

**PROCESSO** - A. I. Nº 298920.0026/08-9  
**RECORRENTE** - CÍCERO FLORÊNCIO DA COSTA (SUPERMERCADO BOM PREÇO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0229-04/09  
**ORIGEM** - INFAZ PAULO AFONSO  
**INTERNET** - 10/09/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0249-11/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da JJF – Acórdão nº 0229-04/09, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado que foi em 17/11/2008, para exigir o ICMS no valor de R\$ 72.609,74 de ICMS, acrescido de multas no valor de R\$ 6.979,65, sob as seguintes imputações:

- 1- Entrada de mercadorias sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Valor de R\$ 6.758,82, resultante da aplicação da multa de 10% sobre os valores das mercadorias, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96;
- 2- Entrada de mercadorias não sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Valor de R\$ 220,83, resultante da aplicação da multa de 1% sobre os valores das mercadorias, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96;
- 3- Recolhimento a menos do imposto em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$ 49.243,29. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96;
- 4- Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Valor de R\$10.831,74. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96;
- 5- Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outros estados destinadas à comercialização. Valor de R\$12.534,71. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Na Decisão recorrida o respectivo voto foi exarado nestes termos, “*in verbis*”:

*O Auto de Infração exige R\$ 72.629,74 de ICMS – acrescido de multas -, em função de entrada de mercadorias sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (art. 322 do RICMS/BA); entrada de mercadorias não sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (art. 322 do RICMS/BA); recolhimento a menos do imposto em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (arts. 116; 124, I e 331, parágrafo 8º do RICMS/BA); falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas e / ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS/BA (arts. 371; 125, II, “b” e 61 do RICMS/BA) e falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente a aquisições de estados destinadas à comercialização (arts. 61, IX; 125, II, parágrafos 7º e 8*

*No tocante à infração 01, o sujeito passivo comprovou que algumas notas fi não escrituradas -, foram de fato registradas em livro próprio, a exemplo d*

105). Assim, acato a revisão fiscal efetuada pelo autuante à fl. 162, de forma que o valor exigido nesta infração fica reduzido de R\$ 6.758,82 para R\$ 5.224,63. Infração parcialmente elidida.

Não há lide quanto à infração 02, porquanto reconhecida pelo autuado, sendo que a mesma não será objeto de apreciação neste julgamento. Infração mantida.

No que se refere à infração 03, observo que o autuante refez os cálculos, aumentando o valor exigido, no demonstrativo de fl. 163 com base nos documentos de fls. 164 a 168 (notificações fiscais e pagamentos efetuados antes dos procedimentos de auditoria). Entendo que não merece abrigo a alegação do autuado de que o crédito apurado em dezembro de 2005 é de R\$ 100.492,32, e não de R\$ 39.960,77. A DMA deste período, de fl. 167, indica que não procede tal afirmação, assim como a cópia do livro Registro de Entradas de Mercadorias, de fl. 200. O sujeito passivo não juntou comprovantes indicativos de eventual erro na apuração do imposto neste mês. Desta forma, não acato o demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 163, tendo em vista que a infração restou agravada no valor de R\$. 49.428,92, mantendo os termos do demonstrativo de fl. 10, cujo ICMS cobrado é de R\$ 49.243,29. Infração parcialmente elidida.

No tocante à infração 04, constato que às fls. 109 a 154 o sujeito passivo comprovou o pagamento do ICMS por antecipação tributária relativo a algumas notas fiscais designadas no demonstrativo de fls. 13 e 14, a exemplo da NF número 072.261 (fl. 129). Assim, o autuante elaborou novos cálculos à fl. 169, excluindo todas as operações em que o autuado comprovou prévio pagamento. Porém, não acato o mencionado demonstrativo, elaborado pelo autuante à fl. 169, de forma que o valor exigido na infração 04 fica reduzido de R\$ 6.074,50 para R\$ 5.827,03. Infração mantida.

Relativamente à infração 05, o auditor fiscal manteve na íntegra a sua exigência (demonstrativo de fls. 170 a 173), pois alega que “o contribuinte não reconheceu o débito e nem apresentou justificativa”. Na manifestação sobre a informação fiscal, o autuado junta cópia do livro Registro de Entradas de Mercadorias do período de 12/2005 (fls. 184 a 200), onde entende existirem provas de que o autuante lançou indevidamente algumas notas fiscais relativas a este período. Não constatei qualquer evidência de que os valores do imposto referentes às notas fiscais – relativas a dezembro de 2005 -, designadas no demonstrativo de apuração do ICMS por antecipação parcial de fl. 173, foram indevidamente exigidos. O autuante juntou demonstrativo às fls. 18 e 19, na qual relacionou mercadorias sujeitas à antecipação parcial. O contribuinte não comprovou ter efetuado o recolhimento. Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 73.050,49.

No Recurso Voluntário, o sujeito passivo aduz, em síntese que anui com as infrações 1, 2, 3 e 4, que conforme a sua impugnação foram reapreciadas pelo autuante com posterior redução dos valores, admitindo que concorda com o teor da nova planilha.

No que tange à infração 5, insurge-se contra a posição do autuante e da 4ª JJF, arguindo que apesar de ter justificado mediante provas por ele ditas como verdadeiras do crédito do ICMS, que, contudo, não foram somadas no mês de dezembro de 2005, além da planilha com a descrição dos créditos destacados nas Notas Fiscais de Compras, que juntou também a Pasta de Notas fiscais daquele período fiscalizado.

Aduziu que apresentou um resumo de crédito e de débito, e que reconheceu este no valor de R\$1.839,61 (hum mil, oitocentos e trinta e nove reais e sessenta e um centavos), conforme consta dos autos, em sua impugnação.

Menciona que ao apresentar essa impugnação na INFAZ Paulo Afonso, juntou a pasta de arquivo com todas as notas para que o preposto fiscal aferisse e analisasse os créditos que não foram contabilizados ou somados no período de apuração do mês de dezembro de 2005, mas que nenhum retorno lhe foi dado a esse respeito, sem ter lhe ter sido dado ciência, entendendo que “cometeu um ato de constrição, no art. 18 do RPAF” e apela com lastro no art. 169, Inciso I, letra “B”, pedindo a reconsideração para que seja reformado o mérito, “vez que se trata de matéria de fato com fundamento de direito, argüido pelo recorrente e os fatos não apreciados nas fazes anteriores pelo o autuante e pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal”, ou seja, ali afirma que não houve a completa apreciação de sua defesa, requerendo seja-lhe deferida uma revisão pelo preposto fiscal de Paulo Afonso, em face da juntada da Pasta de Nota Fiscal de dezembro de 2005; que seja o PAF baixado em diligência, por uma Auditor estranho ao feito para que possa motivadamente proceder um exame documental, para “fechando o do recorrente”, julgar pela inconsistência da infração 5 – 07.15.01. encontra na “Encontra-se a pasta de Nota Fiscal sob a responsabilidade do autuante na CONTESTAÇÃO PARCIAL, protocolada em 13/02/2009.”

A PGE/PROFIS, às fls. 248/249, opina pelo não acolhimento do Recurso Voluntário, sob o argumento de que, das cinco infrações imputadas ao contribuinte, este não reconheceu a procedência da infração 5, cujo cerne consiste na falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos Anexo 88 e 89 do RICMS/BA.

Acrescentou que a imputação fiscal está devidamente tipificada conforme a legislação estadual e que o levantamento fiscal lastreia-se em notas fiscais extraídas do CFAMT, tendo o autuante quantificado detalhadamente, conforme se verifica das fls. 18/19, em cujo demonstrativo relacionou as mercadorias sujeitas à antecipação parcial, estando a autuação em atendimento a todos os requisitos, e que a documentação apresentada pelo recorrente não é hábil para comprovar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, tecendo considerações de que não consta dos autos nenhum documento correspondente à pasta de notas fiscais de dezembro/2005, apesar do contribuinte tê-la mencionado, contudo o que dos autos constam são cópias do livro de registro de entradas de ICMS e cópias de notas fiscais. Opinou pelo indeferimento do pedido de diligência fiscal, com esteio no art. 147, I, do RPAF/99, sob o fundamento de que o documento comprobatório de recolhimento de tributo por antecipação parcial é de responsabilidade do recorrente que deveria tê-lo acostado ao PAF.

## VOTO

Como visto, apenas quanto à infração 5 houve insurgências recursais, negando o sujeito passivo, veementemente, o seu cometimento e, por isso, postulou com base nos primados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, invocando, o seguinte:

*“Intenta com Recurso voluntário de acordo com o art. 169, Inciso I, letra “B”, pedindo a reconsideração dessa Câmara no sentido de seja reformada o mérito da primeira instância, vez que se trata de matéria de fato com fundamento de direito, argüido pelo recorrente e os fatos não apreciados nas fazes anteriores pelo o autuante e pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.*

*Isto posto, requer:*

*1 – Da R. Câmara de Julgamento do CONSEF, que solicite do autuante, o Sr. Haroldo da Silva em Paulo Afonso, a juntada da Pasta de Nota Fiscal de dezembro de 2005, para uma revisão;*

*2 – Que baixe em diligencia para um Auditor estranho ao feito para que possa motivado, fazer uma análise documental, fechando o levantamento com os dados do recorrente, **julgando inconsistente e insubsistente a INFRAÇÃO 05 – 07.15.01;**”*

A par disso, como elucidado na impugnação de fls. 177//179, menciona que sejam acolhidas como meios de prova a escrita fiscal com referência ao levantamento das notas fiscais que estavam na pasta do arquivo, que foram registradas, lançadas no livro de Entrada, não somadas no período de apuração do mês de dezembro/2005, que, por conter mais de 600 notas, preferiu deixá-las sob a responsabilidade da INFAZ, nesta pasta, quando requereu nova apreciação e a reconsideração pelo autuante, afirmando tratar-se de crédito destacado para utilização do recorrente.

O autuante, ao reportar-se sobre a infração 5, disse que não foi efetuada nenhuma alteração na planilha relativa à antecipação parcial, sob o entendimento de que o contribuinte não reconheceu o débito e nem apresentou justificativa e o considerou como devedor no valor apurado de R\$12.534,72, detalhado na planilha.

Neste contexto, sob as luzes do que preconiza o art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, que legitima que o pedido de diligência seja indeferido pelo julgador, quando considerar suficientes para formação de sua convicção os elementos dos autos ou quando a verificação for considerada impraticável, discordo das razões recursais, estando lícito o entendimento esposado pela JJF, posto que constato, de igual modo, que nos autos contêm elementos suficientes para formação do convencimento, sendo descabida a alegada de cerceio ao amplo direito de defesa, como bem observado também pela d. Procuradoria, o recorrente para comprovar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, autos apenas cópias do livro de Registro de Entradas de ICMS e cópias

Comungo, destarte, da mesma posição da primeira instância julgadora corroborado que foi pela d. Procuradoria.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### VOTO EM SEPARADO

Concordo com o voto da Relatora, pelo improvimento do Recurso Voluntário, porém entendo pertinente apresentar uma nova fundamentação.

Inicialmente, ressalto que o indeferimento ou deferimento do pedido de realização de diligência ou perícia depende do livre convencimento da autoridade julgadora, nos termos da legislação processual, não implicando, portanto, em nulidade da decisão, o indeferimento motivado, especialmente quando os autos demonstram a prescindibilidade da diligência ou perícia requerida.

Importante trazer à baila excerto do voto exarado pelo nobre Conselheiro Fábio de Andrade Moura nos autos do PAF nº 180573.0002/07-9, o qual ilustra perfeitamente meu posicionamento sobre a matéria:

*Deve-se analisar o terceiro fundamento invocado pelo contribuinte em sua prefacial de nulidade do processo, suscitada no Recurso Voluntário: o indeferimento do pedido de realização de perícia.*

*Como curial, o pedido de produção de prova deve ser devidamente fundamentado, para que sejam evitadas as medidas desnecessárias ao julgamento da controvérsia. O fato de integrar a lide não torna a parte dona do processo, muito menos tem ela o direito de ver deferidos todos os pedidos de produção das provas que entende suficientes para comprovar a legitimidade da tese defendida. No caso da prova pericial, com maior razão ainda, porque se trata do exame de determinada questão por profissional de conhecimentos específicos.*

No presente processo administrativo, o autuado interpôs Recurso Voluntário apenas em relação à quinta infração, na qual foi lançado o ICMS em razão da antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização no exercício de 2005, imputação esta apurada por meio de notas fiscais coletadas no CFAMT.

Analisando os documentos apensados aos autos, verifico que o sujeito passivo apresentou a sua impugnação (fls. 90 a 92), alegando, apenas, que não reconhecia o débito, sem apresentar nenhuma outra argumentação. O autuante, em sua informação fiscal (fl. 160), disse que não efetuou nenhuma alteração no valor apurado “visto que o contribuinte não reconheceu o débito e nem apresentou justificativa”. Não obstante isso, o autuado foi cientificado do teor da informação fiscal (fl. 174) e se manifestou, às fls. 177 a 179, dizendo que estava juntando fotocópias do livro Registro de Entradas para provar o lançamento das Notas Fiscais relacionadas pelo autuante, sobre as quais se estava cobrando as multas de 10% e 1%, penalidades estas que foram objeto das infrações 1 e 2 deste Auto de Infração.

Já em seu Recurso Voluntário, o sujeito passivo alegou que havia juntado uma pasta com todas as notas fiscais para o autuante analisar “os créditos que não foram contabilizados ou somados no período de apuração do mês de dezembro de 2005” e solicitou a esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que convertesse este PAF em diligência para que fiscal estranho ao feito pudesse “fazer uma análise documental, fechando o levantamento com os dados da recorrente”.

Fica claro, assim, que, em nenhum momento antes do Recurso Voluntário, o sujeito passivo requereu a realização de diligência, tendo o autuante procedido a algumas alterações relativamente às infrações 1, 3 e 4, apenas porque acatou as comprovações trazidas na impugnação, o que não ocorreu em referência à infração 5. Dessa forma, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte ou nulidade da Decisão recorrida, até porque, como dito acima, não houve pedido de diligência formulado pelo autuado antes da implantação da Primeira Instância.

No mérito, constato que, na infração 5, objeto do Recurso Voluntário, houve a antecipação parcial em dezembro de 2005.

O recorrente nada trouxe aos autos que pudesse desconstituir o lançamento de ofício. Nas manifestações anteriormente apresentadas, o sujeito passivo se referiu a uma pasta com 600 notas fiscais que teria sido entregue ao autuante para verificar o seu registro no livro de Entradas, na tentativa de afastar as penalidades de 10% e de 1% (infrações 1 e 2); ou para que fosse comprovada a regularidade dos créditos fiscais lançados na escrita – infrações que nada têm a ver com a que ora se examina – falta de recolhimento do tributo devido em razão da antecipação parcial.

Por outro lado, é entendimento já assente nesta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que, até a edição da Lei nº 10.847/07, que entrou em vigor a partir de 28/11/07 e introduziu a expressão “inclusive por antecipação parcial” à alínea “d” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não havia previsão expressa e específica para aplicação de multa por falta de recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial. Porém, a própria Lei nº 7.014/96 já previa até 27/11/07, na alínea “f” do inciso II do artigo 42, uma multa de 60% quando ocorresse qualquer hipótese de infração diversa daquelas ali previstas que importasse descumprimento de obrigação tributária principal, em que não houvesse dolo.

Tais fatos nos levam, então, às seguintes conclusões:

- 1) até 27/11/07 a falta de recolhimento ou o recolhimento a menos do ICMS em razão da antecipação parcial deve ser exigido com a multa de 60%, como indicado na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, tanto para empresas inscritas na condição de normal, como para aquelas enquadradas no SimBahia, uma vez que não havia previsão legal de multa específica para a hipótese;
- 2) após 28/11/07, a multa aplicável possui o mesmo percentual (60%), entretanto, com a alteração promovida pela Lei nº 10.847/07, deve ser capitulada na alínea “d” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para empresas inscritas na condição de normal, haja vista que o regime do SimBahia foi extinto no dia 30/06/07.

Consequentemente, deve ser retificada, de ofício, a capitulação da multa indicada na infração 5 para a alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, embora com o mesmo percentual indicado no auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº **298920.0026/08-9**, lavrado contra **CÍCERO FLORÊNCIO DA COSTA (SUPERMERCADO BOM PREÇO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.605,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “b”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$5.445,46**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

ALESSANDRA BRANDAO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SEI