

A. I. Nº - 147771.0004/13-2
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18.08.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. **a)** OPERAÇÕES ATRAVÉS DE ECF. Comprovado o recolhimento a menos de ICMS em virtude da utilização equivocada da alíquota, quando da saída das mercadorias tributadas através de ECF. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração em parte subsistente. **b)** OPERAÇÕES ATRAVÉS DE NOTA FISCAL. Recolheu a menos o ICMS em virtude da utilização equivocada da alíquota, quando da saída das mercadorias tributadas através de notas fiscais. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração em parte subsistente. **c)** TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA PARA OUTRO ESTADO. Comprovado erro na aplicação da alíquota interestadual nas transferências de mercadorias para outro Estado. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR DESTACADO A MAIS. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias adquiridas com imposto recolhido pelo regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontre encerrada. Infração subsistente. 3. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. OPERAÇÃO DE SAÍDA SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. O contribuinte deverá estornar o crédito fiscal relativo a aquisições de mercadorias, objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo. Infração caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomado-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações comprovadas.

5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. É devida a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, Lei 7.014/96, para o caso de inobservância do dispositivo legal concernente ao recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial contido no art. 12-A da mesma Lei. Exigência subsistente.

6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AJUSTE DE ESTOQUE. PRODUTO INCLUÍDO NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. MERCADORIAS REGISTRADAS.** Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Decisão não unânime. Indeferido o pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação acessória, bem como a solicitação de reenquadramento de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 16/12/13 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.610.694,86, em decorrência das seguintes infrações:

1 - Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por ECFs, conforme demonstrativo (fls. 15 a 27) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$141.083,47. Multa: 60%.

2 - Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por notas fiscais, conforme demonstrativo (fls. 28 a 40) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$49.663,21. Multa de 60%.

3 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por transferências para outras unidades da Federação com alíquota inferior a estabelecida na legislação, conforme demonstrativo (fls. 41 a 52) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$45.473,41. Multa de 60%.

4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. Trata-se de entrada de produtos cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida, a teor do disposto no art. 87, V e XLIV, do RICMS-BA/97, consoante demonstrativo (fls. 52 a 55) e CD-R (fl. 195) do PAF. ICMS: R\$ 1.557,98. Multa: 60%.

5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária conforme notas fiscais (amostra), às fls. 69 a 90, demonstrativos (fls. 56 a 68) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$26.504,06. Multa: 60%.

6 - 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 a parte proporcional da redução conforme notas fiscais (amostra), às fls. 104 a 124, demonstrativos (fls. 91 a 103) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$278.575,35. Multa: 60%.

7 - Falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2011), conforme demonstrativo (fls. 125 a 126) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$ 386.010,26. Multa: 100%.

8 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2011), conforme demonstrativo (fls. 130 a 131) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$149.151,64. Multa: 100%.

9 - Falta de recolhimento do imposto, 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 terceiro 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 exercício fechado (2011), conforme demonstrativo (fls. 130 a 131) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$46.566,99. Multa: 60%.

10 - Deixou de recolher, por antecipação tributária, o ICMS relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, conforme demonstrativo (fls. 161 a 162) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: 4.319,23. Multa: 60%.

11 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente conforme notas fiscais (amostra), fls. 147 a 160, demonstrativos (fls. 134 a 146) e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. Multa de 60%, valor R\$462.994,66.

12 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme demonstrativos, fls. 163 a 170, notas fiscais (amostra), fls. 171 a 188, e CD-R (fl. 195) anexos ao PAF. ICMS: R\$18.794,60. Multa: 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 205 a 246) e, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento, pois considera que a lavratura de um Auto de Infração com doze acusações cerceia o seu direito de defesa. Acrescenta que a falta de clareza na descrição das irregularidades e a ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração também dificultou a defesa. Menciona que o art. 40 do RPAF/99 permite a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício do direito de defesa. Transcreve trecho de voto proferido neste CONSEF, no sentido de que a lavratura de dois Auto de Infração tinha facilitado o exercício do direito de defesa naquela lide.

Argui a nulidade das infrações 1 e 2 por vício na mensuração da base de cálculo do imposto lançado. Afirma que o crédito tributário está eivado de vícios de natureza material, tanto na formação da base de cálculo quanto na aplicação da alíquota de determinados produtos. Tomando por base parte de demonstrativos elaborados pelo autuante, aponta os seguintes equívocos na determinação da base de cálculo: as operações internas com arroz gozam de

redução de base de cálculo de 100%, prevista no art. 78-A do RICMS-BA/97; nas operações de saídas de leite em pó a base de cálculo é reduzida de forma que a carga tributária corresponda a 7%, conforme o art. 86, XXI, do RICMS-BA/97; as saídas de sal possuem redução de base de cálculo em 100%, consoante o art. 86, XXX, do RICMS-BA/97. Ressalta que além de erros na determinação da base de cálculo, também há falhas na aplicação da alíquota de 12% nas operações internas com arroz, uma vez que segundo o art. 51, I, “a”, do RICMS-BA/97, é de 7%. Reitera que esses equívocos representam vícios de natureza material e, portanto, não são passíveis de saneamento, devendo o Auto de Infração ser julgado nulo. Faz alusão ao disposto nos artigos 39 e 18 do RPAF/99 e, em seguida, frisa que apenas os erros formais são passíveis de saneamento.

Suscita a nulidade da infração 6 por ausência de elementos para se determinar a infração. Afirma que o autuante ao mensurar o crédito tributário, mediante o levantamento de notas fiscais de entrada, não demonstrou ter ocorrido saídas de mercadorias com a redução de base de cálculo. Ainda que tivesse comprovado a sua ocorrência, diz que o autuante também não apresentou os elementos que compõem a base de cálculo do imposto. Reproduz trecho do demonstrativo elaborado pelo autuante e, em seguida, sustenta que aquele demonstrativo apenas indica as informações das notas fiscais de entrada, sendo que, na coluna “base de cálculo”, o autuante se limita a lançar valores sem apresentar os elementos que os compõem, os critérios e procedimentos adotados para a sua apuração, de acordo com o §2º do art. 100 do RICMS-BA/97. Destaca que a obrigatoriedade do estorno do crédito ocorre no momento da saída de mercadoria com redução de base de cálculo no valor proporcional à redução, sendo que não há nem no demonstrativo e nem nos documentos acostados aos autos (fls. 104 a 124) qualquer evidência da ocorrência desse fato. Transcreve dispositivo legal e doutrina e, em seguida, conclui que não sendo o demonstrativo suficiente a comprovar a ocorrência da citada infração (saída de mercadoria com redução de base de cálculo sem o devido estorno) e nem tampouco apresenta os elementos materiais para mensurar o *quantum* devido, imperioso se faz declarar a nulidade da infração 6.

Afirma que as infrações 7, 8 e 9 são nulas porque estão baseadas em presunção injustificada, lesionando, assim, o princípio da legalidade. Destaca que essas três infrações estão baseadas em presunção decorrente de falta de contabilização de entradas e, no entanto, a presunção só se aplica quando é impossível a identificação de eventual equívoco utilizando outro método. Diz que, nas infrações 7 e 9, o autuante realizou levantamento quantitativo de estoque, presumindo que existiram entradas sem a devida contabilização, e o fez sem justificar o motivo, maculando os princípios da legalidade e da razoabilidade. Aduz que o autuante justificou a presunção com fulcro no §3º do art. 2º do Dec. 6.284/97 [do Regulamento do ICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97], porém, não especificou a que inciso se referia. Afirma que a infração 9 não possui uma demonstração clara da apuração da base de cálculo, sendo a redação confusa, o que cerceia o exercício do direito de defesa. Discorre sobre presunção em direito tributário e cita doutrina.

Volta a arguir a nulidade da infração 8, agora sob o argumento de que essa acusação está baseada em dispositivo de lei inexistente, revogado há quase dez anos. Diz que o inciso I do artigo 125 do RICMS-BA/97 foi revogado pelo Dec. 8.969/04, ao passo que a alínea “a” do inciso I do artigo 371 do RICMS-BA/97 foi revogada pelo Dec. 9.068/04. Destaca que está diante de uma nulidade (um víncio) material que acarreta a nulidade dessa infração. Frisa que o disposto no §1º do art. 18 do RPAF/99 especifica que apenas eventuais incorreções, bem como o descumprimento de exigências meramente formais, não acarretam a nulidade de Auto de Infração. Cita doutrina.

No mérito, quanto às infrações 1, 2 e 3, afirma que a fiscalização, ao elaborar o demonstrativo da base de cálculo dessas infrações, se limitou a aplicar as alíquotas de 17% e 12% sobre o valor do produto sem observar as especificidades de tributação de cada produto. Cita o caso dos derivados do extrativo animal e vegetal, como arroz e feijão que são beneficiados com a redução em 100% da base de cálculo, como também do leite, do sal, entre outros. Invoca o princípio da eventualidade e diz que caso não se decrete a nulidade dessas infrações, seja realizada diligência, a fim de rever o lançamento, objetivando reduzir o montante do débito cobrado.

Relativamente à infração 4, afirma que, além da multa sobre o crédito fiscal utilizado a maior, no valor de R\$ 934,79, também foi exigido o próprio imposto (R\$ 1.557,98). Ressalta que o inciso VII do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 trata de estorno do crédito que não tenha resultado em descumprimento de obrigação principal. Pede que, caso seja mantido esse item do lançamento, a exigência fiscal recaia unicamente sobre o valor da multa, tendo em vista a natureza da infração imposta.

No que tange à infração 5, inicialmente faz alusão ao princípio da não cumulatividade do ICMS e, em seguida, afirma que se houver a incidência do imposto na operação de aquisição de mercadorias para comercialização, estará garantido o direito ao crédito fiscal, para que não se torne o ICMS um tributo cumulativo. Diz que o inciso I-A do artigo 93 do RICMS-BA/97 prevê que, nas hipóteses de pagamento antecipado, o valor recolhido será compensado, mediante o sistema de abatimento de créditos e débitos quando da apuração mensal do ICMS. Destaca que no caso em tela estão presentes os requisitos garantidores do direito ao crédito fiscal, quais sejam: a) os produtos listados no demonstrativo e indicados nas notas fiscais juntadas pela fiscalização são mercadorias que o impugnante adquire para comercialização; b) as operações de aquisição dessas mercadorias sofreram incidência do tributo, ou seja, o imposto foi cobrado na etapa anterior; c) mesmo nas hipóteses da obrigatoriedade de pagamento antecipado nos termos do artigo 352-A, o direito ao crédito está garantido no inciso I-A do art. 93. Sustenta que, diante dessas considerações, a vedação contida na alínea “b” do inciso IV do artigo 97 não se aplica ao presente caso em razão do direito ao crédito pago por antecipação, previsto no inciso I-A do artigo 93 do RICMS-BA/97. Diz que, portanto, a exigência fiscal não procede, porém, caso seja mantida, deverá ser cobrada apenas a multa, capitulada no inc. VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Também solicita a redução da multa, com fulcro no art. 158 do RPAF/99, pois considera que se trata de descumprimento de obrigação acessória.

Relativamente à infração 6, afirma que a mera aquisição de mercadorias sujeitas a redução de base de cálculo nas operações internas subsequentes não é suficiente a ensejar o surgimento do estorno de crédito, haja vista que a obrigatoriedade do estorno somente ocorre se a operação subsequente (saída da mercadoria) se realizar dentro do estado.

Após transcrever o disposto no art. 100, II, do RICMS-BA/97, frisa que se não houver saída de mercadorias com redução de base de cálculo, não ocorrerá a obrigação de estornar o crédito destacado nas notas fiscais de entrada. Diz que, no momento da aquisição das mercadorias, não há como presumir que não haverá outra operação de saída não amparada pela redução de base. Sustenta que a exigência de ICMS com base na aquisição de mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo não encontra amparo legal e está pautada em suposição.

Acrescenta que, ainda que fosse possível exigir o estorno do crédito no momento da aquisição, no procedimento fiscal não foram observados as medidas legais para fins de mensuração desta parcela. Transcreve o disposto no §2º do art. 100 do RICMS-BA/97 e, mais adiante, afirma que o lançamento está desprovido de legalidade, tanto na definição da infração como na mensuração do valor supostamente devido.

Ressalta que, caso não se reconheça a improcedência da infração em tela, que seja somente cobrado o valor da multa, com a redução contida no artigo 158 do RPAF/99, tendo em vista que a infração não trata de ausência de descumprimento de obrigação principal.

Assegura que as infrações 7, 8 e 9 não procedem, pois há duplicidade de cobrança. Diz que, ao cobrar o ICMS próprio devido pela suposta saída sem nota, o autuante incluiu todas as operações, inclusive as sujeitas ao regime de substituição tributária conforme se observa na coluna “ST” das tabelas elaboradas pelo autuante e reproduzidas pelo defensor. Ressalta que, no entanto, além de considerar as omissões de entrada/saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária na infração 7, para fins de determinar a parcela do ICMS do próprio contribuinte, também considerou as mesmas omissões quando da apuração das infrações 8 e 9. Para embasar seu argumento, reproduz trechos de demonstrativos elaborados pelo autuante.

Registra que, embora a fiscalização tenha capitulado a infração 8 como sendo “*falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal*”, analisando a planilha de cálculo referente ao ICMS substituição tributária (“demonstrativo auditoria antecipação tributária omissão entrada 2”), base para o lançamento das infrações 8 e 9, constata-se que de fato o valor cobrado na infração 8 (coluna ICMS responsabilidade solidária) corresponde exatamente a parcela do ICMS do próprio contribuinte nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Menciona que o CONSEF vem decidindo pela nulidade quando é descrita uma conduta no Auto de Infração e, no entanto, nos papéis de trabalho se apura montante que diz respeito a outra situação não contemplada na infração correspondente. Destaca que a infração 8 corresponde exatamente ao ICMS próprio nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pela análise do quadro resumo que apresenta, cujas informações foram extraídas do demonstrativo da infração 8 e 9.

Diz que a conclusão acima está amparada pela norma contida no artigo 357 do RICMS-BA/97, que trata do cálculo do ICMS devido nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Explica que, segundo esse dispositivo regulamentar, o ICMS retido nas operações subsequentes deve ser calculado deduzindo o tributo de responsabilidade direta do remetente, ou seja, o ICMS do próprio contribuinte devido nas operações de substituição tributária.

Reitera que as infrações 8 e 9 se referem a ICMS devido nas operações sujeitas a substituição, incluindo tanto a parcela do próprio contribuinte como a de terceiro. Diz que as omissões de entrada/saída das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária estão incluídas tanto na infração 7 quanto nas infrações 8 e 9, o que comprova que a exigência fiscal está eivada de vícios insanáveis, motivo pelo qual pugna pela improcedência das infrações 7, 8 e 9.

Pede que, caso assim não entenda este colegiado, que ao menos seja determinada a exclusão das omissões de entrada/saída das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária lançadas na infração 7, já que a parcela do ICMS devido do próprio contribuinte referente a este regime está contemplada nas infrações 8 e 9.

Também pugna pelo reenquadramento da multa de 100% aplicada nas infrações 7 e 8 para 60% aplicada na infração 9, já que todas estas infrações tiveram os seus débitos levantados em razão da presunção da omissão de entradas e saídas.

Relativamente à infração 10, destaca que a planilha elaborada pelo autuante não contém os elementos necessários para demonstrar o valor cobrado, especialmente no que se refere ao preço unitário utilizado para a mensuração da base de cálculo do imposto. Diz que há apenas a indicação do valor unitário do preço adotado, mas não há qualquer documentação (relação das notas fiscais de entrada) comprovando que foi praticado o preço de aquisição da mercadoria mais recente, conforme determina o inc. II do art. 3º do Dec. nº 12.534/10. Afirma que, ausente tal demonstração, resta prejudicada a defesa quanto a este elemento, que por sua vez é essencial para a mensuração do valor cobrado no Auto de Infração, devendo sua nulidade ser reconhecida por este colegiado.

Ainda quanto à infração 10, diz que o procedimento adotado pela fiscalização no cálculo da parcela do ICMS substituição tributária não está de acordo com as disposições contidas no inc. II do art. 3º do Dec. nº 12.534/10 e no art. 357 do RICMS-BA/97. Após transcrever esses citados dispositivos, sustenta que o autuante cometeu dois seguintes equívocos, conforme relatado a seguir.

O primeiro, e mais relevante, decorreu do fato de não ter deduzido a parcela do ICMS do próprio contribuinte, ora impugnante, apurada com base na aplicação da alíquota 17% sobre a base indicada na coluna 3 do demonstrativo. Frisa que esse fato terminou ensejando a cobrança de imposto que já foi recolhido quando da saída da mercadoria do estoque do impugnante.

O segundo equívoco está na indicação da margem de valor agregado dos produtos relacionados no demonstrativo com o código NCM 94042100 (Colchões, inclusive box), sendo lançado o percentual de 83,54%, quando o correto, conforme Anexo 88 do RICMS-BA/97, seria 76,87%.

Dessa forma, pugna pela improcedência da infração 10 ou, ao menos, pela redução do valor devido através de diligência fiscal que possa deduzir a parcela do ICMS do próprio contribuinte, revendo e corrigindo as margens de valores adicionados.

Sustenta que a multa indicada na infração 11 tem o efeito de confisco, pois extrapola os limites da razoabilidade, posto que o seu montante é quase maior que o pagamento do próprio imposto. Menciona que o art. 150, IV, da Constituição Federal, veda a utilização do tributo com efeito confiscatório. Explica que não solicita que se faça o controle de constitucionalidade, ou que se declare que a referida multa é ou não constitucional, já que os órgãos administrativos de julgamento não possuem essa competência.

Ressalta que a cobrança de uma multa de quase meio milhão de reais sem um motivo que justifique a penalidade é um abuso, inclusive porque, o valor da infração corresponde a praticamente um terço de todo o auto de infração lavrado, um absurdo sem tamanho. Dessa forma, requer que este Conselho reconheça que a multa cobrada não se sustenta, pois não existiu ato tão errôneo, por parte da empresa, que justifique a sua aplicação.

Requer que a infração 11 seja julgada improcedente, ou que a multa indicada na autuação seja reduzida para 20%, com base no art. 158 do RPAF/99, uma vez que não houve dolo, fraude ou simulação, e que também não tenha ocorrido a falta de recolhimento de tributo. Menciona que, pela leitura do Auto de Infração, verifica-se que não há qualquer indício ou prova de que tenha agido de forma dolosa ou fraudulenta, bem como de que teria deixado de pagar imposto. Acrescenta que, imaginando uma hipótese de pagamento de imposto vencido, a multa máxima que poderia ser aplicada seria de até 20%, e não 60% como foi feito pela ação fiscal. Frisa que agiu de boa-fé e que não deixou de pagar o seu débito, mas pagou em momento subsequente. Cita decisões deste CONSEF em que foram reduzidas multas por descumprimento de obrigação acessória. Transcreve doutrina.

No que tange à infração 12, diz que na hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade, esse item do lançamento é improcedente por falta de sustentação jurídica.

Afirma que o autuante não observou as ressalvas previstas no art. 355 do RICMS-BA/97 e, em seguida passa a discorrer acerca da diferenciação entre os institutos da substituição tributária e da antecipação tributária. Explica que a substituição tributária, além de promover uma antecipação do fato gerador e do pagamento do tributo, requer a existência de duas figuras desdobradas do polo passivo do tributo, quais sejam: a do contribuinte, que sofrerá a retenção do imposto; e a do responsável, que procederá a retenção e o pagamento do imposto. Diz que a antecipação tributária é aquela que se dá pela entrada da mercadoria no estabelecimento comercial e é efetivada pelo próprio contribuinte adquirente, existindo, neste caso, apenas a figura do contribuinte, o qual se encarrega de calcular a antecipação e recolher o tributo, sendo neste caso responsável pela antecipação e nunca substituição.

Afirma que, segundo uma interpretação sistemática dos artigos 371 c/com o art. 355, VII, ambos do RICMS-BA/97, a legislação dispensa da retenção do imposto quando se tratar de fornecimento para consumidor final, como diz ser o seu caso. Sustenta que, como exerce a atividade de comércio varejista de supermercado, as suas mercadorias se destinam essencialmente a vendas ao consumidor final e, portanto, a exceção contida no inc.VII do art. 355 do RICMS-BA/97 o exime do recolhimento exigido na infração 12.

Afirma que, caso não seja decretada a nulidade ou a improcedência da referida infração, pelo menos seja revisada a exigência fiscal para que seja excluída a parcela referente às saídas destinadas a consumidor final.

Ao encerrar a sua peça defensiva, o autuado requer que sejam acolhidas as preliminares de nulidade e, caso ultrapassadas, que seja o Auto de Infração julgado improcedente. Requer a realização de diligência. Solicita redução e reenquadramento de multa. Pede que as intimações

sejam dirigidas ao endereço das advogadas que subscrevem a defesa. Solicita que lhe seja comunicada a data, hora e local da realização do julgamento.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 298 a 326 e, após efetuar uma síntese da autuação e da defesa, afirma que a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa não procede, pois o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente, cumprindo as formalidades do processo administrativo fiscal. A descrição das infrações imputadas ao autuado é clara e precisa, e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam com clareza todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado.

Diz que todos os elementos constitutivos do débito tributário foram extraídos dos dados constantes dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, os quais foram confrontados com os escriturados nos livros fiscais da empresa, conforme o Relatório de fl. 189. Quanto à lavratura do Auto de Infração com várias infrações, explica que RPAF/99, no seu artigo 40, apenas autoriza a possibilidade da lavratura de mais de um Auto de Infração no mesmo período fiscalizado, mas não limita o número de infrações que deve conter cada Auto de Infração.

Quanto à preliminar de nulidade da infração 1, diz que as alegações defensivas atinentes aos produtos arroz 7 Cereais, soja Tio João e arroz integral Rariz têm procedência, pois esses produtos têm a redução na base de cálculo de 100%, prevista no artigo 78-A do RICMS-BA/97. Refez a apuração do imposto, tendo apurado o valor de R\$ 140.825,75, conforme fls. 327 a 339 e CD-ROM à fl. 354.

Referindo-se a preliminar de nulidade da infração 2, acolhe o argumento defensivo referente aos produtos leite em pó e sal, já que tais produtos estão beneficiados com redução de base de cálculo prevista no artigo 86, incisos XXI e XXX, respectivamente. Ainda em relação à infração 2, mesmo não sendo objeto das razões de defesa, diz que indevidamente incluiu nesse item do lançamento operações de saídas respaldadas em notas fiscais de CFOP 6409, que embasaram a infração 3. Refez a apuração do imposto, retificando esses equívocos, tendo apurado o débito de R\$ 8.377,98, conforme demonstrativos às fls. 340 a 347 e 354.

No que tange à preliminar de nulidade da infração 6, afirma que o próprio autuado nas preliminares de nulidade diz que as mercadorias sal, arroz, leite em pó, etc. não poderiam ser incluídas nas infrações 1 e 2, pois tinham saídas com redução de base de cálculo. Diz que todos os produtos constantes do demonstrativo que embasou esta infração têm saídas efetuadas com redução de base de cálculo, conforme demonstrativo às fls. 348 a 350 dos autos e em CD-ROM acostado à fl. 354. Menciona que nesses demonstrativos constam as alíquotas ou carga tributária das mercadorias cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo e que, por força da legislação, o autuado deveria ter efetuado o estorno do crédito das entradas das referidas mercadorias cujas alíquotas fossem superiores à carga tributária nas saídas das mercadorias. Frisa que o autuado não comprova nada que alega nas suas razões de defesa, muito menos o estorno do crédito que deveria ter efetuado.

Explica que o artigo 100 do RICMS-BA/97 estabelece a obrigatoriedade de os contribuintes efetuarem o estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorrerem com redução de base de cálculo no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Ressalta que o demonstrativo que embasa a autuação traz todos os elementos necessários a caracterização da infração e, em seguida, reproduz demonstrativo apresentado na defesa, para provar que todos os dados necessários estão presentes e que a apuração dos valores é clara e precisa. Diz que o demonstrativo dessa infração é autoexplicativo e os valores estão detalhados de forma clara e compreensível. Menciona que o valor lançado na coluna “Base de Cálculo” corresponde ao valor tributável das mercadorias que ingressaram no estabelecimento do autuado, cujas saídas são beneficiadas com a redução da base de cálculo, de forma que os valores e as alíquotas correspondentes das mercadorias adquiridas são conhecidos, não se aplicando ao caso em tela o §2º do artigo 100 do RICMS-BA/97. Frisa que o autuado, às fls. 212 a 215, afirma que as

saídas dos produtos objeto desta infração tiveram suas saídas com redução de base de cálculo, porém na sua escrita fiscal não consta nenhum lançamento a título de estorno de crédito das mercadorias cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo. Diz que, para comprovar suas alegações, o autuado deveria trazer as provas que não efetuou vendas de qualquer mercadoria com redução de base de cálculo. Aduz que, para elidir qualquer dúvida, está anexando aos autos as provas extraídas da escrita fiscal do contribuinte das saídas de mercadorias que o autuado efetuou com o benefício da redução da base de cálculo, o que o obrigaria a efetuar o estorno de crédito, conforme prevê o inciso II do artigo 100 do RICMS-BA/97. Salienta que todas as saídas dos produtos relacionados nessa infração ocorreram dentro do Estado, pois a atividade do autuado é o comércio varejista, com vendas para consumidores finais.

Sustenta que a preliminar de nulidade das infrações 7, 8 e 9 não merece prosperar, uma vez que o auto de infração foi lavrado com respaldo na Legislação Estadual, ou seja o RICMS-BA/97 e a Portaria 445/98. Frisa que o valor da omissão de entrada não foi decorrente de presunção, mas sim de apuração mediante levantamento quantitativo de estoque, fundamentado nos elementos de provas fornecidos pelo próprio contribuinte nos arquivos magnéticos enviados à Secretaria da Fazenda. Aduz que a infração 7, foi fundamentada no artigo 2º, §3º, do RICMS-BA/97, bem como nos artigos 6º e 7º da Portaria 445/98. Diz que, pela descrição da infração 7, fica claro que o autuado não registrou as entradas de mercadorias, e que, portanto, foi aplicado o inc. IV do §3º do art. 2º do RICMS-BA/97. Frisa que a infração 9 está descrita de forma clara como sendo decorrente da falta de recolhimento do imposto, 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 terceiro desacompanhada 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 exercício fechado. Diz que a citação de dispositivo legal revogado (infração 8) não provocou repercussão alguma para a compreensão da acusação fiscal, pois a descrição do fato traz clareza suficiente para caracterização da infração.

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, diz que o autuado não traz qualquer fato novo, sendo que os equívocos referentes ao benefício da redução de base de cálculo já foram acatados e corrigidos. No que tange à infração 3, frisa que o defensor não apontou qualquer irregularidade.

Quanto à infração 4, diz que as alegações defensivas estão equivocadas, pois ao se creditar de valor superior ao permitido, o montante do imposto a recolher no final do período foi menor que o devido e, portanto, está devidamente comprovado que o autuado descumpriu obrigação principal, o que acarreta a cobrança de imposto e multa.

Afirma que as mercadorias relacionadas na infração 5 estão enquadradas no regime de substituição tributária, fato este que embasa a cobrança do crédito indevidamente utilizado na entrada dessas referidas mercadorias, conforme previsto no art.97, IV, “b”, do RICMS-BA/97. Diz que o ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição já foi utilizado quando o próprio autuado efetuou os cálculos para o recolhimento da antecipação tributária, fato este que encerra a fase de tributação. Frisa que a alegação defensiva atinente à compensação do valor antecipadamente pago não guarda nenhuma relação com a presente infração, uma vez que o dispositivo citado pela autuada diz respeito apenas ao imposto que foi antecipado na entrada de mercadorias enquadradas no regime normal de apuração, o que não é o caso em questão.

Mantém a exigência fiscal referente à infração 6 sob o argumento de que o defensor não traz nenhum fato diferente dos constantes da preliminar de nulidade dessa infração, sendo assim reitera que às fls. 348 a 350 anexou demonstrativo, onde constam as alíquotas ou carga tributária das mercadorias cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo e que, por força da legislação, o autuado deveria ter efetuado o estorno do crédito. Reitera que o autuado não comprova o alegado na defesa, muito menos o estorno do crédito que deveria ter efetuado. Ressalta que o autuado, ao dar saídas às mercadorias com redução de base cálculo, deveria ter

efetuado o estorno de crédito, se não o fez, o valor do imposto a recolher foi apurado a menos no final do período, o que justifica a cobrança do imposto e da multa.

Quanto às infrações 7, 8 e 9, frisa que utilizou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007 para expurgar, da base de cálculo da presunção de omissão de saídas, o valor das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Acrescenta que, no caso da omissão de entradas de mercadorias, o §3º do art. 2º do RICMS-BA/97 autoriza a presunção de saídas de mercadorias tributadas. Menciona que as infrações 8 e 9 decorrem da falta do pagamento do ICMS das mercadorias que foram adquiridas com os recursos decorrentes das receitas não registradas em períodos anteriores, o que deixa claro que se trata de fatos geradores distintos. Transcreve trecho de voto proferido no Acórdão JJF Nº 0160-01/05, para embasar seus argumentos. Afirma que as multas indicadas nessas infrações estão corretas, não havendo razão para qualquer reenquadramento.

Sustenta que a apuração da infração 10 contém todos os elementos necessários para comprovar o crédito tributário lançado. Diz que os preços unitários foram informados pelo autuado (fl. 351 e CD-ROM à fl. 354) em atendimento a intimação emitida pela fiscalização. Salienta que os preços unitários constantes das informações prestadas pelo autuado são inferiores aos das últimas entradas no exercício fiscalizado, conforme o demonstrativo anexado às fls. 352 e 353 e em CD-ROM à fl. 354.

Menciona que a parcela do ICMS que foi paga na aquisição das mercadorias já foi apropriada pelo autuado na apuração normal do ICMS a recolher. Acrescenta que, nos termos do Decreto 12.534/10, a única parcela que a autuada poderia deduzir do imposto apurado para a antecipação destas mercadorias seria de créditos eventualmente existentes em sua escrita fiscal, o que efetivamente não existia, pois a empresa teve ICMS a recolher no período.

Admite que se equivocou na aplicação da margem de valor adicionado, conforme alegado na defesa. Refez a apuração do imposto corrigido a MVA dos produtos com código NCM 94042100, passando o valor devido para R\$ 4.281,39.

Referindo-se à infração 11, afirma que não se incluem na competência dos prepostos da fiscalização discutir a constitucionalidade, ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado do Secretário da Fazenda ou do Governador do Estado da Bahia.

Quanto à infração 12, diz que interpretação dada pelo autuado aos artigos 371 e 355 do RICMS-BA/97 está equivocada, pois o autuado não adquiriu as mercadorias constantes desta infração para consumo próprio. Frisa que o autuado é uma empresa comercial do ramo varejista de supermercado, que ao adquirir as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem, está obrigado a efetuar o pagamento do ICMS devido, conforme estabelece o art. 371 do RICMS-BA/97.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante diz que após os ajustes efetuados nas infrações 1, 2 e 10, o total devido no Auto de Infração passa de R\$ 1.610.694,86 para R\$ 1.569.114,07. Salienta que Auto de Infração anteriores, lavrados com as mesmas infrações, foram julgados procedentes por este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nº^{os} 0185-11/10, 0185-11/10 e 0151-11/13, e JJF nº^{os} 0329-05/11, 0042-03/12, 0103-05/11, 0067-01/13, 0071-01/13 e 0222-05/13.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência, fl. 357, para que o autuado fosse notificado acerca da informação e recebesse cópia dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante. A diligência foi cumprida, conforme fls. 360 e 361.

Ao se pronunciar sobre os novos elementos trazidos aos autos na informação fiscal, fls. 362 a 375, o autuado afirma que o reconhecimento dos equívocos constantes no lançamento demonstra a fragilidade do Auto de Infração em tela, o que acarreta a sua nulidade. Diz que o fato de o processo ter sido convertido em diligência reforça os argumentos defensivos de inexistência de demonstrativos claros e precisos capazes de evidenciar como o crédito tributário foi apurado.

Reitera todos os argumentos expostos nas preliminares e no mérito expostos na impugnação, a fim de que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração em comento.

Prosseguindo, o autuado repete que os novos documentos demonstram que faltou ao Auto de Infração elementos suficientes para se determinar, com segurança, as supostas infrações cometidas. Diz que a apresentação em momento posterior à lavratura do Auto de Infração de documentos hábeis a determinar o mérito da infração torna nulo o lançamento tributário de acordo com a citada alínea ‘a’ do inciso IV do artigo 18 do RPAF/99. Menciona que a apresentação de novos demonstrativos em nada altera ou convalida os vícios demonstrados quando da apresentação da impugnação, face à inobservância dos princípios da legalidade e da não cumulatividade, além de ferir outros cânones e a própria legislação vigente.

Quanto às infrações 1 e 2, diz que a autuação não procede, visto que não há como precisar se efetivamente não existem outros erros não observados pela fiscalização, já que os produtos apontados na defesa foram exemplos de muitos que podem também ter redução de base de cálculo. Questiona como considerar um lançamento e consequente constituição do crédito tributário, se o próprio autuante confirma o erro na apuração do valor devido? Conclui que está provado que não podem prosperar as infrações 1 e 2, pois o demonstrativo da base de cálculo está maculado, tendo em vista que a sua composição foi fundada em bases errôneas.

No que tange à infração 6, impugna os novos documentos apresentados pelo autuante, uma vez que deveriam ter sido anexados ao Auto de Infração como documento essencial e suficiente para evidenciar como a exação foi constituída. Ressalta que, caso este colegiado entenda de modo contrário, ainda assim padecerá de nulidade a infração, vez que o cálculo feito e as premissas utilizadas pela ação fiscal não conseguem elucidar a apuração do quanto supostamente devido. Diz que as planilhas não são autoexplicativas e nem demonstram como foram apurados a base de cálculo e o valor devido. Repete que a obrigatoriedade do estorno do crédito, nos termos da legislação vigente, ocorre no momento da saída de mercadoria com redução de base de cálculo no valor proporcional à redução, e não há nem no demonstrativo, nem tampouco nos documentos acostados aos autos mesmo após ter baixado o processo em diligência, a comprovação deste fato. Diz que a infração 6, assim como as demais, está eivada de vícios em face da ausência dos elementos necessários a determinação da infração, conforme o artigo 39 do RPAF/99. Afirma que neste Auto de Infração não estão presentes os requisitos materiais essenciais à demonstração da apuração do tributo, cerceando, assim, o exercício do seu direito de defesa.

No mérito da infração 6, repete argumentos trazidos na defesa e já constantes neste relatório.

Quanto à infração 10, afirma que o reconhecimento pelo autuante do equívoco quando do levantamento do suposto imposto devido retrata a fragilidade do Auto de Infração em tela. Frisa que o refazimento da apuração do imposto, mediante a juntada de novos demonstrativos, não desnatura a nulidade do presente Auto de Infração. Reitera argumentos trazidos na defesa e, em seguida, destaca que caberia à fiscalização apresentar a fonte de informação na qual foi extraído o valor unitário e o critério aplicado.

Volta a reiterar os termos da defesa em relação às infrações 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11 e 12, tanto quanto às preliminares quanto ao mérito.

Especificamente quanto às infrações 7, 8 e 9, questiona: *Se não houve presunção, qual a razão de fundamentá-la em norma de trata desta possibilidade? Então estaria a autuação fundamentada em norma que diverge do fato efetivamente ocorrido?*

Ressalta que a ausência da indicação do inciso do §3º do artigo 2º do RICMS-BA/97 é razão para a nulidade da autuação, haja vista a necessidade de fazer constar no Auto de Infração a real descrição da suposta infração cometida e a sua consequente fundamentação legal. Trata-se de elementos indispensáveis, para que o Auto de Infração não seja considerado nulo de pleno direito.

Registra que os demonstrativos anexos ao Auto de Infração não fornecem as informações necessárias para que se compreenda como se chegou à exação. Diz que, portanto, existem vícios no presente caso que não são sanáveis, dada à sua materialidade.

Ao finalizar, pede que caso o Auto de Infração não seja julgado improcedente, ao menos: (i) em relação às infrações 4, 5 e 6, seja considerado para fins de cobrança apenas o valor da multa; (ii) reenquadramento da multa de 100% aplicada nas infrações 7 e 8 para 60%; (iii) que a multa indicada na infração 11 seja reduzida para 20%, nos termos da legislação vigente. Reitera a solicitação para que seja comunicado da data, hora e local da realização do julgamento, mediante intimação a ser encaminhada às advogadas, no endereço mencionado no mandato procuratório já acostado aos autos, além dos endereços eletrônicos que declina.

Instado a se pronunciar nos autos, fl. 379, o autuante diz que o pronunciamento do deficiente não trouxe fato novo, que as retificações devidas já foram efetuadas e que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais. Mantém os termos da informação fiscal anterior.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do lançamento pois considera que a lavratura de um Auto de Infração com doze diferentes acusações cerceou o seu direito de defesa. Também argui que a descrição das infrações não é clara e que não há elementos suficientes para se determinar com segurança as infrações que lhe foram imputadas.

Efetivamente, o disposto no artigo 40 do RPAF/99 prevê a hipótese de se lavrar mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão. Todavia, não há na legislação tributária qualquer dispositivo que limite a quantidade de infrações que pode compor um Auto de Infração. Dessa forma, o fato de o presente Auto de Infração ter doze diferentes acusações não é razão para a nulidade do lançamento.

Quanto à alegada falta de clareza na descrição das infrações, observo que as acusações imputadas ao autuado são claras e precisas. Além disso, não se pode olvidar que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos e documentos que auxiliam o entendimento das infrações apuradas. Também verifico que, ao contrário do afirmado pelo deficiente, os elementos existentes nos autos são suficientes para se determinar, com segurança, as infrações e os valores devidos.

Em face ao acima exposto, afasto essa primeira preliminar de nulidade levantada na defesa.

Afasto a nulidade arguida em relação às infrações 1 e 2, pois a existência de equívocos na mensuração da base de cálculo e na aplicação de alíquota pode ser saneada mediante diligência, uma vez que desde que é possível se determinar a natureza das infrações, o autuado e os montantes dos débitos tributários. Ademais, a retificação de valores originalmente lançados é uma das funções deste órgão julgador administrativo com base no princípio da busca da verdade material. No caso em tela, o autuado foi notificado acerca das correções efetuadas, recebeu cópia dos novos elementos e teve o prazo regulamentar para se pronunciar.

O autuado suscitou a nulidade da infração 6, porém essa arguição não se sustenta uma vez que os produtos relacionados nessa infração possuem redução de base de cálculo, conforme previsto na legislação tributária estadual. Se algum dos produtos relacionados na autuação não tivesse redução de base de cálculo, cabia ao autuado indicá-lo, o que não foi feito. Conforme se depreende do demonstrativo que embasa esse item do lançamento, o levantamento fiscal não está baseado apenas na operação de entrada, mas também na operação de saída, considerando a tributação praticada pelo autuado conforme a coluna “Alíquota Saída”. É relevante salientar que a alíquota empregada pelo deficiente na operação de saída foi por ele mesmo informada à Secretaria da Fazenda nos arquivos magnéticos. Quanto ao critério aplicado na apuração do montante devido, o demonstrativo elaborado pelo autuante (amostragem às fls. 91 a 103) deixa claro que foi feito um confronto entre a alíquota utilizada na apropriação do crédito fiscal pela entrada das mercadorias em questão e a alíquota aplicada na operação de saída dessas mesmas

mercadorias; quando a alíquota utilizada na operação de entrada era superior à empregada na operação de saída, era apurado o estorno proporcional, como está claramente identificado no demonstrativo elaborado pelo autuante pela fórmula consignada na coluna “ICMS Devido”. Dessa forma, ultrapasso essa preliminar de nulidade.

Referindo-se às infrações 7, 8 e 9, o autuado arguiu a nulidade do lançamento, sob a alegação de que estão baseadas em presunção injustificada, que o autuante não indicou a qual inciso do §3º do artigo 2º do RICMS-BA/97 se referia e que a infração 9 não possui uma demonstração clara da apuração da base de cálculo e a sua redação era confusa.

Conforme se observa da descrição dos fatos e dos demonstrativos que embasam a autuação, apenas a infração 7 está baseada em presunção. Nesse item do lançamento, o autuante apurou omissão de operações de entradas de mercadorias e, com base nesta constatação, presumiu a ocorrência de operações de saídas anteriormente realizadas sem o pagamento do imposto, cujas receitas foram empregadas no pagamento dessas entradas não registradas. Esse procedimento do autuante está correto e encontra respaldo no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, a qual autoriza que se presuma a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, dentre outras hipóteses, a entradas de mercadorias ou bens não contabilizadas.

O fato de o autuante não ter indicado a qual inciso do §3º do artigo 2º do RICMS-BA/97 se referia não acarreta a nulidade da infração 7, pois a descrição dessa infração deixa claro que se tratava de entradas não contabilizadas, portanto, se referia ao inciso IV. Nos termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação equivocada de dispositivo legal não implica nulidade, desde que a descrição dos fatos deixe claro o correto enquadramento legal. Ademais, o contribuinte se defende da acusação que lhe foi imposta, e não do enquadramento legal dessa infração.

A alegada falta de clareza da descrição da infração 9 não procede, pois a acusação imputada ao autuado é clara e precisa, bem como está o Auto de Infração acompanhado de demonstrativos que facilitam o entendimento da infração apurada e dos valores exigidos. Ressalto que a descrição empregada pelo autuante é a rotineiramente utilizada pela fiscalização, nos casos de omissões de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque.

Sustenta o defensor que a infração 8 está baseada em dispositivos de lei inexistentes, posto que revogados há quase dez anos. Conforme já explicado acima, nos termos do art. 19 do RPAF/99, o erro na indicação de dispositivo legal não implicada nulidade, desde que a descrição do fato deixe evidente o correto enquadramento. No caso em tela, a infração foi descrita de forma clara e precisa, não havendo, assim, motivo para a nulidade arguida.

Em face ao acima exposto, também afasto as preliminares referentes às infrações 7, 8 e 9.

Com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, os argumentos defensivos são os mesmos que foram apresentados na preliminar de nulidade, quais sejam, os equívocos na determinação da base de cálculo do produto arroz (infração 1) e da alíquota de leite e sal (infração 2). Esses equívocos foram reconhecidos e corrigidos pelo próprio autuante na informação fiscal, mediante o refazimentos dos correspondentes demonstrativos. Notificado acerca da informação fiscal, o autuado afirmou que os produtos citados eram mera amostragem e, assim, solicitou diligência para rever o lançamento.

Nos termos do art. 123 do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de trinta dias. Prevê esse mesmo artigo que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-la em outro momento processual, a menos que a sua apresentação tenha sido

impossibilitada por força maior, se refira a fato superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Dessa forma, o argumento defensivo de que os produtos foram citados por amostragem não procede e nem justifica a realização da diligência pleiteada.

Acolho as retificações efetuadas na informação fiscal e julgo as infrações 1 e 2 procedentes em parte, nos valores de, respectivamente, R\$ 140.825,75 (demonstrativo de débito à fl. 312) e R\$ 8.377,97 (demonstrativo de débito à fl. 313).

Quanto à infração 3, apesar de ter impugnado esse item do lançamento, o autuado não indicou os equívocos que entendia presentes na autuação. Dessa forma, aplicando o disposto no art. 140 do RPAF/99, a infração em comento subsiste em sua totalidade.

No que tange à infração 4, o autuado solicita que se a autuação for mantida, a exigência fiscal recaia apenas sobre o valor da multa, tendo em vista a natureza da infração.

Com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, o disposto no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, passou a ter a seguinte redação:

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

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

...

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

...

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Conforme foi explicado pelo autuante na informação fiscal, a utilização indevida do crédito fiscal de que trata a infração 4 acarretou recolhimento a menos do imposto devido nos meses abarcados pela ação fiscal, fato que não foi contestado na defesa. Tendo em vista que o crédito fiscal utilizado implicou redução de parte do valor a ser pago (descumprimento de obrigação principal), deve ser exigido o imposto que deixou de ser pago mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. O disposto no inciso VII, alínea “a”, seria aplicado se o crédito fiscal tivesse sido escriturado, mas não utilizado - não tivesse acarretado descumprimento da obrigação principal.

Dessa forma, no caso em comento, deve ser exigido o imposto que deixou de ser pago, mais a multa, como acertadamente fez o autuante, contudo o dispositivo legal da multa foi equivocadamente indicado no Auto de Infração. Assim, julgo a infração 4 procedente, sendo devido o imposto e multa lançados, porém retifico o enquadramento da multa, passando do art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, para o art. 42, II, “f”, da mesma Lei.

Trata a infração 5 da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquirida com o imposto pago por antecipação tributária.

O art. 97, IV, “b”, do RICMS-BA/97, veda a utilização de crédito fiscal de ICMS decorrente da aquisição de mercadorias com o imposto pago por antecipação ou substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado sustenta que, se o ICMS incidir na aquisição da mercadoria, estará garantido o direito ao crédito fiscal, conforme o princípio da não cumulatividade. Diz que o inciso I-A do artigo 93 do RICMS-BA/97 prevê o direito ao crédito fiscal nas hipóteses de pagamento antecipado do imposto.

Esses argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a infração, uma vez a vedação do direito ao crédito fiscal está contida na legislação tributária estadual vigente à época, não sendo a esfera administrativa o foro adequado para discutir o direito posto. Por sua vez, o previsto no inciso I-A do artigo 93 do RICMS-BA/97 trata do direito ao crédito fiscal decorrente do pagamento do ICMS de que trata o art. 352-A do RICMS-BA/97, isto é, do ICMS devido por antecipação “parcial”, situação que não se confunde com o caso em análise.

Quanto ao pedido para que seja aplicada apenas a multa, não há como se acolher o argumento defensivo, pois a utilização indevida de crédito fiscal acarretou descumprimento de obrigação principal e, conforme já explicado na infração anterior, deve, portanto, ser exigido o imposto que deixou de ser pago mais a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, pelo que fica retificado o enquadramento legal que equivocadamente consta no Auto de Infração.

No que tange ao pedido para a redução da multa, não há como se atender o pleito defensivo, uma vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, portanto, fora da alçada das Juntas de Julgamento Fiscal.

Em face ao acima exposto, a infração 5 subsiste integralmente, sendo devido o imposto e multa lançados, porém retifico o enquadramento da multa, passando do art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, para o art. 42, II, “f”, da mesma Lei.

Na infração 6, o autuado foi acusado de ter deixado 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 a parte proporcional da redução.

Visando elidir a acusação, o autuado alega que a obrigação de efetuar o estorno só ocorre com a saída de mercadoria com redução de base de cálculo, não havendo como se presumir que não haverá saída amparada por redução de base de cálculo.

Inicialmente, ressalto que conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, o autuado é um estabelecimento do ramo comercial varejista de supermercado, portanto, as suas operações de saídas são destinadas essencialmente a consumidores finais.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois da análise do demonstrativo elaborado pelo autuante e anexado às fls. 91 a 103, especialmente das colunas “Alíquota Saída” e “ICMS Devido”, depreende-se que o estorno de crédito foi efetuado considerando, dentre outros dados, as alíquotas empregadas pelo autuado nas operações de saídas das mercadorias relacionadas na infração em comento, não havendo a suposta presunção alegada na defesa. Corroborando esse fato, na informação fiscal, o autuante acostou ao processo a planilha de fls. 348 a 350, onde constam as alíquotas ou carga tributária das mercadorias cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo. Tendo em vista que restou demonstrada a apropriação de crédito fiscal em valor superior ao débito na operação de saída em razão de redução de base de cálculo, é devido o estorno do crédito proporcionalmente à redução da base de cálculo, nos termos do art. 100, II, do RICMS-BA/97, o que não foi feito pelo autuado. Ressalto que essa matéria já foi objeto de vários Autos de Infração lavrados contra o defendant pelo mesmo autuante. Apenas a título de exemplo, cito o recente Acórdão CJF Nº 0151-11/13.

Quanto ao pedido para que seja aplicada apenas a multa, não há como se acolher o pleito defensivo, pois a utilização indevida de crédito fiscal acarretou descumprimento de obrigação principal e, conforme já explicado na apreciação das infrações 4 e 5, deve, portanto, ser exigido o imposto que deixou de ser pago mais a multa cabível. Ressalto que a multa indicada no Auto de Infração, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, está equivocada, pois a penalidade cabível é a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei, no mesmo patamar de 60%, pelo que fica retificada.

Quanto à solicitação para que fosse reduzida a multa indicada na autuação, não vislumbro como se atender esse pedido, haja vista que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, portanto, fora da alçada das Juntas de Julgamento Fiscal.

Dessa forma, a infração 6 subsiste integralmente, retificando, porém, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Trata a infração 7 da falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o

autuado, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Sustenta o autuado que há duplicidade de cobrança, pois o autuante incluiu todas as operações, inclusive as sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme se depreende dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Esse argumento defensivo não procede, pois, conforme já foi explicado na apreciação da preliminar, o levantamento quantitativo de estoque apurou a ocorrência de omissão de operações de entradas de mercadorias. De acordo com o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, a constatação de omissão de operações de entradas autoriza que se presuma que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Considerando que o ICMS que está sendo exigido se refere a operações anteriormente realizadas, o fato de o autuante ter incluído no levantamento quantitativo, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não quer dizer que tenha havido duplicidade de cobrança. Ressalto que na determinação do montante do valor devido, o autuante aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/07.

Por falta de respaldo legal, não há como se acolher o pedido para que sejam excluídos do levantamento quantitativo os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Considerando que o autuado não trouxe argumento ou prova capaz de modificar as quantidades ou valores apurados pelo autuante, a infração 7 subsiste integralmente.

Trata a infração 8 de falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque.

Visando elidir a infração que lhe foi imputada, o autuado alega que o valor cobrado na infração 8 corresponde exatamente à parcela do ICMS do próprio contribuinte nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Frisa que o CONSEF vem decidindo pela nulidade das autuações quando a auditoria descreve uma conduta e os papéis de trabalho se referem a outra situação. Também argumenta que na apuração do imposto devido por substituição tributária deveria ter sido deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente das mercadorias.

O fato de o valor cobrado na infração 8 ser exatamente igual à parcela do ICMS próprio nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária está em total conformidade com a legislação, conforme prevê o artigo 10 da Portaria 445/98, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

[...]

b) do imposto devido 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 previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”);(grifo nosso)

Dessa forma, não houve a alegada incongruência entre as infrações descritas e os fatos apurados nos papéis de trabalho. Também ressalto que, conforme o demonstrativo de fls. 130 e 131, o valor do imposto cobrado a título de responsabilidade solidária foi deduzido, como crédito fiscal, do valor devido por antecipação tributária.

Considerando que o defendantee não trouxe ao processo argumento ou prova capaz de alterar as quantidades e valores apurados na infração 8, esse item do lançamento subsiste em sua totalidade.

Cuida a infração 9 da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado afirma que os valores cobrados nesse item do lançamento estão inclusos na infração 7. Todavia, esse argumento não se sustenta uma vez que são infrações diversas cobrando imposto referente a fatos geradores diferentes. Na infração 7 foi cobrado imposto referente a operações anteriores, ao passo que nas infrações 8 e 9 o imposto cobrado é referente às operações não contabilizadas com as mercadorias relacionadas na autuação.

Os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a infração em comento, em consequência, a infração 9 é subsistente.

A multa de 100%, indicada nas infrações 7 e 8, está correta e possui respaldo no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.016/96, não havendo razão para o reenquadramento solicitado na defesa.

Na infração 10, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por antecipação tributária, relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado afirma que o demonstrativo elaborado pelo autuante não contém os elementos necessários para demonstrar o valor cobrado, especialmente no que se refere ao preço unitário empregado na mensuração do imposto lançado.

O exame do demonstrativo de fls. 161 e 162 deixa clara a metodologia e os dados utilizados na apuração do imposto exigido. O preço unitário foi declarado pelo próprio autuado, pois, nos termos do art. 3º do Dec. 12.534/10, cabia ao contribuinte relacionar as mercadorias recém enquadradas no regime de substituição tributária existentes em estoques, valorá-las, adicionar a margem de valor adicionado prevista e apurar o ICMS a recolher. Essas informações foram prestadas pelo defendantee, conforme prova o documento de fl. 351, trazido aos autos na informação fiscal. O autuado recebeu cópia desse documento porém não negou a sua autenticidade. Assim, não há como se acolher o argumento defensivo referente à origem dos dados utilizados na apuração do imposto, especialmente do preço médio empregado pelo autuante. Se o preço unitário que o defendantee declarou à fiscalização estava equivocado, cabia ao contribuinte comprovar esse fato e apresentar o preço unitário correto, o que não foi feito.

Não se sustenta o argumento defensivo atinente ao crédito que teria sido desprezado pelo autuante, haja vista que a alínea “a” do inciso III do artigo 3º do Decreto 12.534/10 trata do crédito fiscal eventualmente existe na escrita fiscal. Como o autuado não comprovou a existência desse saldo credor existente na sua escrita fiscal, não há crédito fiscal a deduzir nesse item do lançamento, como acertadamente procedeu o autuante.

Em sua defesa, o autuado faz alusão a imposto recolhido quando da saída dessas mercadorias do seu estoque. Se efetivamente essas mercadorias tiveram saídas com tributação, o que não deveria ter ocorrido já que foram incluídas no regime de substituição tributária pelo Dec. 12.534/10, poderá o autuado solicitar restituição dos valores pagos indevidamente, observadas, obviamente, as condições previstas na legislação e a comprovação da tributação indevida.

A correção da margem de valor adicionado do produto de NCM 94042100 não fragiliza o lançamento, mas o torna livre de equívocos e apto a surtir os seus efeitos legais. Dessa forma, acolho a retificação efetuada na informação fiscal e julgo a infração 10 procedente em parte no valor de R\$ 4.281,39, conforme o demonstrativo de fls. 352 e 353.

Na infração 11, é indicada multa de R\$ 462.994,66, equivalente a 60% do valor do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente. Em sua defesa, o autuado solicita que a infração 11 seja julgada improcedente, ou que a multa seja reduzida para 20%, com base no art. 158 do RPAF/99.

Não há razão para a improcedência da infração 11, uma vez que o fato está demonstrado nos autos e o autuado não traz qualquer argumento ou prova capaz de elidir a infração que lhe foi imputada.

Quanto ao pedido de redução, ou mesmo de dispensa, da multa em comento, não há como se acolher o pleito defensivo, uma vez que a referida multa é decorrente de descumprimento de obrigação principal e, portanto, fora da competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Mesmo que se considere que essa multa seja decorrente de descumprimento de obrigação acessória, o que não concordo, não vislumbro nos autos a comprovação de que o procedimento irregular do autuado não tenha ocasionado falta de pagamento de imposto, haja vista as demais infrações que compõem o presente lançamento tributário de ofício. Dessa forma, não haveria respaldo legal para a redução ou dispensa da citada multa.

Relativamente à infração 12 – recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação tributária –, o autuado sustenta a tese de que está dispensado da retenção do imposto, pois, como atua no ramo de supermercado, as mercadorias se destinam essencialmente a vendas a consumidores finais, enquadrando-se na exceção contida no art. 355, VII, do RICMS-BA/97.

Essa tese defensiva não merece acolhimento, uma vez que as mercadorias relacionadas no demonstrativo que embasa esse item do lançamento estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna, não havendo acordo interestadual (convênio ou protocolo) que preveja a retenção pelo remetente. A exceção prevista no art. 355, inc. VII, do RICMS-BA/97, não ampara o autuado, pois, considerando o seu ramo de atividade – o comércio varejista de supermercado –, obviamente as mercadorias relacionadas na infração em comento não eram destinadas ao seu consumo, mas sim à comercialização. Dessa forma, em relação a essas operações, o autuado estava obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS devido, conforme previsto no art. 371 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, o que não foi feito. Infração subsistente.

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações sejam efetuadas em nome dos advogados que subscreveram a defesa, 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, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No que tange à notificação do autuado acerca da sessão de julgamento, ressalto que a legislação prevê a publicação das pautas de julgamento no Diário Oficial do Estado, bem como na Internet.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 1.569.114,07, para julgar as infrações 1, 2 e 10 parcialmente procedentes e as demais procedentes.

VOTO DISCORDANTE (Quanto à nulidade – Infração 6)

Com a vénia do nobre relator, quero manifestar a minha divergência relativamente à apreciação da questão preliminar ligada à infração 06.

A autuada foi acusada de deixar de efetuar estorno de crédito fiscal decorrente de saídas de mercadorias com redução da base de cálculo, conforme folha 03. Sendo esta a acusação, é forçoso reconhecer a saída da mercadoria como o fato que faz surgir a obrigação (de estorno) descumprida, sendo este, portanto, o momento a partir do qual se caracteriza o ilícito, bem como é esta a referência para determinação da data de ocorrência da infração.

Como se pode depreender da leitura das cópias das notas fiscais (folhas 104 a 124), bem como dos demonstrativos de débito (folhas 91 a 103), o auto de infração foi instruído com os documentos de

entrada, os quais foram utilizados como base para o lançamento fiscal, tendo sido, inclusive, as suas datas utilizadas para preenchimento da data de ocorrência da infração.

A autuada identificou tal vício, tendo alegado, inclusive, a nulidade de tal procedimento, conforme trechos de sua impugnação, às folhas 216 e 217, abaixo reproduzidos:

"No entanto, ao tentar mensurar o suposto crédito tributário, mediante o levantamento de notas fiscais de entrada, não indicou e tampouco demonstrou ter ocorrido saídas de mercadorias com a redução de base de cálculo (folha 216).

...

Observa-se que o demonstrativo apenas indica as informações das notas fiscais de entrada (folha 217) ...

...

Isto porque, a obrigatoriedade do estorno do crédito, nos termos do citado artigo, ocorre no momento da saída de mercadoria com redução de base de cálculo no valor proporcional à redução e não há nem no demonstrativo, nem tampouco nos documentos acostados aos autos (folhas 104 a 124) qualquer evidência da ocorrência deste fato (grifos nos originais) (folha 217).

Ora, em que pese esteja caracterizada a ofensa à legislação, a data de ocorrência do ilícito se deu no momento da saída, oportunidade em que nasceu a obrigação de estornar o crédito. Datar o ocorrido com base no momento da aquisição das mercadorias significa dispensar um tratamento à infração idêntico àquele relativo ao creditamento indevido, situação em que o descumprimento se caracteriza logo quando da aquisição dos produtos, o que não foi o caso.

De fato, com base no disposto no art. 30, inciso I da Lei 7.014/96, o creditamento do imposto somente será considerado ato ilícito, desde a origem, se a isenção (ou não tributação) das saídas for, desde esse momento, uma circunstância conhecida.

Sendo assim, entendo que a forma como se deu o lançamento tributário resultou em um retrocesso, indevido, do momento de exigência do crédito tributário, o que gerou prejuízos à autuada, caracterizando uma situação de insegurança relativamente ao montante do débito tributário.

Diante do exposto, peço vênia ao nobre relator, para votar pela nulidade da infração 06.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à nulidade, com voto de qualidade do presidente e por unanimidade quanto ao mérito, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147771.0004/13-2, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.106.119,40, acrescido das multas de 60% sobre R\$570.957,50 e de 100% sobre R\$535.161,90, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$462.994,66, prevista no inciso II, “d” e §1º IX, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE
(Quanto à nulidade – Infração 6)