2239.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS