

**PROCESSO** - A. I. Nº 114155.0301/12-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDUWAL COMÉRCIO DE MATERIAIS INDUSTRIAIS LTDA.  
**RECORRIDOS** - INDUWAL COMÉRCIO DE MATERIAIS INDUSTRIAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0057-06/16  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/07/2019

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0127-11/19

**EMENTA: ICMS. 1. 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 subsequentes, 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. Mantida a Decisão deste item. **b) OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Para melhor elucidar o lançamento desta imputação promoveu diligência, cujo resultado fora reduzido. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **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. Mantida a Decisão deste item. Afastadas as Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração que exige imposto e multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$200.747,96, sendo objeto da lide as seguintes infrações:

*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.*

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 6ª JJF proferiu a decisão unânime, pela Procedência Parcial da autuação, transcrita abaixo (fls. 512/525):

*“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 Vento	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
Total da Infração 5				5.626,53

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.”*

A 6ª JfF interpôs Recurso de Ofício em virtude da redução do crédito tributário.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, inicialmente fazendo uma descrição dos fatos que envolveram a ação fiscal.

Em sequência alega a ilegitimidade passiva pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária entendendo que o autuado não é legítimo em recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra Unidades da Federação e / ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, isto porque a obrigação tributária seria dos remetentes domiciliados no Estado de São Paulo relacionados pelo autuante na remessa das mercadorias com códigos NCM 7214, 7412, 3917, 3919, 3921, 8481 e 7507, havendo, inclusive, destaque do ICMS por substituição em muitas notas fiscais de entradas apontadas pelo autuante, conforme se observa algumas em anexo, fornecedores sediados em Estados de origem que existe convênio com o Estado da Bahia de retenção do ICMS segundo o Protocolo ICMS 104/09, devendo ser aplicado também o disposto no art. 295 do RICMS que regulamenta a matéria.

Requer a nulidade da ação fiscal em razão da falta de responsabilidade do autuado pelo pagamento do imposto nos termos da legislação citada.

Reunida em sessão de julgamento, em 04/05/2017, esta 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência, fls. 564/565, à INFAZ de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- i) Intimar o contribuinte para apresentar as notas fiscais objeto da autuação e GNRE pertinentes de recolhimento do ICMS-ST;
- ii) Refazer os demonstrativos das fls. 480/490, adotando o seguinte procedimento:
  - 1) Manter no levantamento fiscal, os valores exigidos relativos a mercadorias consignadas nas notas fiscais, dos contribuintes remetentes que não possuíam inscrição no Estado da Bahia e que não apresente GNRE correspondentes;
  - 2) Excluir do levantamento fiscal os valores do ICMS-ST que tenham sido destacados nas notas fiscais, cujo os produtos estejam relacionados nos Anexos de Convênios e Protocolos (em especial o Protocolo ICMS 104/09) e que os remetentes possuíam inscrição no Estado da Bahia.

Às fls. 569/570 o auditor fiscal diligente atende ao solicitado na referida diligência informando que:

(....)

*“Após análise dos documentos apresentados, elaboramos novo levantamento fiscal da substituição tributária nas entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da federação (Arts. 352 e 353, inciso I e II, do RICMS), devidamente retificado. Foram excluídas do levantamento as notas fiscais que não se referiam a operações efetivamente sujeitas à antecipação/substituição tributária, além da correção da base de cálculo em diversas operações, conforme espelhado no novo demonstrativo.”*

Intimado da conclusão apresentada pelo auditor, o sujeito passivo às fls. 592/597, manifestou que:

*“Contudo, após as conclusões dos trabalhos realizados, foram observados alguns erros no levantamento realizado pelo autuante:*

- 1) Não considerou o ICMS-ST devidamente retido pelos fornecedores, conforme apontado nas Notas Fiscais nºs 2938, 3537, 822, 23256, 18649, 23684, 28504, 986 e 2819, conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo;*
- 2) Considerou MVA superior ao percentual devido, conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo, pois ignorou que:*
  - 2.1) os fornecedores das Notas Fiscais nºs 112, 120, 139, 320, 165, 1986 e 471 eram optantes do Simples Nacional e as mercadorias fornecidas possuem o código NCM 7307 cuja MVA devida seria 33%, nos termos do item 52 do anexo único do Protocolo 26/2010 c/c o Convênio ICMS 35/11;*
  - 2.2) os fornecedores das Notas Fiscais nºs 367, 454, e 479 eram optantes do Simples Nacional e as mercadorias fornecidas possuem o código NCM 7412 cuja a MVA devida seria 31%, nos termos do item 69 do anexo único do Protocolo 26/2010 c/c o Convênio ICMS 35/11;*
  - 2.3) o NCM das mercadorias constantes na Nota Fiscal nºs 10418 é 7307, sendo devido, por tanto, uma MVA de 49,02% e não 56,87%;*
- 3) Ignorou a redução da base de cálculo das mercadorias de NCM 8481 das Notas Fiscais nºs 16616, 16889, 5243, 2016, 18338, 18959 e 54281 de 48,24% nos termos do art. 77, inciso I do RICMS-BA/97.*

Como fundamento das suas arguições, transcreveu cláusulas, primeira e segunda, do Convênio ICMS 35/11, item 52 e 69 do anexo único do Protocolo 26/2010 e ainda manifestações de juristas renomados como Hely Lopes Meireles.

Pugna que seja retificada as inconsistências no levantamento elaborado pelo autuante apontadas em planilha anexa, devidamente respaldada nas notas fiscais ora acostadas.

Em manifestação à fl. 634 o autuante confirma que procedem as inconsistências apontadas pela defesa, e informa que foram retificadas e novo demonstrativo de débito foi anexado ao PAF.

## VOTO

Consoante minuciosamente relatado, versam os autos, nesta fase procedimental, de Recursos de Ofício, abrangendo as infrações 5 e 7 e Voluntário, este último interposto com o objetivo de reformar o decisório de piso em relação à infração 06, conforme Acórdão JF nº 0057-06/16.

Assim, analisando em primeiro lugar o Recurso de Ofício, que teve por objeto as infrações 5 e 7, as quais tratam respectivamente de 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, multa no valor de R\$13.472,39, conforme demonstrativo de fls. 19 a 21 e 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, multa no valor de R\$76.016,05, conforme demonstrativo de fl. 39.

Na procedimentalidade, a decisão de piso confirmou, acertadamente, quanto à imputação 5, a procedência parcial, com base em revisão procedida pelo próprio autuante, que acolheu documentos e informações defensivas, comprobatórios do autuado, reduzindo a exigência

tributária para R\$5.626,53.

No que tange à infração 7, acolho inteiramente a decisão da 6ª JJF quando expressou que o autuante observou o equívoco cometido e procedeu uma revisão no item, porém alterando o enquadramento da infração na ação fiscal, o que de acordo com o previsto no inciso IV. Art. 18, do RPAF-BA/99, inquina de vício insanável a autuação por se tratar de natureza de infração distinta, o que não é possível corrigir na presente autuação, devendo ser mantida a decisão pela nulidade do presente lançamento fiscal.

Em suma, inexistente, na Decisão proferida pela 6ª JJF, qualquer falha ou omissão capaz de justificar a modificação do julgamento das infrações 5 e 7, objetos do Recurso de Ofício.

Concludentemente, no particular, mantenho integralmente o Acórdão recorrido, Negando Provimento ao Recurso de Ofício.

Apreciando o Recurso Voluntário, constata-se ter a Recorrente, de plano, reconhecido as imputações 01, 02, 03, 04, insurgindo-se apenas contra a infração 06.

Preliminarmente, o sujeito passivo suscitou a nulidade da autuação, arguindo a inobservância dos requisitos legais para lavratura do auto de infração, entendendo que não foi observado o princípio da motivação dos Atos Administrativos.

Nesse ponto, nenhuma razão assiste à Recorrente, na medida em que a ação fiscal foi executada no âmbito da legislação, encontrando-se todos os atos e imputações bem fundamentados pelo auditor autuante, além de ter sido o PAF, objeto de diligência para análise de documentos e esclarecimentos, e o autuado se manifestou, sobre as conclusões apresentadas.

De início, vale destacar que as razões recursais nada trazem de novo, restringindo-se a repetir as teses da peça impugnatória, as quais foram devidas e corretamente analisadas na decisão de primeira instância.

No mérito, o contribuinte, no que tange à infração 06, aduziu a nulidade da autuação alegando a ilegitimidade passiva do autuado pela responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Assim, após o exame do teor das razões recursais apresentadas, objetivando alterar a decisão com relação à infração 06, verifica-se não poderem prosperar, sendo válido registrar que o argumento trazido é exatamente o mesmo constante da Impugnação, o qual foi devidamente apreciado, valendo frisar que o sujeito passivo não colacionou aos autos qualquer elemento ou documento capaz de desconstituir a imputação, ressaltando que, para melhor elucidar o lançamento concernente à infração 06, esta CJF, em apelo ao princípio da verdade material, promoveu diligência, cujo resultado constou das fls. 635/647.

Não existe amparo legal para a tese da Recorrente de que, no regime de substituição tributária, o contribuinte que executa o fato gerador, nos termos da lei, é substituído na responsabilidade de recolhimento do ICMS por outro contribuinte (substituto) e, quando o contribuinte adquire mercadorias com ICMS pago por antecipação (substituição tributária), em princípio, não teria direito ao crédito, em razão da regra geral.

Ante o exposto mantenho a Procedência Parcial da infração 06 que, após as diligências realizadas, ficará no importe de R\$80.966,80 (somatório dos meses do demonstrativo às fls. 635/646).

OCORRÊNCIA	VL REMANESCIDO
JANEIRO/2011	7.668,92
FEVEREIRO/2011	8.215,87
MARÇO/2011	2.302,40
ABRIL/2011	5.305,89
MAIO/2011	3.565,65
JUNHO/2011	0,00
JULHO/2011	1.802,93
AGOSTO/2011	21.472,62
SETEMBRO/2011	5.073,48

OUTUBRO/2011	10.980,24
NOVEMBRO/2011	5.576,57
DEZEMBRO/2011	9.002,23
<b>TOTAL</b>	<b>80.966,80</b>

Quanto à alegação recursiva de que a Nota Fiscal nº 3318, não teria sido incluída no levantamento do autuante, o fiscal diligente demonstra que a mesma já foi devidamente considerada (fl. 657). Ressalte-se que, em assentada de julgamento, o Patrono da empresa concordou com o trabalho do diligente ao observar, de fato, que a nota fiscal questionada foi considerada a seu favor no demonstrativo realizado.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, ratificando a Decisão recorrida no que reporta à infração 06 e, de igual sorte, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, disso resultando a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração sob comento, devendo serem homologados os pagamentos já realizados. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o quadro abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	RECONHECIDO	5.918,17	5.918,17	5.918,17	60%
02	RECONHECIDO	341,68	341,68	341,68	60%
03	RECONHECIDO	1.708,39	1.708,39	1.708,39	100%
04	RECONHECIDO	50,00	50,00	50,00	-----
05	N.PROVIDO/PROC. EM PARTE	13.472,39	5.626,53	5.626,53	-----
06	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE	103.241,28	103.241,28	80.966,80	60%
07	N.PROVIDO/NULIDADE	76.016,05	0,00	0,00	-----
<b>TOTAL</b>		<b>200.747,96</b>	<b>116.886,05</b>	<b>94.611,57</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114155.0301/12-6**, lavrado contra **INDUWAL COMÉRCIO DE MATERIAIS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$88.935,04**, acrescido das multas de 60% sobre R\$87.226,65 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 XXII e II, “d” do citado artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido. Representa-se 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 referente à infração 7.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS