

A. I. Nº - 299130.0082/14-4
AUTUADO - LAMPORT COMÉRCIO HOSPITALAR LTDA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 03.09.2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0171-01/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Aquisição de mercadoria com pagamento de imposto por substituição tributária sequer comporta o aproveitamento de crédito fiscal pelo encerramento da cadeia tributária. O autuado não praticou o fato típico. A simples escrituração de créditos, por si só, não pode ser considerado infração à obrigação principal, porque escrituração e utilização do crédito fiscal têm natureza jurídica diversa e surgem também em momentos diversos. No caso, o autuado procedeu aos ajustes em sua escrita fiscal, estornando os créditos indevidamente lançados, retificou Declarações Eletrônicas de Apuração Mensal do ICMS - DMA, ressaltando que a escrituração indevida não implicou pagamento a menos do imposto. A partir da Lei nº 10.847/07 passou a ser acatada a tese de repercussão econômica, na escrituração dos créditos fiscais, como fato gerador do ICMS e a "utilização" indevida de crédito fiscal que não importe em descumprimento de obrigação principal, tipificado como uma infração passível da multa 60% do valor do crédito fiscal, sem prejuízo da exigência do estorno (art. 42, VII, Lei 7.014/96). Infração parcialmente procedente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDAS ESCRITURADAS. O autuado promoveu saídas interestaduais das mercadorias com destaque do imposto, na alíquota de 12%, não sendo cabível a diferença exigida pelo Auditor Fiscal. Infração insubstancial. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO NAS SAÍDAS. MULTA. Cabível a exigência de multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido por antecipação, conforme o art. 42, II, "d", Lei nº 7.014/96, mas, os demonstrativos fiscais não identificam o fato gerador da antecipação parcial o valor da aquisição interestadual, com pagamento em momento posterior, inquinando de vício insanável a exigência. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/03/2014, exige crédito tributário, no valor de R\$235.769,42, decorrente da apuração das seguintes irregularidades à legislação do imposto:

1. Utilização indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Período Janeiro/dezembro 2009. Valor de R\$212.505,73. Multa 60%;
2. Recolheu a menor ICMS em razão de erro da alíquota cabível nas saídas de mercadorias escrituradas. Período Janeiro/dezembro 2009. Valor de R\$20.038,81. Multa 60%;
3. Multa percentual sobre a parcela do 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. Valor R\$ 3.224,88. Período setembro e novembro 2009. Multa de 60%;

O autuado apresentou defesa, fls. 357/370, ressalvando o bom relacionamento mantido com o Fisco, mas que demonstrará equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal, confrontando-o com a sua documentação. Observa que se trata de pessoa jurídica do ramo de comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, conforme contrato social em anexo.

Discorre sobre importante princípio no processo administrativo fiscal – PAF, a verdade material insculpido no art.2º, do Regimento Interno do CONSEF - Decreto nº 7.592/99, bem como art. 2º do RPAF - Decreto de nº 7.629/99.

Aduz que enquanto o processo judicial enfatiza a verdade formal, ou a verdade colhida mediante o exame das provas e dos fatos trazidos pelas partes para dentro do processo, mantendo o juiz certa neutralidade nas pesquisas, no processo administrativo fiscal, predomina o princípio da verdade material no sentido de que nele se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador. Assim, no processo administrativo fiscal, deve o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme seja o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Sublinha que está em jogo é a legalidade da tributação, implicando que somente será devido o tributo, estando previsto em lei; que há no PAF maior flexibilidade quanto ao momento de apresentar provas; nesse sentido, afirma que a prova da ocorrência do fato gerador e a averiguação da verdade material, para a administração fiscal, mais que em ônus, é dever jurídico.

Diz que a autuação do Fisco tem que ser imparcial, haja vista que o seu agente fiscal deve perseguir a verdade material, independentemente se fatos apurados se mostrem favoráveis ao contribuinte ou à Fazenda Pública, sendo regra basilar que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco. Ao Fisco cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração imputada ao sujeito passivo. A inversão desse ônus para o contribuinte, somente em havendo disposição legal expressa, neste sentido.

Assevera que o próprio CNT consagra, implicitamente, a busca da verdade material, na esfera administrativa, ao condicionar a exigência do crédito tributário, quando não haja mais discussão acerca da materialidade da ocorrência do fato jurídico tributário e legitimidade do crédito tributário. Prevê a possibilidade da suspensão de exigibilidade do crédito tributário, enquanto se encontrarem em discussão as reclamações e os recursos administrativos (art. 151, III).

Na infração 01, diz que não houve a utilização indevida, conforme demonstrado nos livros fiscais de apurações do ICMS e das obrigações acessórias (DMA), que estão em anexo a esta defesa e entregues a autoridade fiscal. Ressalta que os chamados “créditos indevidos”, foram estornados do livro de apuração e não refletirão em benefício fiscal, mas, por equívoco foi-se acumulando nos períodos subsequentes da autuação. Transcreve decisão jurisprudenciais.

Na infração 02, diz que, por equívoco, utilizou a alíquota de 12%, pois em sua maioria, conforme demonstrada em planilha da própria autoridade fiscal, os produtos já haviam sido tributados anteriormente em substituição tributária, com o Código Fiscal de Operações e Prestações de Serviços - CFOP 6.403, ou seja, com a fase de tributação encerrada.

Na multa percentual exigida na infração 03, argumenta que no demonstrativo entregue pela autoridade fiscal, não ficou claro quais notas fiscais ou de quais mercadorias não foi recolhido o imposto por antecipação, o que fere a clareza e precisão da autuação.

Diz que a lavratura do auto de infração deve obediência ao art. 39, III do RPAF/99, ressaltando que a descrição do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo, deve estar indicada na peça de acusação; argui que autuante não firmou para quais mercadorias não houve recolhimento do imposto antecipado. Fato que tornaria nula a infração do item 03. Faz referência ao art. 18, RPAF/BA. Transcreve diversas decisão do CONSEF.

Conclui que os livros fiscais apresentados e as obrigações acessórias (DMA), demonstram créditos que não foram utilizados pelo autuado, não obtendo benefício fiscal, nem prejuízo para o Estado, configurando apenas um equívoco de registro; diz que as mercadorias demonstradas em planilha pela autoridade fiscal, foram provenientes de retenções na fonte do ICMS, pela substituição tributária, com fase de tributação encerrada; diz que a infração é imprecisa e deve ser anulada.

O autuante ao prestar Informação Fiscal, fls. 414/417, diz que o contribuinte autuado alterou o livro de Registro de Apuração de Mercadorias fornecido ao fisco pela própria empresa e anexado aos autos, às fls. 149 a 174. Diz que também retificou as DMAs e procedeu nova remessa das mesmas, fatos que, em si mesmos, já comprometem a credibilidade dos argumentos apresentados na defesa. Ressalta que o contribuinte sinaliza com adoção de futuras argumentações, juntada de documentos com intuito procrastinatório, afirmando que o CONSEF adota o hábito de converter processos em diligência fiscal e que "*costuma aceitar a juntada de documentos e provas que não foram acostados aos autos em momento anterior*", visando o atendimento ao princípio da verdade material.

No mérito, em relação à infração 01, contesta a argumentação defensiva de que os créditos não foram utilizados pela autuada em sua apuração do ICMS, aduzindo que se trata de afirmação absurda e absolutamente contrária às provas dos autos. A cópia do livro Registro de Entrada de mercadorias, anexo às fls. 175 a 332, inclusive, assinado pelo representante legal da empresa demonstra, na coluna "Imposto Creditado", o valor correspondente aos créditos das notas fiscais lançados em cada operação, conforme demonstrativo de créditos indevidos (fls. 15/100). Além disso, diz que contribuinte transfere ao final de cada mês o valor total dos créditos do livro de entrada para o livro de Registro de Apuração de ICMS (fls. 149/175). Tais procedimentos afastam a afirmação de que os créditos fiscais não foram utilizados pelo contribuinte.

Em relação à segunda infração, aduz ser equivocada a arguição da defesa de que tais operações estavam com fase de tributação encerrada, em vista da substituição tributária, posto que desprovida de respaldo legal e ainda porque não foi especificada nenhuma situação, nem juntou nenhuma planilha de cálculo aos autos. Diz que o contribuinte deve observar as prescrições do art. 353, RICMS BA, que descreve:

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado":

Diz ainda que no caso em exame, o contribuinte incorreu em descumprimento dos artigos 373 e 374, incisos I e II do RICMS/BA-97.

Quanto à terceira infração, diz que impugnação é confusa, demonstrando apenas a falta de cuidado no exame dos demonstrativos anexados ao auto de infração (fls. 334 a 340), fornecidos em papel e meio magnético ao contribuinte, conforme recibos. Explica que o levantamento foi realizado por nota fiscal e por produto, sendo que o número da nota fiscal e a descrição do produto constam bem claros nas colunas, cujos títulos são "Nota Fiscal" e "Descrição do Produto".

Entende que a defesa é infundada, protelatória, sem respaldo jurídico e o autuado sequer analisou as planilhas anexas aos autos. Diz que juntou ao PAF um demonstrativo com título "Registro de Apuração do Imposto", sem nenhuma validade jurídica, alterando em seu favor, as informações constantes no livro de apuração de ICMS, apresentado ao fisco. Tais registros não detalham os números das notas fiscais, os valores de cada operação, base de cálculo etc. Mantém o lançamento.

É o relatório.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para constituir crédito tributário decorrente de 03 infrações descritas na inicial.

Preliminarmente, o sujeito passivo arguiu sobre a importância de alguns princípios para o processo administrativo fiscal – PAF, entre eles a verdade material (art. 2º do RPAF - Decreto de nº 7.629/99). Reclama ainda a falta de clareza e precisão na acusação, sobretudo, na descrição da infração 03, o que tornaria nula a infração.

É certo que enquanto o processo judicial enfatiza a verdade colhida mediante o exame das provas e dos fatos trazidos aos autos pelas partes (verdade formal), mantendo o juiz certa neutralidade nas pesquisas, no processo administrativo fiscal, predomina o princípio da verdade material significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos, carreando aos autos provas dos fatos levantados; dever que compete à Administração Tributária, mas também ao contribuinte, que tem o direito e o dever de trazer ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria discutida, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. Sempre que necessário aos esclarecimentos dos fatos envolvidos no processo ou das lacunas existentes nos autos, deve o julgador mandar realizar diligências, perícias fiscais, do que não se trata o caso em tela, visto que já servem ao convencimento do julgador, as peças colados aos autos e direito pertinente à presente lide. A nulidade suscitada em relação à infração 03 será apreciada, quando do exame do própria item.

A primeira infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Ao impugnar o lançamento, o autuado acostou aos autos cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 376 a 399) para demonstrar que a escrituração dos créditos fiscais considerados indevidos pela fiscalização foram estornados, sem gerar imposto a recolher, além de DMA,s (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) retificadas, considerando-se os novos saldos mês a mês. No final do período, dezembro 2009, os documentos apontavam um saldo credor de R\$ 107.545,07.

Contrapondo as razões da defesa, o Auditor Fiscal indica que o autuado alterou o livro de apuração de ICMS, retificou as DMA,s fazendo nova remessa das mesmas, porém, reitera que o demonstrativo fiscal e cópias dos livros fiscais, constantes dos autos contraria a afirmação defensiva de que não utilizou os créditos fiscais.

Analizando os documentos relativos a esta infração, constato que o Auditor Fiscal levantou as aquisições de medicamentos, mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e identificou o registro dos respectivos créditos do ICMS na escrita fiscal do contribuinte, fls. 15/100. Após a ação fiscal e a consequente lavratura do Auto de Infração, o sujeito passivo acostou aos autos, o livro de Registro de Apuração de ICMS com a exclusão dos valores indevidamente creditados, além da retificação das correspondentes DMAs.

O ICMS é um imposto que incide sobre o ato jurídico mercantil, não podendo incidir, assim, sobre o que não se enquadra no rol das operações mercantis, a exemplo da escrituração de créditos fiscais nos livros próprios. Isto porque, a escrituração de saldos devedor e credor é uma técnica de tributação peculiar do ICMS e o princípio de não cumulatividade é que garante ao realizador da operação o direito de creditar-se do montante de imposto cobrado nas operações ou prestações anteriores. Significa que o princípio operacionaliza-se por meio da compensação, feita pelo próprio contribuinte, entre débitos e créditos, na escrituração fiscal para que no momento oportuno possa utilizar como moeda de pagamento. A escrituração do crédito fiscal tem a vocação de pagar no todo ou em parte o ICMS, no momento em que devido, quando restar configurada a hipótese de incidência do imposto.

No presente caso, a infração imputada é de utilização indevida de crédito fiscal referente às mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária. Em regra, tais mercadorias,

sequer comportam o aproveitamento do crédito fiscal, nas suas aquisições, uma vez que, atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS Substituição Tributária (ICMS-ST), ocorre o encerramento da cadeia tributária e a nota fiscal de saída será emitida sem destaque do imposto.

Todavia, entendo que a aludida infração somente se caracteriza, quando o contribuinte utilizar crédito fiscal lançado indevidamente para abater o débito mensal de ICMS. O simples lançamento na escrita fiscal não pode, por si só, ser considerado infração à obrigação principal, mas somente Escrituração e utilização do crédito fiscal têm natureza jurídica completamente diversa, surgem também em momentos diversos. A escrituração isolada de créditos, no momento da entrada da mercadoria, não provoca qualquer efeito jurídico, cujos saldos estejam estacionados em conta gráfica; mas somente quando houver a compensação pelo confronto de débitos, no momento da saída de mercadoria do estabelecimento em operação de circulação. Somente nesse momento poder-se-ia afirmar que houve a utilização dos créditos e a partir de então, verificação se indevida ou não.

Vimos que a hipótese de incidência do ICMS consiste na prática de operação mercantil; assim, a simples escrituração de créditos fiscais não atrai sobre si a incidência tributária por ser inócuas juridicamente, no momento de sua ocorrência. Entender de forma contrária, sob o argumento de que com os créditos escriturados o contribuinte poderá, em momento posterior, utilizar livremente para pagar ICMS, transferir para outros contribuintes, escriturar outros créditos contando com eventual inércia da Administração Pública, entre outras possibilidades, seria subverter toda a estrutura jurídica do imposto, atribuindo consequências fiscais a um ato, ainda não efetivamente relevante na esfera do direito, considerado isoladamente.

Dessa forma, o autuado não praticou o fato típico, não incorrendo no aspecto material da hipótese tributária do ICMS da "*utilização indevida de crédito fiscal*". No caso em concreto, sobretudo, porque o autuado procedeu aos ajustes em sua escrita fiscal, estornando os créditos indevidamente lançados, operacionalizando a retificação nas Declarações Eletrônicas de Apuração Mensal do ICMS - DMA. Cabível ressaltar ainda que a escrituração indevida não implicou, em nenhum dos meses constantes no demonstrativo fiscal, pagamento a menos do imposto, de tal ordem que, mesmo após os estornos dos créditos, a escrita fiscal do contribuinte aponta um saldo credor, conforme constam dos documentos, fls. 399 e 411.

Identificados tais créditos indevidos, sem a ocorrência do fato imponível, da diferença que implique saldo devedor de ICMS, em cada mês de apuração, o sujeito passivo deveria ser intimado para proceder aos estornos respectivos, não havendo o que falar em infração à obrigação tributária principal. Assim, coerente é a tese esposada de somente considerar o fato gerador de crédito indevido, quando haja repercussão econômica contra a Fazenda Pública, não podendo o mero lançamento escritural transmutar-se em descumprimento de obrigação de pagar ICMS.

Esse, que já foi um tema controverso, na jurisprudência do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia - CONSEF, mas, o entendimento aqui expressado se alia ao acórdão CFJ 0551-12/06, que decidiu em havendo apenas lançamento escritural, não ocorrendo compensação dos valores apropriados com débitos de ICM, não existe imposto a ser exigido. Todavia, com o advento da Lei nº 10.847/07, efeitos a partir de 28/11/07, passou a ser acatado o entendimento da necessária repercussão econômica na escrituração dos créditos fiscais, como fato gerador do ICMS.

A partir da vigência dessa mesma Lei retro aludida, a "utilização" indevida de crédito fiscal que não importe em descumprimento de obrigação principal, passou a ser tipificada como uma infração passível da multa 60% do valor do crédito fiscal, sem prejuízo da exigência do estorno (art. 42, VII, Lei 7.014/96).

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

(...)

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;

Apesar do grave equívoco e das críticas que devam ser feitas ao uso indistintos das expressões *escrituração* e *utilização*, na seara dos créditos fiscais do ICMS, além da falta de percepção de que escrituração e utilização do crédito fiscal têm natureza jurídica completamente diversa, o que se repete, lamentavelmente, na descrição do art. 42, VII, "a", da Lei 7.014/96, retro aludido, entendo que o contribuinte incidiu no descumprimento da obrigação acessória, previsto no dispositivo em comento, porque operou a escrituração dos créditos de forma indevida, somente providenciando o estorno, após o inicio da ação fiscal. Entendo também que a Lei do ICMS ao se referir na alínea "a" quando da *utilização indevida de crédito fiscal*, está querendo alcançar a escrituração indevida desses créditos, pela conclusão da óbvia impossibilidade da *utilização indevida de crédito fiscal* que não importe em descumprimento da obrigação principal, referido no inciso "VII".

Em síntese, considerando os pressupostos acima encaminhados, verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, comprovado, contudo, o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, entendo pela aplicação da multa prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/96 de 60% do valor dos créditos fiscais constantes na inicial dos autos, R\$212.505,73, implicando a penalidade no valor de R\$ 127.503,44

Considerando ainda, no caso em concreto, que o próprio contribuinte autuado promoveu o estorno do valor creditado indevidamente, efetuou o registro na sua escrita fiscal, comunicou à Fazenda Pública Estadual, através de retificação nas Declarações Eletrônicas de Apuração Mensal do ICMS - DMA e, sobretudo, porque restou provado que as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não implicou falta de recolhimento do ICMS, entendo pelo redução da penalidade aplicada para 10% do seu valor, nos termos do art. 158, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, somando R\$ 12.750,34.

Na segunda infração, a acusação é de recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias escrituradas, no valor de R\$20.038,81.

A arguição da defesa é que utilizou a alíquota de 12%, por equívoco, pois em sua maioria, conforme demonstrada na própria planilha fiscal, os produtos já haviam sido tributados, anteriormente em substituição tributária, com o Código Fiscal de Operações e Prestações de Serviços CFOP -6.403, ou seja, com a fase de tributação encerrada.

O autuante, a seu tempo, contesta a arguição defensiva que tais operações estavam no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, posto que desprovida de respaldo legal (art. 353, II, 373, 374, I e II, RICMS BA). Diz que o autuado não especificou nenhuma situação, nem juntou qualquer planilha de cálculo aos autos.

O demonstrativo de débito que sustenta a exigência encontra-se acostado aos autos, às fls. 102/148, discriminando as operações de saídas e medicamentos, solução aquosa (água oxigenada), materiais, equipamentos de uso médico, cateter, etc.

Estabelece a legislação do imposto desse Estado que nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição. Regra extraída do Convênio ICMS 81/93, recepcionada no artigo 373 e 374, I e II, RICMS-97, que prevê, em tais casos, o destaque do ICMS relativo a operação própria e retenção do imposto, em favor da unidade federada de destino das mercadorias, mesmo que as mercadorias já estejam com a "fase encerrada", como arguiu o autuado.

Examinando o demonstrativo produzido pelo Fisco, fls. 105/148, verifico que o autuado laborou em acerto, uma vez que promoveu saídas interestaduais das mercadorias com destaque do imposto, na alíquota de 12%, conforme estabelecido na legislação de regência e no Convênio ICMS 81/93, que trata das normas gerais serem aplicadas a regimes de substituição tributária, não sendo cabível a diferença exigida pelo Auditor Fiscal, complementação para alíquota de 17%. Infração insubstancial.

A infração 03 exige multa percentual sobre a parcela do ICMS antecipação parcial, cujas saídas posterior das mercadorias foram tributadas normalmente, no valor R\$ 3.224,88.

Alega o autuado que a impugnação é confusa, não restando claro, nem evidente, quais notas fiscais e/ou quais mercadorias não foram recolhidos o devido imposto de antecipação. O Auditor Fiscal aduz que a alegação demonstra apenas falta de cuidado no exame dos demonstrativos anexados ao auto de infração (fls. 334 a 340).

A exigência do ICMS antecipação parcial estabelecida na Lei de nº 8.967/03, incide, especificamente, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento de aquisição, independente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento (art. 12-A, Lei 7.014/96 e art. 352-A, RICMS-97/BA) e cujo pagamento deve ser feito por antecipação, no prazo exigidos na legislação (art. 125, II, RICMS/BA-97).

Apesar de o Auditor Fiscal ter relacionado em seu demonstrativo, por nota fiscal e por produto, as mercadorias adquirida para comercialização (CFOP 2102), aduzindo que não houve pagamento do ICMS antecipação parcial, no momento de sua ocorrência, conforme ordena a legislação de regência, mas em momento posterior, verifico que não restou demonstrada a forma de apuração dos valores exigidos na inicial dos autos. Os demonstrativos fiscais não identificam o fato gerador da antecipação parcial (ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização) e, consequentemente, o valor da aquisição interestadual, com pagamento em momento posterior, sujeitando-se à exigência da multa percentual de 60% (art. 42, inciso II, alínea “d”, Lei nº 7.014/96).

O lançamento de ofício em tais circunstâncias não pode resistir, seja pela imprecisão material, seja pela mácula na formação da base de cálculo, como algo capaz de dimensionar a materialidade da hipótese de incidência e as proporções reais do fato. Havendo equívoco na fórmula da base de cálculo do ICMS apurado, o resultado estará comprometido por vício insanável. A infração é nula.

Ante a exposição retro aludida, a insubsistência de infração 01, quanto à obrigação principal, comprovado, todavia, o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação; a insubsistência da infração 02 e a nulidade da infração 03, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor da multa de R\$ 12.750,34.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299130.0082/14-4**, lavrado contra **LAMPORTE COMÉRCIO HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 12.750,34**, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.737/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR