

**A. I. Nº** - 114155.0301/12-6  
**AUTUADO** - INDUWAL COMÉRCIO DE MATERIAIS INDUSTRIAIS LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO CESAR CARVALHO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09.08.2016

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0057-06/16**

**EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a.1) DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. a.2) POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b) MULTA. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Itens reconhecidos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS COM FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. a) OPERAÇÕES NORMAIS. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Uma vez comprovada à tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Houve a comprovação do pagamento do imposto antecipado em relação a algumas notas fiscais constantes do demonstrativo de débito da infração. Ficou demonstrado que alguns pagamentos foram efetuados após o início da ação fiscal. Mantido o lançamento para esses itens da autuação. Item procedente em parte. b) OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Razões de defesa não elidem a acusação fiscal. Infração subsistente. b.2) MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. NULIDADE. Há uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, que é de glosa do crédito fiscal, por utilização indevida de ICMS não recolhido, referente à antecipação parcial decorrente de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação para comercialização. Tal desconformidade, inquina de vício insanável a autuação, por se tratar de natureza de infração distinta, o que não é possível efetuar sua correção na presente autuação. Concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento fiscal, na forma do inciso IV, art. 18, do RPAF-BA/99, em que represento à autoridade fazendária competente para a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, na forma do art. 21, combinado com o art. 156 do mesmo diploma legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM****

**PARTE. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2012, exige o débito, no valor de R\$200.747,96, inerente ao ano de 2011, conforme documentos às fls. 13 a 53 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração do ICMS. Lançado ICMS no valor de R\$5.918,17, conforme demonstrativo de fl. 13.

INFRAÇÃO 2 – 04.05.09 – 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 terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadoria sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Lançado ICMS no valor de R\$341,68, conforme demonstrativo de fls. 14 a 15.

INFRAÇÃO 3 – 04.05.08 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração de entrada de mercadoria sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Lançado ICMS no valor de R\$1.708,39, conforme demonstrativo de fls. 16 a 17.

INFRAÇÃO 4 – 04.05.03- Omissão de saída de mercadorias isentas e / ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Lançado multa no valor de R\$50,00, conforme demonstrativo de fls. 18.

INFRAÇÃO 5 – 07.15.03 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. Lançado multa no valor de R\$13.472,39, conforme demonstrativo de fls. 19 a 21.

INFRAÇÃO 6 – 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Lançado ICMS no valor de R\$103.241,28, conforme demonstrativo de fls. 22 a 38.

INFRAÇÃO 7 – 07.01.03 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade de próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Lançado multa no valor de R\$76.016,05, conforme demonstrativo de fl. 39.

Às fls. 71 a 86 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual, em relação às infrações 1, 2, 3, 4 e 6, concorda com os termos da acusação; por sua vez, em relação às infrações 5, 6 e 7, requer suas nulidades, ou se assim não entender este Órgão Julgador, requer que sejam julgadas improcedentes, conforme os seguintes esclarecimentos:

Sobre as preliminares de nulidade das infrações de nºs 5, 6 e 7, destaca que o nobre autuante não traz aos autos provas das infrações impostas, quais sejam, as notas fiscais de entrada relacionadas nos seus demonstrativos, e livro de entrada.

No que se refere, especificamente, a infração 5, destaca que a multa moratória aplicada não

procede haja vista que houve o regular pagamento do imposto referente a antecipação parcial, conforme DAE's que diz anexar.

No mérito da infração 06, destaca que, em que pese não ter havido o suposto recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, o imposto não poderia ter ser cobrado haja vista que as ditas mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas pelo fiscal autuante foram tributadas na saída normalmente.

Diz que se pode observar, tal afirmação, mediante as notas fiscais de saída colocadas a disposição para exame de fiscal estranho ao feito, sendo devido meramente a multa moratória, conforme estabelece o § 1º do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Quanto ao mérito da infração 7, destaca que o fiscal, desviando dos roteiros habituais de fiscalização, exige multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade de próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, utilizando como base de cálculo os valores consignados no livro Registro de Apuração de ICMS na qualidade de créditos fiscais decorrente do imposto pago a título de antecipação parcial.

Nesse sentido, observa que a base de cálculo utilizada não possui qualquer relação com a infração imputada, muito pelo contrário, pois a multa imposta decorre do não pagamento do imposto por antecipação de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e que fora tributada normalmente na saída, e a base de cálculo utilizada representa o próprio pagamento do imposto ora a título de antecipação parcial, representando, assim, uma infração sem quaisquer indícios de materialidade, por completa falta de conexão entre a infração imputada e a prova produzida aos autos, e um arbitramento sem qualquer previsão legal.

Retornado às preliminares de nulidade das infrações 5, 6 e 7, observa que o Fisco imputa ao contribuinte as infrações, mas não prova sua materialidade, pois não colaciona aos autos documentos e livros fiscais necessários para constatação das infrações, quais sejam:

<b>Infração</b>	<b>Documentos Necessários para Provar a Infração</b>	<b>Documentos Ausentes</b>
Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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.	- Notas Fiscais de Entrada, relacionadas pelo fiscal autuante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e Livro de Apuração do ICMS;	- Notas Fiscais de Entrada, relacionadas pelo fiscal autuante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação;
Efetou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas no anexos 88 e 89.	- Notas Fiscais de Entrada, relacionadas pelo fiscal autuante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e que sofrem Substituição Tributária, e Livro de Entrada;	- Notas Fiscais de Entrada, relacionadas pelo fiscal autuante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e que sofrem Substituição Tributária, e Livro de Entrada;
Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade de próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída	- Notas Fiscais de Entrada, cujos valores servirão para compor a base de cálculo da infração fundada no imposto supostamente não pago, e Notas Fiscais de Saída, demonstrando que as	- Notas Fiscais de Entrada, cujos valores servirão para compor a base de cálculo da infração fundada no imposto supostamente não pago, e Notas Fiscais de Saída, demonstrando que as mercadorias foram tributados normalmente na

posterior tributada normalmente.	mercadorias foram tributados normalmente na saída;	saída;
----------------------------------	--	--------

Após traçar tais correlações, diz que se deve rechaçar qualquer "imperatividade" às suposições dos atos administrativos imputados, em especial as infrações destacadas, devendo ser declaradas nulas em razão de não conter elementos suficientes para determinar a infração no que reza o RPAF, no art. 18º, inciso IV, alínea "a", que destaca.

Traça outras considerações, consubstanciadas em posições de estudiosos da área, associadas a algumas decisões de julgados, ao tempo que solicita do Conselho da Fazenda Estadual julgamento nulo das infrações 5, 6 e 7, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações.

No mérito acerca da infração 5, destaca que o autuante imputa a multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. Entretanto, diz que o imposto foi devidamente recolhido, conforme se observa mediante DAE e extratos de pagamentos que diz anexar.

Observa que, a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionadas a sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, "*in casu*", a responsabilidade do autuado, carecendo de motivos que sustentem a autuação, visto que não ocorreu o descumprimento da obrigação principal. "*Ex positis*", aduz que não havia motivo para que a autuante imputasse a infração em comento, pois resta amplamente comprovado o recolhimento do ICMS em que se baseia a multa moratória imposta.

No mérito da infração 06, pontua que caso entenda ser devido o pagamento do imposto a título de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexos 88 e 89, o imposto não poderia ter sido cobrado haja vista que as ditas mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas pelo fiscal autuante foram tributadas na saída normalmente, conforme se observa mediante as notas fiscais de saída colocadas a disposição para exame de fiscal estranho ao feito, sendo devido meramente a multa moratória, conforme estabelece o § 1º do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Diz que tal fato pode ser amplamente demonstrado mediante exame por fiscal estranho ao feito das notas fiscais de saídas e livros de saídas, comprovando claramente não ser devido a imputação de obrigação principal ao autuado e sim meramente a multa moratória estabelecida no art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7014/96, que destaca.

Desta forma, assevera que, como meio de demonstrar o quanto alegado, coloca a disposição toda sua escrita fiscal, para que fiscal estranho ao feito examine no escritório de seus advogados localizados na Avenida ACM, nº 34, Edf. Serv Center, Sala 14, Itaipara, Salvador – Bahia em data e hora previamente agendado através dos telefones (71) 8863-2376, afim de que seja apurada a verdade material.

No que se refere ao mérito da infração 7, destaca que o autuante, desviando dos roteiros habituais de fiscalização, exige multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade de próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, utilizando como base de cálculo os valores consignados no livro de apuração de ICMS na qualidade de créditos fiscais decorrente do imposto pago a título de antecipação parcial.

Nesse sentido, observa que a base de cálculo utilizada não possui qualquer relação com a infração imputada, muito pelo contrário, pois a multa imposta decorre do não pagamento do imposto por antecipação de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e que fora

tributada normalmente na saída, e a base de cálculo utilizada representa o próprio pagamento do imposto ora a título de antecipação parcial, representando, assim, uma infração sem quaisquer indícios de materialidade, por completa falta de conexão entre a infração imputada e a prova produzida aos autos, e um arbitramento sem qualquer previsão legal.

Assim, diz que se pode perceber que não há qualquer relação entre a infração imputada e prova anexada aos autos para se demonstrar a materialidade da infração utilizada, inclusive, para fins de determinação da base de cálculo do imposto, representando, assim, uma presunção sem previsão legal e um arbitramento sem previsão legislativa.

Destaca que, como pode o autuante impor uma multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido supostamente pago por antecipação tributária, de responsabilidade de próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sobre o imposto recolhido a título de antecipação parcial recolhido tempestivamente e registrado no livro de apuração de ICMS?

Diz que é evidente que o autuante ignora que a base de cálculo de qualquer multa tributária deve ser o imposto não recolhido tempestivamente e não o imposto recolhido tempestivamente e registrado no livro Apuração de ICMS, exigindo, inclusive, a multa relativa a antecipação do imposto decorrente de mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária com base no imposto recolhido a título de antecipação parcial, representando, assim, uma notória incerteza da infração imputada.

Ainda, nesse contexto, o defendente faz o seguinte questionamento: a multa imposta é sobre o atraso do recolhimento da antecipação parcial ou da antecipação total referente às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária? Assim, diz que é evidente que a infração imposta é completamente nula por falta de certeza da infração imputada e por completa falta de materialidade, conforme determina o RPAF (art. 18).

Neste sentido, pugna pela completa nulidade da infração 07 por falta de elementos suficientes para se determinar a infração, cujo roteiro de fiscalização adotado pelo fiscal autuante não possui qualquer relação com a infração imputada e representa um arbitramento sem previsão legal.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada requer, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) julgue procedente o pedido para fins de desconstituir o crédito tributário in foco, decretando a procedência parcial do lançamento tributário que resultou na lavratura do Auto de infração de n.º 114155.0301/12-6, consoante as razões de direito acima destacadas.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 150 a 156 dos autos, aduz que o defendente reconhece as infrações 1, 2, 3 e 4. Por sua vez impugna as infrações 5, 6 e 7.

Sobre a multa moratória aplicada através da Infração 5 – 07.15.03 diz que a autuada alega que não procede haja vista que houve o regular pagamento do imposto referente a antecipação parcial. Para comprovar a sua afirmativa, anexou os comprovantes fls. 98/147 do PAF.

Diz que verificou os comprovantes apresentados pela defesa e constatou que realmente houve a comprovação do pagamento de algumas Notas Fiscais que estavam relacionadas no demonstrativo de fls. 19/21. Aduz que suprimiu essas Notas Fiscais e elaborou um novo demonstrativo.

Constata, também, em relação a infração 5, que os valores do ICMS devido por Antecipação Parcial referente aos meses de Jan/2011, Ago/2011 e Dez/2011 foram parcelados pelo próprio contribuinte, em 4 (quatro) parcelas, sem a devida solicitação e autorização da Secretaria da Fazenda e as parcelas pagas em 15/06/2012, 13/07/2012, 15/08/2012 e 14/09/2012.

Diz assim, que anexou o novo demonstrativo de debito da infração 5, não considerando os valores pagos para os meses de Jan/2011, Ago/2011 e Dez/2011, ressaltando, no entanto, que

mesmo que considerasse estes valores, em Jan/2011, a Nota Fiscal 3.436 com o valor de ICMS a antecipar de R\$ 102,00 originando uma multa no valor de R\$ 61,20 não consta na relação de Notas Fiscais apresentadas pela autuada (fl. 98), em Ago/2011 a Nota Fiscal 109 não consta na relação de Notas Fiscais apresentadas (fl. 127), perfazendo um valor de multa de R\$ 382,50, bem como, em Dez/2011 as Notas Fiscais 8.882 e 464 também não constam (fl. 142) perfazendo um valor de multa de R\$34,21.

Conclui, dizendo que demonstrou o equívoco da autuada ao querer comprovar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial e mantém parcialmente a infração conforme demonstrativo anexo (fls. 157/158).

Quanto a infração 6, diz que a autuada alega que embora não tenha havido o suposto recolhimento do ICMS por antecipação (fl. 79) deveria ser aplicada apenas a multa moratória conforme estabelece o § 1º do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96 já que a saída desta mercadorias foram tributadas normalmente na saída e para isto solicita uma análise por um fiscal estranho ao feito (fls. 79/83).

Assim, em relação a infração 6 diz que foi apresentado uma tese protelatória do pagamento do imposto devido, já que a autuada teve tempo e condições de anexar a este PAF provas materiais do seu argumento e não, somente, solicitar uma análise por um fiscal estranho ao feito. Assim, pede a manutenção da infração.

Quanto à infração 7, a autuada, com base no art. 18, II e IV “a” do RPAF, solicita a nulidade da mesma. Diz que reconhece que, realmente, ao classificar esta infração cometeu um equívoco, o qual procura corrigir agora. Para isto, diz se apoiar nos §§ 1º e 2º do art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999. Na verdade, diz que houve, pela autuada, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 40/53), uma utilização de um crédito fiscal, supostamente pago, e tendo como origem o pagamento do ICMS devido por Antecipação Parcial.

Ocorre que os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS não estavam totalmente pagos ou foram pagos posteriormente, conforme o demonstrativo “VALORES DE ICMS PAGOS POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL x CRÉDITOS DE ICMS UTILIZADOS CONFORME LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS”, que anexa às fl. 159 deste PAF.

Os valores pagos constam no Sistema INC da SEFAZ e anexa a relação de DAE's – ano 2011 e 2012 – nas folhas 161 a 169, e no demonstrativo que anexa (fl. 159), destaca os valores em vermelho que foram pagos posterior a sua utilização.

Afirma, então, que a infração cometida pela autuada foi: *“utilização indevida de crédito fiscal de icms não recolhido referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação”*. Para esta infração, elabora o quadro abaixo com o valor do ICMS devido.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa(%)	Valor Histórico
31/01/2011	09/02/2011	99.494,70	17%	60%	16.914,10
31/03/2011	09/04/2011	9.491,05	17%	60%	1.613,48
30/04/2011	09/05/2011	2.512,29	17%	60%	427,09
31/05/2011	09/06/2011	2.619,11	17%	60%	445,25
31/07/2011	09/08/2011	63.102,05	17%	60%	10.727,35
31/08/2011	09/09/2011	63.347,47	17%	60%	10.769,07
30/09/2011	09/10/2011	43.824,58	17%	60%	7.450,18
31/12/2011	09/01/2012	52.451,11	17	60%	8.916,69
<b>Enquadramento: Art. 93, inc. I-A e Art. 352-A do RICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97.</b>					
<b>Multa Aplicada: Art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei 7.014/96</b>					
<b>Total da Infração: 57.263,21</b>					

Reafirma que não utilizou os valores recolhidos nos meses de Jan/2011, Ago/2011 e Dez/2011 em virtude dos mesmos ocorrerem posterior a sua utilização e em alguns casos até mesmo depois da lavratura deste Auto de Infração. Assim, tendo corrigido a infração 7 do PAF e anulando qualquer perspectiva de nulidade como está previsto no RPAF solicita a sua procedência.

Ante o exposto, ciente de que procedeu dentro das normas de Auditoria, com a certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal executada, reafirma o trabalho executado e solicita, salvo melhor juízo, que o mesmo seja julgado parcialmente procedente.

O Contribuinte Autuado, voltando aos autos às fls. 174/189, apresenta manifestação acerca da informação fiscal, repetindo quase na sua totalidade os mesmos argumentos destacados na defesa às fls. 71/86, trazendo, aos autos, como fatos novos o que a seguir passo a destacar:

Diz que, nas folhas 150/156, o autuante apresenta informação fiscal alegando, sumariamente, que:

- a) na infração 5, o autuado comprova parcialmente o pagamento do imposto por antecipação parcial, reduzindo, assim, a multa moratória imposta para o valor de R\$5.626,53, conforme demonstrativo de folhas 157 e 158.
- b) na infração 6, o autuado não prova que as mercadorias que não houveram o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da federal e /ou do exterior relacionadas no anexos 88 e 89, tiveram tributação na saída normalmente.
- c) na infração 7, houve um erro sanável na infração imposta, apontando assim nova infração, qual seja, *“Utilização Indevida de crédito fiscal de ICMS não recolhido referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação”* e apresentando novos demonstrativos, consoante as folhas 155, 156 e 159, cujo valor da infração é reduzida de R\$76.016,96 para R\$57.263,21.

Neste contexto, diz que não procede as razões apresentadas pelo Fiscal Autuante, consoante as questões de fatos e de direito que ora passo a expor:

Preliminarmente, diz que o autuante não enfrenta as preliminares de nulidades aduzidas das infrações 5, 6 e 7, e repete todos os mesmos argumentos traçados na defesa. Por outro lado, no mérito, em relação a infração 6, o defendente repete, de forma literal, todos os argumentos traçado na defesa. Quanto as infrações 5 e 7, traz os mesmos argumentos da defesa, agora de forma resumida e apresentada conjuntamente para as duas infrações, onde ao final volta a frisar que não havia motivo para que o Fiscal Autuante imputasse as citadas infrações, pois resta comprovado o recolhimento do ICMS em que se baseia a multa moratória imposta, bem como o devido gozo dos créditos fiscais decorrente da antecipação parcial do imposto devidamente escriturados.

Retornando aos autos às fls. 464/465, o Fiscal Autuante destaca que, em relação as preliminares de nulidade, não procede as razões apresentadas pelo autuante, quanto a informação de que a acusação não prova sua materialidade, pois não colaciona aos autos documentos e livros fiscais necessários para constatação das infrações (notas fiscais de entradas e livro de apuração do ICMS). Informa que, quanto a materialidade, todos os documentos ou livros fiscais estão em poder do contribuinte, e que, de acordo com os demonstrativos anexados ao PAF, além dos arquivos magnéticos (SINTEGRA), fica provada a materialidade das diferenças cobradas.

Em relação ao mérito da infração 5, ratifica a informação prestada às fls. 150/156, mantendo parcialmente a infração conforme demonstrativo às fls. 157/159.

Em relação ao mérito da infração 6, diz que ao analisar as notas fiscais acostadas ao PAF (fls. 196/461), constatou que em sua grande maioria os produtos são vendidos com o CFOP 5403 (substituição tributária), onde não há o pagamento de imposto nas operações de saídas. Assim, fica demonstrada a necessidade do pagamento quando das entradas das mercadorias, não cabendo o que preceitua o § 1º, do art. 42, da Lei Estadual nº 7014/96. Assim, mantém integralmente esta infração.

Em relação ao mérito da infração 7, ratifica a informação prestada às fls. 150/156, corrigindo a infração, apoiado nos §§ 1º e 2º do Art. 18, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim mantém integralmente a infração, conforme correção às fls. 154/156.

Ante o exposto, ciente de que procedeu em conformidade com as normas de Auditoria, com a certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal executada, reafirma o trabalho executado e solicita, salvo melhor juízo, que o mesmo seja julgado parcialmente procedente.

Na sessão de julgamento do dia 13/10/2015, o sujeito passivo trouxe considerações sobre as operações relacionadas à infração 6, que diz respeito a acusação de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em que pese nenhum dos dois momentos que tivera a oportunidade de manifestar no processo ter argüido tal proposição, alega que as mercadorias advindas do Estado de São Paulo, objeto do demonstrativo de débito da infração às fls. 22/38, estariam acobertadas pelo Protocolo ICMS nº 104 de 10/8/09, signatários os Estados da Bahia e São Paulo.

Em sendo assim, tal Protocolo, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, **determina que as operações interestaduais, com as mercadorias listadas no Anexo Único, com NCM/SH, dentre outros 73.07 – acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas), de ferro fundido, ferro ou aço e 84.81– Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo**, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Neste sentido, à luz do entendimento do sujeito passivo, considerando que todos as operações do demonstrativo de débito da infração 6 (fls. 22/38), relaciona aos NCM/SH 73.07 e 84.81, e quase na sua totalidade são mercadorias advindas do Estado de São Paulo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes são os remetentes das mercadorias estabelecidos no Estado de São Paulo, os quais não poderia estar sendo exigido conforme os termos da infração 6, objeto em análise.

Por outro lado, há de se observar, no contexto do Protocolo ICMS nº 104/09, os termos da cláusula quinta, onde reza que imposto retido pelo sujeito passivo por substituição regularmente inscrito no cadastro de contribuintes na unidade federada de destino será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, na forma do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, ou outro documento de arrecadação autorizado na legislação da unidade federada destinatária.

Por sua vez, nos termos do § 5º, do art. 8º, da Lei 7.014/96, que rege o ICMS no Estado da Bahia, diz que a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto à contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

Aliado a essas considerações de ordem legal, foram observadas, pelo defendente, através do seu patrono o Advogado Victor Jose Santos Cirino, OAB/BA nº 22.097, também, na seção de julgamento, questões de ordem material na infração 6, conforme a seguir destacadas:

(1) qual é a origem da informação de ICMS recolhido constante do demonstrativo de débito às fls. 22/38 do auto? – por exemplo:

- qual a origem do valor de R\$4,72 de ICMS recolhido no mês de jan/2011?;
- qual a origem do valor de R\$13.291,02 de ICMS recolhido no mês de fev/2012?; e
- assim sucessivamente até dez/2011?;

(2) no mês de mar/2011, são destacados valores de recolhimento de ICMS para as notas fiscais nºs 15.674, 8.984, 2.386 e 9.164, ao mesmo tempo o demonstrativo apresenta um valor de ICMS recolhido para o citado mês de março de 2011 no montante de R\$13.304,81. Pergunta-se:



- qual a origem desse valor?
- esse valor contempla as informações de ICMS recolhidos das notas fiscais antes destacadas?
- desenvolvendo o somatório de recolhimento de ICMS de todas as notas destacadas acima não se chegará ao valor de R\$13.304,81.
- qual a origem da diferença para se alcançar o valor de R\$13.304,81. E assim para todos os demais meses do ano de 2011, objeto da autuação.

Isto posto, em consonância com o princípio da verdade material, a 5ª JF, decidiu converter o presente processo em diligência (fl. 171/173) a INFAZ de origem, **ao Fiscal Autante**, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- **primeiro**, acrescentar no demonstrativo uma Coluna indicando **quais contribuintes remetentes** das mercadorias **possuía inscrição estadual ativa no Estado da Bahia**, à época dos fatos geradores. Assim, para os casos identificados, verificar se o ICMS-ST foi destacado na NF-e, calculado correto e recolhido por GNRE ao Estado da Bahia. Confirmando, excluir a exigência do ICMS –ST do demonstrativo de débito da infração 6, em relação a cada operação;
- **segundo**, manter, **no demonstrativo de débito**, as NF-e relativos aos contribuintes remetentes das mercadorias que não possuía inscrição estadual ativa no Estado da Bahia, à época dos fatos geradores, bem assim as operações relacionadas com contribuintes que possuía inscrição estadual ativa no Estado da Bahia, porém não destacou o ICMS-ST na NF-e, nem tampouco efetuou qualquer recolhimento do imposto ao Estado da Bahia;
- **terceiro**, indicar no demonstrativo de débito da infração 6 (fls. 22/38) **o que compõe cada valor mensal de ICMS recolhido – GNRE, DAE-ST - de forma que se possa identificar a origem dos montantes mensais indicados**. Exemplo: em relação ao valor indicado de R\$13.291,02 de ICMS recolhido no mês de março, destacar quanto foi de ICMS-ST decorrente de arrecadação por GNRE e quanto foi de ICMS ST, decorrente de arrecadação por DAE. E assim para todos os meses da autuação, constante do demonstrativo de débito da infração;
- **quarto**, mediante termo de intimação, **solicitar do Contribuinte Autuado**, apresentar um relatório/planilha, conforme os termos de sua defesa à fl. 79, que indique quais as mercadorias constante do demonstrativo de débito da infração 6 (fls. 22/38), foram tributadas nas saídas, apensando documentação que se possa comprovar tal assertiva.
- após proceder as providências acima destacadas, havendo resíduo a ser exigido na infração 6, objeto em análise, **apresentar novo demonstrativo de débito**, agora com todos os erros de forma, acima destacados, devidamente corrigidos.

O Fiscal Autante às fls. 477/479, assim posiciona em relação a infração 6, conforme os termos do pedido de diligência da 5ª JF (fl. 171/173):

- primeiro, afirma que, conforme solicitado, acrescentou no demonstrativo uma Coluna indicando as inscrições estaduais dos contribuintes remetentes das mercadorias. Diz que as notas fiscais que apresentaram os cálculos do ICMS ST, em sua maioria, houve o recolhimento, que fora devidamente considerados na coluna ICMS RECOLHIDO GNR;
- segundo, diz que manteve as notas fiscais relativas aos contribuintes que não possuíam inscrição estadual ativa no Estado da Bahia, bem como as notas fiscais de remetentes que possuíam inscrição estadual mas não efetuaram o devido recolhimento;
- terceiro, observa que indicou, no novo demonstrativo, os recolhimentos do imposto realizado em três colunas – “os recolhimentos realizados através das guias GNREs”, “os recolhimentos com código 1187 ICMS ST”, além dos recolhimentos com código 2175 Antecipação Parcial” - visto que durante a fiscalização não detectou mercadorias que não fossem da Substituição

#### Tributária.

- por fim, diz que anexou aos autos (fl. 497) intimação ao autuado solicitando apresentar um relatório/planilha, conforme termos de sua defesa à fl. 79, que indique quais mercadorias, constante do demonstrativo de débito da infração 6 (fl. 22/38), que foram tributadas nas saídas, pensando documentação que se possa comprovar tal assertiva.

Vê-se nos autos que o Órgão competente da INFAZ deu ciência ao autuado, mediante intimação à fl. 499, do resultado da nova informação fiscal, onde se constata a ciência do contribuinte/preposto/representante legal em 29/0/2016.

Às fls. 502/503, vê-se manifestação do autuado repisando algumas pequenas considerações sobre o resultado da informação fiscal, em relação à infração 6, já posta anteriormente quando de sua defesa às fls. 71/86, ao tempo que solicitação prorrogação do prazo de 10 (dez) dias concedidos, para 30(trinta) dias, em relação a apresentação de relatório/planilha que indique quais mercadorias, constante do demonstrativo de débito da infração 6 (fl. 22/38), que foram tributadas nas saídas, conforme os termos da sua alegação de defesa.

À fl. 506, o Órgão competente da INFAZ retorna os autos ao CONSEF, para julgamento do PAF ou decisão na concessão do pleito do defendente, relativo ao pedido de prorrogação destacado no parágrafo anterior, vez que o Fiscal Autuante do feito encontra-se aposentado.

#### VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos, exceto quanto a infração 7, que há uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, conforme as considerações apresentadas adiante no presente voto.

Refuto, portanto, o pedido de nulidade argüido pelo defendente, em relação às infrações 5 e 6, por falta de prova de sua materialidade, quanto a justificativa de que não fora colacionado aos autos documentos e livros necessários para constatação das infrações. Nesse aspecto, como bem destacou o autuante, todos os documentos e livros fiscais estão em poder do contribuinte, e que, de acordo com os demonstrativos anexados ao PAF, resta provado a materialidade das imputações destacadas nas infrações, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla Defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de Defesa com plenitude, conforme análise no decorrer do presente voto.

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 e dos julgadores na análise da lide, em especial porquanto o autuante, bem assim o defendente, em sede de informação fiscal, terem manifestados nos autos com razões e contra-razões sobre os argumentos traçados pelas partes.

Não obstante o indeferimento do pedido de diligência, de uma forma geral, para as infrações 5, 6 e 7, na sessão de julgamento do dia 13/10/2015, o sujeito passivo trouxe considerações sobre as operações relacionadas a infração 6, onde, em consonância com o princípio da verdade material a 5ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência a INFAZ de origem, direcionada ao Fiscal Autuante, para que fossem adotadas as providências destacadas às fls. 171/173, o que foi cumprida na forma da informação fiscal às fls. 477/479.

O Órgão competente da INFAZ deu ciência ao autuado, mediante intimação à fl. 499, do resultado da nova informação fiscal. Ao tomar ciência dos termos da nova informação fiscal, na forma do

documento acostado às fls. 502/503, vê-se manifestação do autuado repisando algumas pequenas considerações sobre o resultado da informação fiscal, em relação à infração 6, já posta anteriormente quando de sua defesa às fls. 71/86, ao tempo que solicitação prorrogação do prazo de 10 (dez) dias concedidos, para 30 (trinta) dias, em relação a apresentação de relatório/planilha que indique quais mercadorias, constante do demonstrativo de débito da infração 6 (fl. 22/38), que foram tributadas nas saídas, conforme os termos da sua alegação de defesa.

Por sua vez, à fl. 506, o Órgão competente da INFAZ retorna os autos ao CONSEF, para julgamento do PAF ou decisão do CONSEF em relação concessão ou não do pleito do defendente, relativo ao pedido de prorrogação destacado no parágrafo anterior. Neste contexto, dado que o pedido de diligência, ora em análise, fora motivado por argumentações do próprio defendente na primeira sessão de julgamento do feito, dia 13/10/2015, portanto mais de 150 dias das suas argumentações de defesa, até a data da ciência (29/03/2016) do Termo de Intimação (fl. 497) para a apresentação de relatório/planilha que indique quais mercadorias, constante do demonstrativo de débito da infração 6 (fl. 22/38), que foram tributadas nas saídas; observo que tal pedido se apresenta como um ato protelatório do julgamento da lide, o que manifesto pelo seu indeferimento na forma do art. 147, § 2º, inc. I, alínea “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o valor de R\$200.747,96, relativo a sete irregularidades, tendo o autuado impugnado a quinta e a sétima relativa à cobrança de multa percentual de 60% sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial (art. 352-A, do RICMS/97) e total (art. 352, I, do RICMS/97) respectivamente, referentes às aquisições de mercadorias sujeitas à tributação normal e ao regime de Substituição Tributária, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente; e a sexta irregularidade, por ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação (art. 352-A, do RICMS/97), na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89; cuja análise da lide se restringirá. Em consequência, subsistem a primeira, segunda, terceira e quarta irregularidades, em decorrência do reconhecimento do sujeito passivo.

A Infração 5, a qual exige multa no valor de R\$13.472,39, diz respeito à aplicação de multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago 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, correspondentes as notas fiscais de entradas constantes do demonstrativo às fls. 19/21 dos autos, no ano de 2011, indo de encontro com as disposições do inciso II, c/c § 7º, do art. 125, do RICMS/97 (BAHIA), o qual dispõe que será recolhido o imposto por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, podendo efetuar tal recolhimento até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, desde que regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia e preencha, cumulativamente, alguns requisitos.

A controvérsia que se instala nesta autuação é de que o Fiscal Autuante aponta, no demonstrativo às fls. 19/21, notas fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, em que o sujeito passivo não teria pago a antecipação, quando da entrada da mercadoria no território baiano, nem tampouco no dia 25 do mês subsequente ao da entrada. Entretanto, o defendente diz que o imposto foi devidamente recolhido, conforme se observa mediante DAE e extratos de pagamentos que anexa às fls. 98/147 dos autos.

Em sede de informação fiscal, diz o autuante que verificou os comprovantes apresentados pela defesa e constatou que realmente houve a comprovação do pagamento de algumas Notas Fiscais que estavam relacionadas no demonstrativo de fls. 19/21. Aduz que suprimiu essas Notas Fiscais e elaborou um novo demonstrativo, conforme acostado às fls. 157/158 dos autos, reduzindo à

multa a imposta de R\$13.472,39 para o valor de R\$5.626,53.

Observa, ainda, o Fiscal Autuante, que alguns dos valores do ICMS devido por Antecipação Parcial referente aos meses de Jan/2011, Ago/2011 e Dez/2011 foram parcelados pelo próprio contribuinte, sem a devida solicitação e autorização da Secretaria da Fazenda, tendo as parcelas sido pagas em 15/06/2012 (fl. 99, 128, 143), 13/07/2012 (fl. 100, 130, 144), 15/08/2012 (fl. 101, 129, 145) e 14/09/2012 (fl. 102, 131, 146), os quais não foram considerados no demonstrativo conforme acostado às fls. 157/158, que reduziu a multa imposta para o valor de R\$5.626,53.

O Auto de Infração foi lavrado em 27/09/2012, com o procedimento fiscal iniciado em 26/07/2012, por meio do Termo de Apresentação de Livros e Documentos à fl. 8 dos autos. Em sendo assim, vê-se que todos os valores do ICMS devido por Antecipação Parcial, destacados no parágrafo anterior, que se relacionam as notas fiscais 27.473 (fl.157), 1.299 (fl.157), 868 (fl.157), 1.763 (fl.158), 1.769 (fl.158), 34.332 (fl.158), 9.148 (fl.158) e 2.778 (fl.158), pelo que se observa dos documentos acostados às fls. 99, 100, 101, 102, 128, 129, 130, 131, 143, 144, 145 e 146 dos autos, foram concluídos seus pagamentos em 15/08/2012 ou 14/09/2012, depois de iniciado o procedimento fiscal, onde não é aplicável o instituto da denúncia espontânea (§ único, do art. 138, do CTN), em relação à cobrança das multas sobre as notas fiscais constantes desses pagamentos na forma a seguir:

*Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.*

*Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.*

Isto posto, corroboro com o entendimento do autuante de que tais pagamento não devem ser considerados no levantamento da presente autuação. Ademais, há de se observar que as Notas Fiscais nºs 3.436, 375, 1.462, 1.489, 88, 3.500, 109, 5.809, 5.861, 109, 5.809, 5.861, 109, 245, 45.493, 4.228, 484, 180, 8.662 e 464, que, também, constam do demonstrativo de débito remanescente da infração 5 às fls. 157/158 dos autos não integraram o processo de parcelamento antes citado, nem tampouco fora comprovado, pelo defendente, o pagamento da antecipação parcial, daí sua manutenção na autuação. Logo, voto pela subsistência parcial da infração 5, reduzindo a multa, alterada em sede de informação fiscal, pelo próprio Fiscal Autuante, às fls. 157/158 dos autos, para o valor de R\$5.626,53, conforme a seguir:

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Multa(%)	Valor Histórico
31/01/2011	09/02/2011	717,37	60%	430,42
28/02/2011	09/03/2011	223,89	60%	134,34
31/03/2011	09/04/2011	1.086,46	60%	651,88
30/04/2011	09/05/2011	99,00	60%	59,40
31/05/2011	09/06/2011	218,74	60%	131,24
30/06/2011	09/07/2011		60%	0,00
31/07/2011	09/08/2011		60%	0,00
31/08/2011	09/09/2011	1504,90	60%	902,94
31/10/2011	09/11/2011	540,57	60%	324,34
30/11/2011	09/12/2011	883,05	60%	529,83
31/12/2011	09/01/2012	4.103,57	60%	2.462,14
<b>Total da Infração 5</b>				<b>5.626,53</b>

A Infração 6 exige ICMS no valor de R\$103.241,28, diz respeito a ter efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme demonstrativo às fls. 22/38 dos autos, relativo a todos os meses do ano de 2011, na forma do que dispõe o art. 125, do RICMS/97 (BAHIA), o qual reza que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, que é o caso objeto em análise, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às

subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação.

Pelo levantamento do demonstrativo de débito da infração acostado aos autos às fls. 22 a 38, vê-se a ocorrência de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição (art. 125), em grande monta para todos os meses do ano de 2011. Fato este não negado pelo autuado. A lide está no fato de que a autuada alega que embora não tenha havido o suposto recolhimento do ICMS por antecipação (fl. 79) deveria ser aplicada apenas a multa moratória conforme estabelece o § 1º do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, já que, sem apresentar qualquer documentação ou demonstrativo, diz que a saída dessas mercadorias foram tributadas normalmente.

Sobre a argumentação do defendente de que todas as saídas das mercadorias, relacionadas a todas as operações constantes do demonstrativo de débito da infração 6 às fls. 22/38, já teriam sido tributadas; na sessão de julgamento do dia 13/10/2015, em consonância com o princípio da verdade material, a 5ª JF, decidiu converter o presente processo em diligência a INFAZ de origem, direcionada ao Fiscal Autuante, para que fossem adotadas, entre outras providências destacadas às fls. 171/173, a emissão termo de diligência ao defendente no sentido de apresentar relatório/planilha que indique quais mercadorias, constante do demonstrativo de débito da infração 6 (fl. 22/38), que foram tributadas nas saídas, conforme os termos da sua alegação de defesa, ratificada na assentada de julgamento do dia 13/10/2015, o que foi cumprida na forma da documentação acostada à fl. 497 dos autos.

Sobre o demonstrativo de débito da infração 6, a 5ª JF, também decidiu solicitar do Fiscal Autuante, conforme os termos da diligência às fls. 171/173, em conformidade as disposições do § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, acrescentar informações no demonstrativo, com fulcro a trazer clareza e precisão na constituição do débito, o que foi atendido na sua totalidade, com a apresentação de nova planilha acostada aos autos às fls. 480/490, onde se vê a inserção das colunas: “*chave de acesso da nota fiscal*”, “*inscrição estadual do contribuinte substituto no Estado da Bahia nas situações que assim ocorreu*” e “*a informação de recolhimento do ICMS, agora desmembrado: GNRE, Código 1187 e Código 2175*” .

Ao tomar ciência da nova planilha acostada aos autos às fls. 480/490, que diz respeito a constituição do débito da infração, cujo valor se manteve em relação ao originalmente lançado, ou seja, R\$103.241,28, agora com vários considerando do Fiscal Autuante em sede de informação fiscal às fls. 477/480 dos autos; o defendente em nada acrescentou aos termos da sua manifestação de defesa ao posicionar às fls. 502/503 sobre os termos da nova informação fiscal, exceto quanto repisar de que “*a eventual tributação na saída das mercadorias não afasta a responsabilidade dos remetentes domiciliados em São Paulo*” bem assim, de que “*as mercadorias constantes do demonstrativo de débito da infração 6, foram tributadas na saída*” sem tampouco apresentar qualquer documentação que venha comprovar tal alegação.

Em sendo assim, nos termos do art. 141 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, se qualquer das partes aceitarem fato contra ela invocado, como é o caso do autuado, em relação à ocorrência de recolhimento a menor do ICMS por antecipação na forma da descrição dos fatos da autuação; mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, com a afirmação de que tais mercadorias saíram de seu estabelecimento tributadas, deve provar a alegação, o que não o fez em nenhum dos momentos que interveio no presente PAF, seja na manifestação de defesa às fls. 71/86, seja, na manifestação acerca da informação fiscal às fls. 174/189, ou seja, na nova manifestação de defesa às fls. 502/503. Desta forma, considerando o enquadramento da infração está em conformidade com a legislação, para a imputação relatada na descrição dos fatos, entendendo subsistente a infração 6.

A Infração 7, a qual exige multa no valor de R\$76.016,05, diz respeito ao percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade de próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme

demonstrativo de fl. 39 dos autos.

A autuada, assertivamente, com base no art. 18, II e IV “a” do RPAF, solicita a sua nulidade. Na realidade, como bem afirma o autuante, na informação Fiscal, ao apontar a infração cometeu o equívoco de aplicar multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária. Na verdade, diz que houve, pela autuada, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 40/53), utilização de crédito fiscal, supostamente pago, tendo como origem o pagamento do ICMS devido por Antecipação Parcial.

Observando o equívoco cometido, o Fiscal Autuante elabora novo demonstrativo para a infração 7, com enquadramento, agora, no art. 93, I-A, art. 352-A do RICMS/97, sob a perspectiva de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS não recolhido referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação.

Como tal, à luz dos destaques apontados, pelo autuante, na Informação Fiscal (fls. 154/156), em relação à infração 7, há uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal, que é de glosa do crédito fiscal, por utilização indevida de ICMS não recolhido, referente à antecipação parcial decorrente de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação para comercialização.

Tal desconformidade, inquina de vício insanável a autuação, por se tratar de natureza de infração distinta, o que não é possível efetuar sua correção na presente autuação. Concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento fiscal, na forma do inciso IV, art. 18, do RPAF-BA/99, em que represento à autoridade fazendária competente para a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, na forma do art. 21, combinado com o art. 156 do mesmo diploma legal

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restarem procedentes, pelo reconhecimento do sujeito passivo, as infrações 1, 2, 3 e 4 pelas considerações destacadas acima, também, totalmente procedente a infração 6, parcialmente procedente a infração 5 e nula a infração 7, com recomendação do refazimento do feito, a salvo das falhas apontadas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114155.0301/12-6**, lavrado contra **INDUWAL COMÉRCIO DE MATERIAIS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$111.209,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$109.501,13 e 100% sobre R\$1.708,39, previstas no art. 42, incisos II, alínea “b” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$50,00** e multa percentual no valor de **R\$5.626,53**, previstas nos incisos II, “d” e XXII, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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, 20 de julho de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR