

A. I. Nº - 299131.0133/13-2  
AUTUADO - NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
AUTUANTES - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JUNIOR  
ORIGEM - INFAS S.A.JESUS  
INTERNET - 17.10.2014

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0185-05/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. É legal o estorno de débito do imposto na forma da legislação, relativo ao valor correspondente a obrigação principal. Não há previsão na legislação qualquer dispositivo que autorize o contribuinte apropriar em sua escrita fiscal, como estorno de débito fiscal, de valores decorrentes de acréscimos moratórios e multa decorrente do cumprimento em atraso de sua obrigação principal. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTA. AQUISIÇÃO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. b) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Itens reconhecidos. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Item reconhecido. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS INTERNAS DE MERCADORIAS, REGULARMENTE ESCRITURADAS. Item reconhecido. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não ficou comprovado a simulação de venda a consumidor final. As provas materiais não são suficientes para atestar que as vendas relacionadas aos CPF/MF constantes do demonstrativo que fundamenta a autuação, são de fato estabelecimento comerciais, o que seria devido a cobrança da substituição tributária, relativo às operações de vendas internas subsequentes a contribuintes. Infração não caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/10/2013, exige o débito, no valor de R\$561.025,13, inerente aos anos de 2011 e 2012, conforme documentos às fls. 20 a 240 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, referente ao mês de dezembro de 2012. Lançado ICMS no valor de R\$25.453,05, mais multa de 60%

Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo efetuou um estorno de débito de ICMS indevidamente, uma vez que deu entrada em um débito declarado para pagar ICMS antecipação parcial em atraso. Quando foi autorizado a usar o Certificado de Crédito para quitar o mesmo, o

valor original do débito havia corrigido e tempos depois a empresa achou que havia pago a mais e resolveu, incorretamente, efetuar o estorno.

INFRAÇÃO 02 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente aos meses de maio a setembro de 2012. Lançado ICMS no valor de R\$46.911,77, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, referente aos meses de fevereiro, março, abril, agosto e novembro de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$582,33, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, referente ao mês de janeiro de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$386,18, mais multa de 150%.

Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo apropriou indevidamente de crédito fiscal do CIAP, relativo a aquisição de um bem com se este fosse integrar o ativo imobilizado ou ser material de uso e consumo, quando na verdade tratava-se de bem alheio à atividade da empresa e nem mesmo transitado por ela.

INFRAÇÃO 05 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente aos meses de março de 2011 e junho e outubro de 2012. Lançado ICMS no valor de R\$709,47, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 06 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Lançado ICMS no valor de R\$486.982,33, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo é detentor de Regime Especial nº 01355120119 com permissão de deslocamento da cobrança da substituição tributária para o momento que ocorrer as operações internas a contribuintes, sendo detectada simulação de venda a consumidor final, quando na realidade constatou-se que os destinatários são estabelecimentos comerciais, caracterizando assim, vendas tributadas para microempresa e consequentemente falta de retenção do ICMS.

Às fls. 245 a 257 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Preliminarmente diz que é uma pessoa jurídica de direito privado, legalmente constituída sob a forma de sociedade limitada, e exerce a atividade de comércio de ferragens e materiais para construção, bem como representações comerciais, conforme dispõe o seu contrato social (doc. 01). Em seguida destaca as seis infrações objeto da presente autuação, para então dizer que é uma empresa instalada no Município de Santo Antônio de Jesus, e reconhecida pelos seus clientes e fornecedores por seus rigorosos compromissos sociais, éticos e ambientais, que refletem, de modo peculiar, na lisura do seu comportamento perante o Fisco.

Intrinsecamente ligada aos preitos princípios está a premissa estipulada pela defendente de não sonegar, em hipótese alguma, qualquer valor devido ao Erário, representado por qualquer das esferas federativas. Tal fato pode ser constatado na perfeita escrituração contábil da impugnante e, principalmente, nos tempestivos e escorreitos pagamentos dos tributos devidos. Falhas, contudo, ocorrem, e não há como imputá-las exclusivamente aos agentes fiscais, como normalmente se faz nas peças defensivas.

Por isso, diz que, antes da elaboração da impugnação ao lançamento, a defendente procedeu ao exame minucioso da autuação, tendo constatado que seriam procedentes as imputações elencadas nos itens 02 a 05 do Auto de Infração, razão pela qual está providenciando o pagamento destas

diferenças de ICMS, se comprometendo a juntar aos autos o comprovante de quitação em momento oportuno.

Logo destaca que apenas apresentará sua impugnação relativamente aos itens 01 e 06 da autuação, cujas acusações entende que estão em desacordo com a realidade fática e a norma tributária sobre a matéria, o que será comprovado a esse egrégio CONSEF, conforme a seguir exposto:

A Infração 01 trata de suposto estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. De acordo com o relatório de descrição dos fatos, é acusado, supostamente, de que “efetuou um estorno de débito de ICMS indevidamente, uma vez que deu entrada em um débito declarado para pagar ICMS antecipação parcial em atraso. Quando foi autorizada a usar o Certificado de Crédito para quitar o mesmo, o valor original do débito havia corrigido e tempos depois, a empresa achou que havia pago a maior e resolveu incorretamente, efetuar o estorno.”

Diz, entretanto, que não merece prosperar a referida infração, pelas razões a seguir expostas:

- No mês de 09/2010, foi lançado a crédito no Livro Registro de Apuração do ICMS o valor de R\$61.170,51, referente à denúncia espontânea de Antecipação Parcial do ICMS relativa ao mês de agosto/2010 (doc. 02).
- Por sua vez, no mês de 11/2010, foi lançado a crédito o valor de R\$526,75, referente à denúncia espontânea de Antecipação Parcial do ICMS relativa ao mês de outubro/2010 (doc. 03).
- No mesmo período, foram apresentados os requerimentos de utilização de créditos decorrentes de vendas com alíquotas inferiores às de compras (doc. 04 e doc. 05).
- Contudo, somente no mês de 12/2011 foi autorizado verbalmente pela SEFAZ-BA que se fizesse o lançamento a débito dos valores relativos às denúncias espontâneas, porém com os acréscimos legais, totalizando a quantia de R\$86.623,56 (relativo ao primeiro débito) e R\$536,07 (relativo ao segundo débito), conforme doc. 06. Não houve emissão do Certificado de Crédito pela SEFAZ em relação a esses processos.
- Como o valor do crédito foi registrado a menor, foi então lançado outro crédito da diferença, totalizando R\$ 25.462,37 (doc. 07), que representa:

$$R\$ 86.623,56 - R\$ 61.170,51 = R\$ 25.453,05 \text{ e } R\$ 536,07 - R\$ 526,75 = R\$ 9,32$$

$$R\$ 25.453,05 + R\$ 9,32 = R\$ 25.462,37 \text{ (total da diferença)}$$

Logo, pleiteia a impugnante seja julgada improcedente a Infração 01.

Por sua vez, a Infração 06 exige débito de ICMS da ora impugnante, sob o fundamento de que ela teria deixado de proceder à retenção do imposto e o seu recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas supostamente realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

De acordo com o relatório contido na descrição dos fatos, a autuada – *que exerce a atividade de comércio varejista de ferragens e materiais para construção, bem como representações comerciais, conforme dispõe o seu contrato social* (doc. 01) – diz ser detentora de Regime Especial nº. 01355120119 com permissão de deslocamento da cobrança da substituição tributária para o momento que ocorrerem as operações internas a contribuintes.

E, segundo o ilustre Auditor Fiscal autuante, diz que teria sido detectada “*simulação de vendas a consumidor final, quando na realidade constatou-se que os destinatários são estabelecimentos comerciais, caracterizando, assim, vendas não tributadas para micro empresa e consequentemente falta de retenção do ICMS substituto*” (g.n.).

Em outras palavras, destaca que sustenta o Fisco que a ora impugnante teria realizado vendas de mercadorias supostamente a pessoas físicas (ou seja, a consumidores finais), quando, na realidade, essas mercadorias teriam como destino outros estabelecimentos comerciais do seguimento de materiais de construção.

Para embasar sua acusação, diz que o ilustre Agente Fiscal anexou aos autos, tão-somente, uma extensa planilha, constituída por centenas de páginas, relacionando as seguintes informações: “número” e “mês” de emissão da nota fiscal, “CPF” e “nome do adquirente”, “descrição do produto adquirido”, “quantidade do produto adquirido”, “preço individual e total”, bem como a “base de cálculo do ICMS”, “alíquota” e “valor do imposto”.

Ou seja, ao que parece, diz que a Fiscalização se valeu de uma simples presunção para lavrar a infração ora impugnada e cobrar o ICMS da autuada, na qualidade de substituta tributária. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, a presunção aplicada ao caso em apreço carece de qualquer fundamento legal ou fático, não merecendo, portanto, prosperar o suposto crédito tributário objeto da Infração 06. É o que passa a expor:

Inicialmente, observa a autuada que o ilustre Auditor Fiscal não carreou aos autos qualquer comprovação de suas alegações (pelo menos que a impugnante ou seus patronos tenham tomado conhecimento), no sentido de que as mercadorias teriam sido vendidas a comerciantes, para posterior revenda em seus estabelecimentos, o que faria incidir a obrigação legal de proceder ao cálculo do ICMS por substituição tributária e realizar o recolhimento do tributo.

Assevera que se restringiu o Agente do Fisco a juntar no processo uma longa planilha, que apenas relaciona o “nome” e “CPF das pessoas físicas adquirentes de produtos na loja da ora autuada”, bem como “os dados das notas fiscais emitidas”, tais como “numeração, mês de emissão, descrição e valores dos produtos adquiridos etc”, fazendo constar, na parte superior da planilha, o seguinte texto: “VENDAS EFETUADAS PARA CPF ONDE, NOS ENDEREÇOS CONSTANTES NA NOTA FISCAL, EXISTIA EM FUNCIONAMENTO EMPRESA DO SEGUIMENTO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO”.

Neste contexto diz que essa planilha, por si só, não constitui um elemento com a mínima força probante, já que nenhuma conclusão (*como a que chegou a Fiscalização*) pode ser inferida pela sua simples análise. Destaca que não consta do processo (*frise-se: pelo menos, que tenha chegado ao conhecimento da impugnante ou de seus patronos*) qualquer comprovação de que nos endereços fornecidos pelos adquirentes (*pessoas físicas*) para emissão das notas fiscais está ou estaria funcionando um estabelecimento comercial, tal como um comprovante de inscrição no CNPJ, ou uma conta de água ou de luz.

Também diz que não há no processo qualquer fotografia das supostas empresas do seguimento de materiais de construção, que estariam funcionando nos endereços constantes das notas fiscais. Em suma, assevera que não há nenhuma prova nos autos que fundamente a tese sustentada pelo ilustre Auditor Fiscal, de que os produtos foram comercializados para posterior revenda. Apenas uma longa lista das pessoas físicas (consumidores finais), que compraram na loja da autuada, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. E nada mais...

Diz que, se forem analisados os tipos de produtos adquiridos e as quantidades compradas pelas pessoas físicas listadas na planilha, chega-se facilmente à conclusão de que são bens para consumo próprio, típicos de quem está construindo ou ampliando sua casa.

A título meramente exemplificativo, pede para observar a nota fiscal nº. 8122, de janeiro de 2011 (primeiro item da planilha), que materializa uma operação de venda realizada ao Sr. Humberto Barreto dos Santos (CPF nº. 123.679.825-20). A julgar pelos itens adquiridos pelo Sr. Humberto (“20 varas de ferro Belgo Gerdau”; “2 pacotes de grampo galvanizado Belgo Gerdau”; e “2 pacotes de prego Belgo Gerdau”), percebe-se claramente que, pela lógica e razoabilidade, esse produtos não foram adquiridos para posterior revenda, mas sim, para consumo próprio.

Caso se prossiga nesta análise, diz que a conclusão seria a mesma, podendo apenas variar um pouco a quantidade do produto adquirido (*o que depende diretamente do tamanho da obra realizada pelo cliente*), mas sempre guardando essa proporção razoável de quem compra para consumo próprio, e não para revenda, não se tratando, portanto de contribuinte do ICMS.

Destaca o art. 4º, caput, da Lei Complementar nº. 87/96, que trata do conceito de contribuinte do ICMS. Diz que, no caso dos autos, além de não ter restado comprovado pelo Fisco que as mercadorias foram adquiridas para posterior revenda (*já que tal fato foi apenas alegado pelo ilustre Autuante*), nem mesmo uma análise mais cuidadosa foi realizada quanto à eventual habitualidade ou volume de compras feitas pelas pessoas físicas, o que poderia, em tese, revelar um possível intuito comercial. Nada disso diz ter sido feito.

Conclui dizendo que a acusação fiscal ora combatida baseia-se numa mera presunção. E o que é pior: uma presunção desprovida de qualquer fundamento legal, lógico ou fático (*data máxima vênia*). Com efeito, cita o art. 4º, § 4º, da Lei Estadual nº. 7.014/96 (Lei do ICMS), que caracteriza os tipos de presunção de fatos que denotam ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto.

Contudo, diz que, analisando a situação em apreço, observa-se que não se enquadra em qualquer das hipóteses legalmente previstas que autorizariam a presunção de ocorrência do fato gerador, sendo, portanto, crucial e imprescindível a produção de prova efetiva pela Fiscalização, o que, à luz do seu entendimento, não foi feito no presente caso!

Junta de diversas declarações firmadas por alguns dos adquirentes pessoas físicas (doc. 08), no sentido de que os produtos comprados na loja da autuada e descritos nas notas fiscais (*DANFE's também anexos*) foram adquiridos para consumo próprio.

Diz que, a intenção de juntar essas declarações ao processo é oferecer aos ilustres Julgadores uma comprovação efetiva de que a alegação do Fisco não possui qualquer respaldo. E é evidente que essas declarações foram obtidas por amostragem, já que seria virtualmente impossível colher a assinatura de cada uma das centenas (ou milhares) de pessoas físicas que adquiriram em seu estabelecimento no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 – e nem seria essa a intenção da autuada, já que, como dito, o ônus probatório em questão ainda permanece com o Fisco. Após outras considerações, requer seja julgado totalmente improcedente a Infração 06.

Diante do exposto, confia à autuada que este egrégio CONSEF saberá fazer Justiça, julgando improcedentes as infrações 01 e 06 do presente Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 535 a 539 dos autos, aduz que autuado pede impugnação das infrações 1 e 6 pelos motivos expostos em sua defesa, mediante os quais contrapõe.

Observando os livros de Apuração de ICMS apresentados pelo autuado relativo aos períodos de 09 e 11/2010, diz constatar os lançamentos a título de Crédito de Antecipação Parcial nos valores de R\$61.170,51 e R\$526,75 respectivamente, sendo que esses valores não haviam sido recolhidos. (anexo01, fls.1 e 2). O autuado então efetuou junto à inspetoria, débito declarado dos mesmos, confessando a dívida.

Passados 1 ano e um mês, ou seja em 12/2011, conforme esta dito pelo próprio autuado (fl.250), a SEFAZ autoriza que o pagamento fosse feito através de utilização de crédito fiscal, uma vez que o mesmo apresentava créditos acumulados em sua escrita. Calculou-se então a correção dos acréscimos moratórios mais multa, fazendo o valor saltar para R\$86.623,50.

No mês de dezembro/2011 o autuado faz a quitação do débito declarado através do Certificado de Crédito, porém em sua apuração mensal do mesmo mês, 12/2011, efetua indevidamente um estorno de débito para ajuste de apuração, no valor R\$ 25.462,37 (anexo01, fls.3 a 5).

Diz que, quando ele efetua o Estorno de Débito quer dizer quer ele creditou-se, em sua escrita fiscal, deste ICMS. Porém, interroga: que direito a lei lhe dá para creditar-se de acréscimo moratório e multa de um débito de ICMS?

Diz que não se credita de acréscimos moratórios e multa. Credita-se sim, aduz o autuante, como direito, do ICMS Antecipação Parcial, que no caso foi R\$ 61.170,51+ R\$ 526,75. O restante, foram os

acréscimos moratórios (conforme dito pelo próprio autuado em sua defesa folha 250 (*...porém com acréscimos legais...*) (anexo1, fl. 6).

Portanto, diz que, esse foi o motivo da autuação Infração 1, a qual reafirmamos sua inteira procedência certo da sua legitimidade como poderá ser comprovado através dos documentos anexados.

Sobre a infração 6, diz que, o sujeito passivo, em sua defesa, descreve longamente que teria aplicado a infração sem quaisquer provas, que foi baseado "*tão somente, uma extensa planilha*", ou que teria usado de "*presunção*", ou que "*não foi anexado comprovação para autuá-lo*", etc. dentre outros. Desta forma, assim explica:

Próximo a conclusão do auto já tinha iniciado as diligências visando comprovar se as vendas para pessoas físicas eram na verdade para pessoas jurídicas. Havia provas que apontavam para a situação em questão, porém, essas verificações só foram encerradas após a lavratura e ciência do auto. Motivo pelo qual esta apresentado agora.

Diz que essas diligências foram efetuadas com critério. Foi observado a habitualidade com que as compras eram feitas, as quantidades compradas e os valores totais por CPF, isso se traduziu na aquisição de mercadorias em quantidade expressivas denotando o intuito comercial. O que de fato se comprovou, pois, nos endereços citados nas notas fiscais, funcionavam empresas do ramo de material de construção, ou seja, os reais destinatários eram pessoas jurídicas e estavam adquirindo as mercadorias para revenda.

Na tabela abaixo relaciona alguns dessas pessoas visitadas, onde no local haviam empresas funcionando bem como o montante que foi vendido para eles.

CPF	NOME	TOTAL EM COMPRAS
168536445-49	LOURIVAL SOUZA MOTA	R\$ 125.949,72
12367982520	HUMBERTO BARRETO DOS SANTOS	R\$ 127.711,20
97782475520	ANDRE LUIZ PEIXOTO COSTA	R\$ 145.086,10
04678166548	ALAM MENDES DE MENEZES	R\$ 240.142,40
02526534593	GILVAN DE JESUS COSTA	R\$ 127.367,00
01197282572 29061377587	ANDRE ELOY DE ABREU ANTONIO DOMINGO DANASIO	R\$ 167.975,49 R\$ 105.789,00

Observa que, somente nessa relação, tem-se comprovadamente um somatório de vendas para supostas pessoas físicas no valor de R\$1.040.020,91. Diz que a planilha, porém, é mais extensa, conforme folhas 40 a 241 do processo.

Destaca que no anexo 2 junta o relatório completo das diligências, os quais subsidiam essa infração: "*lá estão fotografias flagrando e empresa comercial existente no endereço da nota emitida para a pessoa física*". Diz que constatou, no local empresas do segmento de material de construção.

Portanto, mantem integralmente o Auto de Infração e especificamente as infrações 1 e 7 (6), mediante informações e provas juntadas ao processo descritas nas páginas anteriores, calcados nos mais rigorosos preceitos legais. Dessa forma, pedimos aos senhores julgadores que atendam pela inteira procedência do auto.

Com a ciência da informação fiscal, o sujeito passivo apresenta manifestação à informação fiscal, por meio dos documentos acostados às fls. 558 a 567 nos termos a seguir. Diz que, na forma já destacada na Impugnação Administrativa apresentada, das infrações apontadas pela Fiscalização, a autuada optou por apresentar a sua defesa tão-somente em relação a duas delas, reconhecendo as demais. São as infração 1 e 7 (6), que as destacam.

Neste sentido, diz que, ao analisar os argumentos suscitados pela ora autuada, o ilustre Auditor apresentou sua Informação Fiscal alegando o seguinte:

Em relação à Infração 07, o i. Agente Fiscal inicia sua Informação transcrevendo breves trechos da defesa apresentada, mais precisamente dos pontos em que a autuada afirmou que a autuação se deu com base numa mera presunção de que as vendas realizadas a pessoas físicas foram, na realidade, para pessoas jurídicas, não tendo sido recolhido o imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, já que nenhuma prova foi apresentada no corpo do Auto de Infração, mas apenas uma simples planilha na qual foram listadas todas as vendas feitas pela autuada a pessoas físicas no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.

Em seguida, diz que o nobre Auditor confessa expressamente que tais provas somente foram colhidas após a lavratura e ciência do auto, apenas tendo sido apresentadas no momento da Informação Fiscal.

Neste sentido, observa que o autuante apresenta uma tabela contendo apenas 07 (sete) nomes de pessoas físicas que, segundo as verificações feitas, teriam ligações com donos de lojas de materiais de construção, o que o levou a presumir que as vendas realizadas a essas pessoas teriam como destino as referidas lojas, para supostamente serem revendidas.

Faz, ainda, referência ao Anexo 2 da Informação Fiscal, no qual teria sido apresentado “*o relatório completo das diligências, os quais subsidiam essa infração: Lá estão fotografias flagrando a empresa comercial existente no endereço da nota emitida para a pessoa física*”. E encerra sua Informação Fiscal pleiteando a procedência do Auto de Infração em questão.

Após essas considerações, o sujeito passivo diz que não pode concordar com nenhuma das alegações feitas pela Fiscalização, passando a apresentar, no tópico seguinte, as suas considerações que reiteram todos os argumentos já apresentados na Impugnação.

Especificamente em relação à infração 6, que exige débito de ICMS sob o fundamento de que a autuada teria deixado de proceder à retenção do imposto e o seu recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas supostamente realizadas para contribuintes localizados neste Estado, depois de várias considerações já apresentadas na sua defesa inicial, requer a nulidade da infração em questão.

Isso porque o ilustre Auditor confessa em sua Informação Fiscal que o Auto foi lavrado sem qualquer suporte fático às acusações nele contidas. Destaca trecho da informação fiscal: “*Próximo a conclusão do auto, já tínhamos iniciado as diligências visando comprovar se as vendas para pessoas físicas eram, na verdade, para pessoas jurídicas. Havia provas que apontavam para a situação em questão, porém essas verificações só foram encerradas após a lavratura e ciência do auto. Motivo pelo qual estamos apresentando agora.*” (fl. 03 da Informação Fiscal) (g.n.)

Diz então, como pode um Agente do Fisco lavrar um Auto de Infração desprovido de qualquer prova de suas alegações, intimando o contribuinte para apresentar sua Defesa e, somente após, em sede de Informação Fiscal, apresentar as provas que possui, as quais ressalte-se, somente foram colhidas após o encerramento do Auto?

Traz a tona alguns destaques sobre os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa e contraditório, para em seguida dizer que, por força desses primados, juridicamente consagrados pela Constituição Federal de 1988, o Estado apenas está autorizado a restringir ou delimitar o patrimônio particular do contribuinte se – e somente se – apresentar, com confiabilidade, clareza, razoabilidade e transparência, sua pretensão, oportunizando ao administrado, por consequência, o correlato direito à ampla defesa e ao contraditório.

Diz que constata o flagrante descumprimento aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, na medida em que a impugnante teve contra si lavrado um Auto de Infração cujos elementos de prova somente foram colhidos pela Fiscalização após o encerramento do Auto e após a intimação da autuada e apresentação da sua Impugnação Administrativa, privando-lhe, por consequência, de exercer plenamente o seu direito de defesa, em ofensa ao citado art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Com efeito, destaca o art. 18 do Decreto nº. 7.629, de 09 de julho de 1999, que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito do Estado da Bahia em que dispõe sobre nulidade. Diz assim, que resta evidente, que a Infração em questão é nula de pleno direito, uma vez que os seus elementos originais de prova não possibilitam a determinação precisa e segura da suposta infração cometida.

Ante o exposto, pleiteia a autuada a decretação de nulidade da Infração sob exame, tendo em vista o vício insanável apontado, nos termos do art. 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº. 7.629/99).

Contudo, apenas em estrita observância ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de não ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada neste tópico, o que não acredita, passa o sujeito passivo a tratar dos demais argumentos de defesa, voltando a trazer argumentos de méritos em reforço aos anteriormente apresentados na defesa inicial, às vezes de forma repetitiva.

Diante do exposto, diz confiar que este egrégio CONSEF saberá fazer Justiça, julgando improcedentes as infrações contestadas pela autuada.

Desenvolvendo nova Informação Fiscal às fls. 570 a 573 dos autos, agora especificamente em relação a infração 7 (6), diz que as diligências que visavam comprovar se as vendas para pessoas físicas eram na verdade para pessoas jurídicas haviam começado e as provas colhidas até a lavratura do Auto de Infração ali apontavam para a infração em questão. Entretanto, como diz ter prazo para encerrar a auditoria, optou por apresentar as provas posteriormente na informação fiscal, as quais estão juntadas ao processo às fls. 535 a 553.

Destaca que, em sua nova defesa o autuado discorre longamente sobre a questão da ampla defesa e do contraditório, dando a entender que lhe fora cerceado esse direito, quando somente após concluir o auto. Diz assim que na primeira informação fiscal, apresentou as provas probatórias da infração 7 (6). Diz que não apresentou uma nova infração, nem tampouco trouxe a baila novos delitos. O que fez foi apresentar provas e elementos probatórios sobre uma infração que já estava devidamente tipificada nos autos, a qual pediu, na ciência da primeira informação fiscal, que lhe fosse entregue cópia de todas as provas colhidas e, como é natural do processo, o mesmo teve um novo prazo para se contrapor. O que faz nesse momento.

De qualquer modo, observa que, preconizado pela boa prática jurídica e em conformidade com os ditames do processo Administrativo Fiscal, artigo 123, parágrafo 5º, inciso III (Decreto 7.629 de 09/07/1999) solicitou ao Inspetor Fazendário da jurisdição do autuado, se assim entender, conceder mais um prazo de 30 dias, contados da ciência desta informação fiscal, para que o autuado se contraponha como lhe aprovou e assim dissipar qualquer névoa relativa a impossibilidade de exercer seu direito ao contraditório.

Em relação ao alegado pelo autuado, em sua defesa, de que desconhecia que as pessoas físicas que adquiriram os produtos em sua empresa, seriam na verdade donas de lojas de material de construção. Diz que a empresa autuada possui cadastro de seus clientes e como tal sabe de antemão que determinadas pessoas físicas estão adquirindo produtos com habitualidade e em quantidades consideráveis, portanto deveria, até por uma questão de ética, uma vez que possui um Regime Especial que lhe confere significativa vantagem comercial em relação aos concorrentes, barrar essas vendas forçando seus clientes a adquirirem da maneira correta e honesta.

Em anexo a esta informação, diz juntar relação de vendas efetuadas para CPF, a mesma constante do auto de infração, porém com a diferença que agora classifica pelas quantidades dos produtos que as pessoas físicas adquiriram e a freqüência com que eles compraram, onde assim, à luz do seu entendimento, fica mais claro observar a habitualidade e quantidade comercializada. Para demonstração, segue algumas páginas da planilha. A versão completa se encontra em meio digital (CD) anexo a este processo.

Destaca outro ponto da defesa “...apenas seria possível cogitar de autuar a impugnante numa situação como esta se restasse comprovado que ela (autuada) tinha pleno conhecimento de que as mercadorias vendidas teriam como destino as tais lojas de material de construção. (fl. 564)”

Sobre este aspecto, diz que a empresa NOG comercializa materiais de construção, sendo os principais itens de venda: TELHA VOGATEX (diversos tamanhos); VARA DE FERRO (diversos tamanhos); TRELIÇA (diversos tamanhos); dentre outros produtos de grande porte. Assim destaca: “*De duas uma: Ou o cliente ao adquirir tais produtos usa seu próprio veículo para levá-las ou a empresa que lhe vende, efetue a entrega conforme endereço nas notas fiscais. Essa é a mais comum e a que acontece na maioria dos casos em comercio desse ramo*”

Portanto, diz que, ao examinar as notas fiscais (DANFE's), constatou que todas as entregas das mercadorias foram feitas pelo emitente da nota, ou seja, a autuada. Daí configura-se que, deliberadamente ela sabia que aquelas pessoas adquirentes das mercadorias possuíam empresas, uma vez que seu caminhão efetuava as entregas no endereço constante no documento fiscal, o mesmo endereço que serviu de base para a investigação.

A título de exemplo, diz que, visando demonstrar a situação descrita acima, imprimiu e anexou a esta informação alguns DANFE's. A informação completa segue em meio digital (CD) com todas as vendas para CPF contendo as respectivas chaves de acesso para eventuais consultas.

Reitera o pedido para manter integralmente o Auto de infração

Voltando a manifestar às fls. 606 a 607 dos autos, o sujeito passivo diz que em 12/11/2013, foi intimada da lavratura do presente Auto de Infração, tendo apresentado, tempestivamente, a sua Impugnação Administrativa, em 12/12/2013. Insiste em destacar que, no momento da lavratura da autuação, não havia nos autos qualquer elemento probatório, tendo se baseado o ilustre Auditor apenas numa mera presunção.

Observa que, posteriormente fora intimada da Informação Fiscal, na qual o Autuante colacionou diversos documentos que, supostamente, dariam respaldo às suas conclusões, tendo apresentado, em seguida, a sua Manifestação à Informação Fiscal, na forma regimental.

Agora, recentemente, o Auditor apresenta uma nova Informação Fiscal, a que ele denominou de “*Informação Fiscal 2*”, trazendo aos autos novos argumentos e novos elementos de suposta prova, sob a alegação de que esses elementos somente foram colhidos após o encerramento da Fiscalização, tendo ele próprio pleiteado pela reabertura do prazo de defesa (30 dias).

Entretanto, conforme se observa da intimação endereçada à autuada, somente foram concedidos 10 (dez) dias para manifestação sobre esses novos documentos carreados ao processo.

Em que pese discordar de todo esse procedimento praticado nos autos, em que as provas da Fiscalização estão sendo colhidas e apresentadas nos autos “aos poucos”, bem depois da lavratura do Auto e da apresentação da Impugnação – o que por si só já macula a presente autuação de nulidade, por flagrante ofensa ao direito de defesa –, pleiteia a requerente pela concessão do prazo regulamentar de 30 dias para se defender das novas acusações, em cumprimento inclusive à recomendação do próprio Agente Autuante.

Nas fls. 613 a 623, após a reabertura do prazo para defesa, o sujeito passivo, por seus advogados, apresenta sua manifestação à segunda Informação Fiscal, nos termos a seguir aduzidos.

Em relação às preliminares de nulidade, reitera todos os argumentos até então expostos, por ofensa ao direito a ampla defesa e contraditório, com o seguinte destaque: “...como é sabido, não pode um Agente do Fisco lavrar um Auto de Infração desprovido de qualquer prova de suas alegações, intimando o contribuinte para apresentar sua Defesa e, somente após, em sede de Informação Fiscal, apresentar as provas que possui, as quais, ressalte-se, somente foram colhidas após o encerramento do Auto”.

E mais, diz que, para piorar, ainda apresenta novas provas colhidas posteriormente, após essa primeira Informação Fiscal, intimando-o para se manifestar acerca de uma segunda Informação Fiscal. Com efeito, destaca o art. 18 do Decreto nº. 7.629, de 09 de julho de 1999, que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito do Estado da Bahia, em relação aos aspectos de nulidade de um Auto de Infração.

Após traçar mais considerações, reitera o sujeito passivo seu pedido pelo acolhimento da preliminar de nulidade da Infração sob exame, tendo em vista o vício insanável apontado, nos termos do art. 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº. 7.629/99).

Contudo, apenas em estrita observância ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de não ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada neste tópico (o que não acredita), agrega aos termos de sua defesa questões de mérito, como o de duplicidade de itens constantes da planilha da autuação.

Diz que, analisando de forma mais detalhada a imensa planilha constante da autuação, observou que diversos itens foram duplicados, implicando, assim, a majoração indevida do valor cobrado nesta autuação.

Explicando melhor a questão, na referida planilha, aduz que o ilustre Autuante relaciona individualmente cada uma das operações de vendas realizadas a pessoas físicas, destacando em cada uma das linhas o item específico adquirido pelos clientes da autuada.

Neste contexto, diz observar que diversos destes itens, referentes a uma mesma nota fiscal emitida, estão duplicados, querendo crer que tal problema se deva a um erro na elaboração da planilha. Tal equívoco foi mais observado durante os meses de julho a outubro de 2012, mas não se restringem a este período, apenas.

Deste modo, pleiteia a autuada pela realização de uma diligência fiscal, conduzida por um Auditor Fiscal estranho ao feito, a fim de que, previamente ao julgamento de primeira instância, seja analisada de forma detalhada a planilha constante do Auto de Infração e, em seguida, sejam expurgados todos os valores indevidamente duplicados.

Em seguida rebate ainda as novas acusações do Fiscal Autuante na denominada “Informação Fiscal 2”, para então pedir deste egrégio CONSEF julgar improcedentes as infrações contestadas.

Às fls. 629 e 630 do PAF, constam extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores reconhecido pela autuada.

## VOTO

Preliminarmente sobre a argüição de nulidade do sujeito passivo, em relação o Agente Fiscal ter lavrado o presente Auto de Infração, desprovido de qualquer prova de suas alegações, intimando o contribuinte para apresentar sua Defesa, em sede de Informação Fiscal, a apresentar as provas que possui, para elidir a citada infração (fl. 599), em tempo exíguo ao que orienta a legislação pertinente no exercício ao seu direito ao contraditório, mostra-me ultrapassada, quando a Unidade Fazendária da circunscrição fiscal do defendant, à pedido do próprio autuante, conforme indicado na Informação Fiscal às fls. 570 a 573 dos autos, emitiu nova intimação à fl. 603, agora concedendo o prazo de trinta dias, o que possibilitou ao autuado agregar novos argumentos de defesa às fls. 613 a 623 dos autos.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção na análise da lide.

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 6 (seis) infrações, sendo as infrações 2, 3, 4 e 5 plenamente acatadas pelo autuado e diz respeito a ter deixado de efetuar o

recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo (infração 2) e ao consumo do estabelecimento (infração 3); ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, decorrente de apropriação indevida no CIAP, por não haver entrado a mercadoria dado entrada no estabelecimento (infração 4); e ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (infração 5). Em consequência, subsiste as infrações 2, 3, 4 e 5 pelo reconhecimento tácito do sujeito passivo.

Por sua vez, as infrações 1 e 6 foram totalmente impugnadas pelo autuado. A infração 1 diz respeito a ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação no mês de dezembro de 2012. Já a infração 6, refere-se a acusação de que o sujeito passivo deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado nos exercícios de 2011 e 2012.

Em relação a infração 1, que diz respeito a estorno de débito de ICMS de forma indevida, no mérito, o sujeito passivo diz que lançou a crédito no LRAICMS, em 09/2010, o valor de R\$ 61.170,51, referente à denúncia espontânea de Antecipação Parcial do ICMS relativa ao mês 08/2010 (fl. 279/280). Por sua vez, no mês de 11/2010, foi lançado a crédito o valor de R\$ 526,75, referente à denúncia espontânea de Antecipação Parcial do ICMS relativa ao mês de 10/2010 (fl. 283/284). No mesmo período, o sujeito passivo apresentou requerimentos de utilização de créditos decorrentes de vendas com alíquotas inferiores às de compras junto a Unidade Fazendária de sua circunscrição (fls. 288 e 291). Contudo, no mês 12/2011, um ano e um mês depois foi autorizado pela SEFAZ-BA que se fizesse o lançamento a débito dos valores relativos às denúncias espontâneas, com os acréscimos legais, totalizando a quantia de R\$86.623,56. Como o valor do crédito foi registrado a menor (R\$61.170,51 + R\$526,75), foi então lançado outro crédito correspondente a diferença, totalizando o valor de R\$25.462,37, que é o objeto da presente lide.

Instado a se manifestar, o Fiscal Autuante (fls. 536/537) diz que observando o RAICMS, relativo aos períodos de 09 e 11/2010, constata os lançamentos a título de crédito de antecipação parcial nos valores de R\$61.170,51 (fl. 541) e R\$526,75 (fl. 542) respectivamente, sendo que esses valores não haviam sido recolhidos. O autuado então efetuou junto a inspetoria, débito declarado dos mesmos, confessando a dívida por meio do instituto da denúncia espontânea, conforme os documentos às fls. 280 e 283 dos autos.

Em dezembro de 2011, conforme esta dito pelo próprio autuado (fl. 250), a Unidade Fazendária autoriza que o pagamento seja feito através de utilização de crédito fiscal, uma vez que o mesmo apresentava créditos acumulados em sua escrita. Calculou-se então a correção dos acréscimos moratórios mais multa, fazendo o valor saltar para R\$86.623,50. Nesse mesmo mês (12/2011) diz que o autuado faz a quitação do débito declarado através do Certificado de Crédito porém em sua apuração mensal do mês 12/2011, efetua o lançamento de um crédito no valor de R\$25.462,37 (fl. 543), com a seguinte descrição “*DIFERENÇA PAGA ANTECIP. PARCIAL*”.

Este lançamento de R\$25.462,37 é o objeto da presente autuação, sob a acusação de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. De fato, entendo assertivo o posicionamento do Fiscal Autuante. Na realidade esse valor refere-se aos acréscimos moratórios e multa por conta de não ter sido paga a antecipação parcial do ICMS à época da ocorrência dos fatos, como afirmado pelo próprio defendant à fl. 250 dos autos. Como tal não vejo previsão na legislação qualquer dispositivo que autorize o contribuinte apropriar em sua escrita fiscal de valores correspondentes a acréscimos moratórios e multa decorrente do cumprimento em atraso de sua obrigação principal.

Não obstante essas considerações, em que pese a Fazenda Pública ter manifestado sobre as denúncias espontâneas um ano e um mês após seus registros na unidade fazendaria competente, observo que o sujeito passivo apropriou o imposto relativo a antecipação parcial, objeto das citadas denúncias, antes mesmo da efetivação do seu pagamento por compensação através de Certificado de Crédito. O que vem, ainda mais, ratificar a assertividade da autuação,

em que pese ter efetuado a compensação antes da efetivação do pagamento do imposto, a legislação só admite a compensação do valor principal da obrigação tributária, e nunca dos acréscimos moratórios e multa por conta de sua quitação em atraso, que é o valor que deu causa a presente autuação. Infração 1 subsistente.

Em relação a infração 6 que diz respeito a acusação de que o sujeito passivo deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, aduz o Fiscal Autuante de que o defensor é detentor de Regime Especial nº 01355120119 com permissão de deslocamento da cobrança da substituição tributária para o momento que ocorrer as operações internas a contribuintes, sendo, no caso em exame, detectado simulação de venda a consumidor final, por ter constatado que os destinatários constantes do demonstrativo acostados aos autos às fls. 42 a 240, que fundamenta a autuação, são estabelecimentos comerciais, caracterizando assim, vendas tributadas para empresa, acobertada pelo instituto da substituição tributária (*ferragens e materiais de construção*), em que deveria ter sido efetuada a retenção do ICMS substituto, que ora está sendo cobrado na infração 6, constante da fl. 3 dos autos.

Sobre os produtos objetos da autuação estarem acobertados pelo instituto da substituição tributária não há controvérsia, nem tampouco os valores apurados, a controvérsia se instala em relação à acusação de que as operações de vendas relacionadas aos destinatários pessoas físicas constantes do demonstrativo às fls. 42 a 240 dos autos são contribuintes do ICMS, em sendo assim haveria a incidência do ICMS por substituição tributária, conforme depreende os termos do Regime Especial nº 01355120119 que é detentor junto a Fazenda Pública Estadual, o que deveria ter sido efetuada a retenção do ICMS substituto, que está sendo cobrado.

Argúi o sujeito passivo que a fiscalização se valeu de uma simples presunção para lavrar a infração ora impugnada e cobrar o ICMS por substituição, onde não carreou aos autos qualquer comprovação de que os adquirentes das mercadorias são comerciantes e não pessoas físicas, o que posteriormente haverão de revender tais mercadorias, o que faria incidir a obrigação legal de proceder ao cálculo do ICMS por substituição tributária e realizar o recolhimento do tributo aos cofres do Estado.

Destaca, também, que o agente ao juntar no processo uma longa planilha, que apenas relaciona o “*nome*”, o “*CPF das pessoas físicas*” os “*dados das notas fiscais emitidas*”, tais como “*numeração, mês de emissão, descrição e valores dos produtos adquiridos etc*”, fazendo constar, na parte superior da planilha, o seguinte texto: “*VENDAS EFETUADAS PARA CPF ONDE, NOS ENDEREÇOS CONSTANTES NA NOTA FISCAL, EXISTIA EM FUNCIONAMENTO EMPRESA DO SEGUIMENTO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO*”, por si só, não constitui um elemento com a mínima força probante, já que nenhuma conclusão (*como a que chegou a Fiscalização*) pode ser inferida pela sua simples análise. Destaca que não consta do processo qualquer comprovação de que nos endereços fornecidos pelos adquirentes (*pessoas físicas*) para emissão das notas fiscais está ou estaria funcionando um estabelecimento comercial, tal como um comprovante de inscrição no CNPJ, ou uma conta de água ou de luz. Também diz que não há no processo qualquer fotografia das supostas empresas do seguimento de materiais de construção, que estariam funcionando nos endereços constantes das notas fiscais.

Em suma, assevera que não há nenhuma prova nos autos que fundamente a tese sustentada pelo ilustre Auditor Fiscal, de que os produtos foram comercializados para posterior revenda. Apenas uma longa lista das pessoas físicas (consumidores finais), que compraram na loja da autuada, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Diz que, se forem analisados os tipos de produtos adquiridos e as quantidades compradas pelas pessoas físicas listadas na planilha, chega-se facilmente à conclusão de que são bens para consumo próprio, típicos de quem está construindo ou ampliando sua casa.

Instado a se manifestar sobre as motivações objetivas que levaram a efetivação da autuação, por quantum entender que o sujeito passivo estava praticando simulação de venda a consumidor final, quando na realidade diz ter constatado que os destinatários, constantes do demonstrativo de fls. 42 a 241, que fundamenta à atuação, são estabelecimentos comerciais, diz que, desenvolvendo diligências, com destaque para 7 destinatário das mercadorias, pessoas físicas, foi observado a “*habitualidade*” com que as compras eram feitas, as “*quantidades*” compradas e os “*valores*” totais por CPF, conforme descrito na Informação Fiscal à fl. 538, denota, à luz do seu entendimento, o intuito comercial, o que estaria o deficiente obrigado a efetivar o imposto acobertado pelo o intuito da substituição tributária, na qualidade sujeito passivo por substituição, conforme dispõe os termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor.

Compulsando as documentações acostadas aos autos às fls. 548 à 553 (fotos) de estabelecimentos que diz terem sido o destino final das mercadorias adquiridas pelas 7 pessoas físicas acima citadas, não me apresenta contundente para acatar afirmação do autuante de que as mercadorias adquiridas pelos mesmos foram entregues nos endereços destacados nas fotos, apenas pelo fato de que, quando do desenvolvimento de diligência para apurar o possível ilícito fiscal, uma das pessoas físicas destinatária das mercadorias, Sr. Lourival Souza Mota (CPF 168.536.445-49) estava no estabelecimento de I.E. nº 96.586.720, e ter dito que “*hoje a empresa pertence a outra pessoa*”; ou que a pessoa física, o Sr. Humberto Barreto dos Santos (CPF 123.679.825-20), seja esposo de Regina, que é a proprietária do estabelecimento de I.E. 79.606.131; ou que a pessoa física, o Sr. Andre Luiz Peixoto Costa (CPF 977.824.755-20) seja filho do proprietário do estabelecimento de I.E. 29.586.145; ou que a pessoa física, o Sr. Alan Mendes de Menezes (CPF 046.781.665-48) seja filho do Sr. Vanilton Caldas um dos sócios do estabelecimento I.E. 55.325.361; ou que a pessoa física, o Sr. Gilvan de Jesus Costa (CPF 025.265.345-93) seja um dos funcionários do estabelecimento de I.E. 49.727.966, ou que a pessoa física, o Sr. Andre Eloy de Abreu (CPF 011.972.825-72) seja uma pessoa que está ligado a diversas empresas na cidade, e que o estabelecimento de I.E. 38.265.268, nome de fantasia RECOMPRAL, vai de uma rua a outra, e que, segundo um funcionário, “*a Rua Barão do Rio Branco é a que fica nos fundos da loja e é por lá que as mercadorias são descarregadas*”.

Associado a essas considerações, é de se observar que o demonstrativo de débito que fundamenta a infração 6 acostado aos autos às fls. 42 a 241, são discriminadas operações de vendas de mercadorias não menos que 200 (duzentos) ou mais pessoas físicas, sem acostar qualquer outro elemento probante de que são estabelecimentos comerciais, o que não me apresenta assertivo afirmar que essas vendas são simulações de operações de vendas a consumidores finais, para o sujeito passivo desobrigar do recolhimento do ICMS acobertado pelo instituto da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo, conforme depreende os termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor.

Mesmo porque, poder-se-ia ter um indício de uma simulação de venda à consumidor final, quando na realidade seria uma operação de venda a estabelecimento comercial, caso se constatassem que as vendas praticadas, constante do demonstrativo e débito que fundamenta a infração 6 acostado aos autos às fls. 42 a 241, apresentasse uma regularidade temporal (*mensal, bimestral, quiçá trimestral ou semestral*) para uma mesma pessoa física associado à quantidade de produto comercializado, que dispersasse de uma linha normal aceitável de consumo. Neste aspecto, não observo qualquer desvio de normalidade de venda a um consumidor final para o tipo de mercadoria – *ferragens e materiais de construção* - objeto da autuação, que venha desabonar a operação, e que por isso estaria o sujeito passivo simulando venda a consumidor final, para desobrigar dos termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor.

Aliás, mesmo os casos de vendas (fls. 538) destacados pelo Agente Fiscal, que diz caracterizar a acusação de simulação de venda a consumidor final, observo que o volume de vendas praticados de forma individual está dentro da margem aceitável de consumo de uma pessoa física, para os tipos de mercadorias transacionadas – *ferragens materiais de construção* - bem assim não vejo, nos autos, nenhum demonstrativo, nem tampouco qualquer argumento

elucidativo do autuante, relacionado ao elemento temporal da efetivação dessas operações de vendas, que possa caracterizar uma operação de venda com fins de comercialização, conforme posto na descrição dos fatos da autuação.

Em sendo assim, não vejo que se possa caracterizar a simulação de venda a consumidor final apenas acostando aos autos um demonstrativo relacionando operações de vendas a mais de 500 (quinhentos) pessoas físicas (fls. 22/540), sem tampouco apresentar uma amostra significativa de elementos probantes de que essas operações seriam simulações de vendas a consumidor final, exceto quanto a 7 pessoas físicas, sobretudo, por quanto os elementos acostados aos autos, relacionados as essas 7 pessoas físicas, não são contundentes para se afirmar, em relação a elas mesmas, que foram com objetivo de comercialização. Infração 6 não caracterizada.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restarem procedentes as Infrações 2, 3, 4 e 5 dado o reconhecimento e pagamento pelo autuado, cujos valores deverão ser homologados, a infração 1, também, procedente e a infração 6 improcedente, dados os argumentos acima destacados.

#### VOTO DIVERGENTE/Quanto a infração (06)

Peço vênia para discordar do ilustre relator só quanto à conclusão do seu voto no tocante à infração nº 6. É que a fundamentação construída pelo sr. relator está calcada basicamente na ausência ou insuficiência de elementos probatórios para respaldar a acusação fiscal.

Em diversos trechos da decisão está revelada essa circunstância da ausência ou da falta de provas mais robusta quanto aos fatos motivadores da autuação. Vejamos então, a partir de transcrições do texto construído pelo próprio relator:

*"Compulsando as documentações acostadas aos autos às fls. 548 à 553 (fotos) de estabelecimentos que diz terem sido o destino final das mercadorias adquiridas pelas 7 pessoas físicas acima citadas, não me apresenta contundente para acatar afirmação do autuante de que as mercadorias adquiridas pelos mesmos foram entregues nos endereços destacados nas fotos, apenas pelo fato de que, quando do desenvolvimento de diligência para apurar o possível ilícito fiscal, uma das pessoas físicas destinatária das mercadorias, Sr. Lourival Souza Mota (CPF 168.536.445-49) estava no estabelecimento de I.E. nº 96.586.720, e ter dito que "hoje a empresa pertence a outra pessoa"; ou que a pessoa física, o Sr. Humberto Barreto dos Santos (CPF 123.679.825-20), seja esposo de Regina, que é a proprietária do estabelecimento de I.E. 79.606.131; ou que a pessoa física, o Sr. Andre Luiz Peixoto Costa (CPF 977.824.755-20) seja filho do proprietário do estabelecimento de I.E. 29.586.145; ou que a pessoa física, o Sr. Alan Mendes de Menezes (CPF 046.781.665-48) seja filho do Sr. Vanilton Caldas um dos sócios do estabelecimento I.E. 55.325.361; ou que a pessoa física, o Sr. Gilvan de Jesus Costa (CPF 025.265.345-93) seja um dos funcionários do estabelecimento de I.E. 49.727.966, ou que a pessoa física, o Sr. Andre Eloy de Abreu (CPF 011.972.825-72) seja uma pessoa que está ligado a diversas empresas na cidade, e que o estabelecimento de I.E. 38.265.268, nome de fantasia RECOMPAL, vai de uma rua a outra, e que, segundo um funcionário, "a Rua Barão do Rio Branco é a que fica nos fundos da loja e é por lá que as mercadorias sao descarregadas".*

*"Associado a essas considerações, é de observar que o demonstrativo de débito que fundamenta a infração 6 acostado aos autos às fls. 42 a 241, são discriminadas operações de vendas de mercadorias não menos que 200 (duzentos) ou mais pessoas físicas, sem acostar qualquer outro elemento probante de que são estabelecimentos comerciais, o que não me apresenta assertivo afirmar que essas vendas são simulações de operações de vendas a consumidores finais, para o sujeito passivo desobrigar do recolhimento do ICMS acobertado pelo instituto da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo, conforme depreende os termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor".*

(...) "não vejo, nos autos, nenhum demonstrativo, nem tampouco qualquer argumento elucidativo do autuante, relacionado ao elemento temporal da efetivação dessas operações de vendas, que possa caracterizar uma operação de venda com fins de comercialização, conforme posto na descrição dos fatos da autuação".

"Em sendo assim, não vejo que se possa caracterizar a simulação de venda a consumidor final apenas acostando aos autos um demonstrativo relacionando operações de vendas a mais de 500 (quinhentos) pessoas físicas (fls. 22/540), sem tampouco apresentar uma amostra significativa de elementos probantes de que essas operações seriam simulações de vendas a consumidor final, exceto quanto a 7 pessoas físicas, sobretudo, por quanto os elementos acostados aos autos, relacionados as essas 7 pessoas físicas, não são contundentes para se afirmar, em relação a elas mesmas, que foram com objetivo de comercialização. Infração 6 não caracterizada".

Frente à fundamentação acima transcrita entendo ser mais adequado se declarar a nulidade do item 6 do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, inc. IV, letra "a", do RPAF/99, visto que o lançamento de ofício, neste específico item, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do item 6 do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299131.0133/13-2, lavrado contra **NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.042,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$73.656,62, e 150%, sobre R\$386,18, previstas no art. 42, incisos II, "a" e "f"; V, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2014.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO –JULGADOR/VOTO DIVERGENTE  
(Quanto Infração (6)