

A. I. N° - 206915.0009/10-9
AUTUADO - SUPERMEDEIROS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 06.07.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, durante a ação fiscal, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado. Contudo, somente é devida a aplicação para os fatos geradores ocorridos a partir de novembro de 2007, em razão da alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, que modificou a redação da alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente insubsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** ÁLCOOL NÃO DESTINADO AO USO AUTOMOTIVO, ACONDICIONADO PARA VENDA NO VAREJO. **b)** HASTE FLEXÍVEL. **c)** PRODUTOS COMESTÍVEIS RESULTANTES DO ABATE DE GADO BOVINO, BUFALINO E SUÍNO. Refeitos os cálculos. **d)** BALAS INDUSTRIALIZADAS. Infrações caracterizadas em relação aos itens **a)**, **b)** e **d)**, parcialmente caracterizada em relação ao item **c)**. Não acolhida a arguição de nulidade. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. O art. 146 da Constituição especifica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo. Para o ICMS, especificamente, a Carta, no art. 155, § 2º, XII, relaciona as matérias em relação às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária. A diferença de alíquotas é prevista no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição. O art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96 têm plena validade formal e material. Este órgão de julgamento não tem competência para apreciar questões de constitucionalidade ou ilegalidade do direito posto. Contribuinte não comprovou recolhimento do ICMS reclamado. Infrações caracterizadas. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A escrituração do crédito fora dos períodos em que se verificar ou configurar o direito à utilização

do crédito somente poderá ser efetuada com observância das regras contidas nos incisos I e II, do § 1º, do Artigo 101, do RICMS/BA. Indeferido os pedidos de diligência, pois o próprio autuante revisou o levantamento fiscal, tendo o autuado recebido cópia dos novos demonstrativos e não mais questionou. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/11/2010, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$38.384,19, em razão de:

- 1- Multa percentual, no valor de R\$16.877,36, sobre o 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.
- 2- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor R\$1.086,01, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüente, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte não efetuou o recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas operações de compra em outra unidade da Federação, sem o ICMS Retido, de Álcool não destinado ao uso automotivo, acondicionado para venda no varejo (item 37 do Anexo 88 do RICMS/BA), durante o exercício de 2007, conforme Demonstrativo, vias e cópias de Nota Fiscais de aquisição da referida mercadoria, anexa ao Auto de Infração.
- 3- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor R\$205,21, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüente, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte não efetuou o recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas operações de compra em outra unidade da Federação, sem o ICMS Retido, de Hastes Flexíveis (item 14 do Anexo 88 do RICMS/BA), durante o exercício de 2007, conforme Demonstrativo, vias e cópias de Nota Fiscais de aquisição da referida mercadoria, anexa ao Auto de Infração.
- 4- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor R\$2.024,53, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüente, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte não efetuou o recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas operações de compra em outra unidade da Federação, sem o ICMS Retido, de Produtos Comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno (item 10 do Anexo 88 do RICMS/BA), durante o exercício de 2007, conforme Demonstrativo, vias e cópias de Nota Fiscais de aquisição da referida mercadoria, anexa ao Auto de Infração.
- 5- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor R\$553,36, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüente, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte não efetuou o recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas operações de compra em outra unidade da Federação, sem o ICMS Retido, (item 8 do Anexo 88 do RICMS/BA), durante o exercício de 2007, conforme Demonstrativo, vias e cópias de Nota Fiscais de aquisição da referida mercadoria, anexa ao Auto de Infração.
- 6- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$141,42, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

7- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$15.679,19, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

8- Escriturou em fevereiro de 2006 crédito fiscal, no valor de R\$ 672,62, fora do período em que se verificou a entrada das mercadorias, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, relativo as Notas Fiscais nºs 130, 131, 132 e 133, emitidas em 28/11/2005 por estabelecimento localizado na mesma cidade de Alagoinhas, pertencente à mesma empresa, sem ter observado o disposto no art. 101, § 1º, incisos I e II do RICMS/BA, conforme cópias das referidas notas fiscais e do referido livro Registro de Entrada nº 02 anexo aos autos.

9- Escriturou em fevereiro de 2006 crédito fiscal, no valor de R\$ 1.144,49, fora do período em que se verificou a entrada das mercadorias, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, relativo as Notas Fiscais nºs 3039, 3040, 3041, 3042 e 3043, emitidas em 20/12/2004 e as Notas Fiscais nºs 3475 e 3476, emitidas em 22/07/2005, por estabelecimento localizado na mesma cidade de Alagoinhas, sem ter observado o disposto no art. 101, § 1º, incisos I e II do RICMS/BA, conforme cópias das referidas notas fiscais e do referido livro Registro de Entrada nº 05 anexo aos autos.

O autuado às folhas 303/312 impugnou o lançamento tributário, inicialmente esclarece que sua atividade é a revenda de produtos sob o sistema varejista de supermercados.

Em relação as infrações 01 e 04, preliminarmente, requer nulidade alegando: *Os dados desprezados, por guardarem estreito vínculo com a exigência fiscal, demonstram a incerteza dos números apurados e inclusos no demonstrativo elaborado, requisito este que, na forma legal, apresenta-se indispensável para atingir o seu fim, sob pena de extinção do lançamento por cerceamento ao direito de defesa.*

Quanto as infrações 01 e 04, aduz que o autuante incluiu indevidamente as mercadorias Leite em pó [infração 01] e Lingüiça [infração 02], quando se sabe que os mesmos não integram o tratamento dado pela fiscalização. Entende que por este aspecto, a acusação constante do Auto de Infração padece de vícios insanáveis que o torna completamente imprestável para o fim que se destina, razão pela qual deverá ser revisado para excluir as mercadorias indevidamente enquadradas na sujeição da regra da antecipação tributária.

Relativamente as infrações 06 e 07 aduz que aos itens que se referem às operações de aquisições de bens destinados ao ativo fixo e consumo, com exigência do diferencial de alíquotas, embora a Constituição Federal faculte aos Estados a cobrança do ICMS, nas aquisições de bens para consumo, procedentes de outros estados, o Estado da Bahia, por sua própria conta, estendeu essa incidência também para os bens destinados a uso dos contribuintes, em flagrante excesso do exercício do direito de tributar, sendo inconstitucional o fisco do Estado da Bahia extrapolado o campo de incidência delimitado pela Constituição Federal.

Frisa que para que a incidência do imposto alcançasse, tanto os bens destinados ao "CONSUMO", quanto aos bens destinados ao "ATIVO FIXO", haveria o legislador constitucional que prever, expressamente, as duas hipóteses de incidência, dispondo que o imposto incidiria sobre: a operação de entrada de bens destinados a "CONSUMO" ou ao "ATIVO FIXO".

No tocante as infrações 08 e 09 salienta que se referem a um único tipo tributário, o descumprimento de obrigação acessória cuja capitulação infracional remete, equivocadamente, a falta de recolhimento da obrigação principal. No próprio corpo da autuação, o fiscal autuante informa que a dita infração seria: "Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria (...)" . Fundamentado a exigência no art. 101, § 1º, do RICMS. Ou seja, a falha detectada na auditoria de crédito foi que, o contribuinte teria deixado de comunicar, por escrito, a Inspetoria Fiscal a utilização do crédito.

Aduz que o conteúdo acessório da norma aplicável ao caso é irrefutável, não cabendo qualquer discussão, até porque, sequer é sugerido qualquer aspecto de inidoneidade da operação. Apenas e tão somente, ao utilizar o crédito que lhe era devido, fora do prazo de ingresso da mercadoria, não comunicou o fato a Inspetoria, inexistindo qualquer irregularidade na operação. Contudo, ao identificar a falha o fiscal adotou critério além da norma, cobrando o tributo da operação como se obrigação tributária principal houvesse sido descumprida.

Reitera que não se trata de utilização indevida de crédito fiscal, o crédito é devido, e o que de fato houve e o próprio fiscal autuou, foi a falta de comunicação à repartição. Deste modo, existindo uma infração de caráter acessório, sem prejuízo do recolhimento da obrigação principal, a única punibilidade que pode ser imposta ao contribuinte é a multa formal prevista no art. 42, Inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, citando doutrina relativa a matéria.

Ao finalizar, requer revisão por fiscal estranho ao feito e pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 315 e 316, em relação as infrações 01 a 04 aduz que foram embasadas na planilha denominada de Demonstrativo da Falta de Pagamento da Antecipação Parcial, integrante do presente Processo Administrativo Fiscal, fls. 12 a 20, cuja cópia foi entregue ao autuado, estando discriminadas todas as notas fiscais que foram acostadas aos autos à folha 21 a 245, indicando sua numeração, datas das entradas, produtos, base de cálculo, alíquotas, ICMS destacado e o ICMS devido pro Antecipação, com informações suficientes para tipificarem a ação infratora do contribuinte aos artigos 61, 125 e 352-A do RICMS/BA.

Quanto a infração 04 aduz que o contribuinte não recolheu o ICMS devido por substituição tributária nas compras em outras unidade da Federação de produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno (item 10 do Anexo 88 do RICMS/BA), sem o ICMS Retido, durante o exercícios de 2006 e 2007, conforme planilha acostado ao autos.

Entretanto, admite que houve um equívoco de sua parte quando incluiu, dentre as mercadorias sujeitas à Substituição Tributária prevista nos artigos 370, 373 e 376 do RICMS/BA e elencadas no item 10 do Anexo 88 do mesmo regulamento, o produto industrializado LINGÜIÇA, o que revisou e anexou novo levantamento, já excluindo o citado produto, informando que os novos valores são: 31/03/2006 - ICMS devido no valor de R\$113,77; 31/05/2006 - ICMS devido no valor de R\$ 496,60, totalizando R\$ 610,37.

Quanto as infrações 06 e 07 ressalta que as planilhas Demonstrativo da Falta de Pagamento da Diferença de alíquota, folha 265, indica o número da nota fiscal, data de entrada, os bens, UF de origem, alíquota de origem, alíquota interna e créditos fiscais destacados, além das cópias das notas fiscais à folha 266 a 274 e seus respectivos lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 275 a 284, tipificam a ação fiscal irregular do contribuinte ao comprar em outras unidades da Federação bens com alíquota de 7% para seu uso e para o ativo permanente, não tendo recolhido o ICMS Diferença de alíquota.

No tocante as infrações 08 e 09 assevera que o contribuinte além de não ter observado as exigências do artigo 101, § 1º, incisos I e II do RICMS/BA, para a possível utilização do crédito fiscal destacado nas respectivas notas fiscais que embasaram tais infrações, também não considerou o disposto no artigo 91 do mesmo regulamento, o qual transcreveu.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos, sendo intimado para se manifestar, entretanto silenciou.

VOTO

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em relação as infrações 01 a 04, sob a alegação de que os *dados desprezados, por guardarem estreito vínculo com a*

exigência fiscal, demonstram a incerteza dos números apurados e inclusos no demonstrativo elaborado, uma vez que a defesa não apontou quais seriam esses “dados” que por ventura não foram considerados.

Devo ressaltar que caberia ao contribuinte ter fundamentado sua alegação de nulidade, especificando quais dados, em seu entendimento, foram desconsiderados pela fiscalização, e quais seriam as consequências das supostas omissões. As imputações 01 a 04 encontram-se embasadas nas planilhas denominadas de Demonstrativo da Falta de Pagamento da Antecipação Parcial, fls. 12 a 20 dos autos, e Demonstrativo da Falta de Pagamento da Antecipação Total, fl. 246, que foram entregue ao autuado.

Nos demonstrativos foram discriminadas todas as notas fiscais que foram acostadas aos autos às folhas 21 a 245, indicando sua numeração, datas das entradas, produtos, base de cálculo, alíquotas, ICMS destacado e o ICMS devido pro Antecipação, com informações suficientes para tipificarem a ação infratora do contribuinte aos artigos 61, 125 e 352-A do RICMS/BA.

De posse de todos os demonstrativos, a defesa poderia fundamentar sua arguição de nulidade, entretanto, assim não procedeu.

De igual modo, não pode ser acolhida a arguição de nulidade de que a fiscalização teria incluído nas infrações 01 e 04 mercadorias não enquadradas na antecipação parcial (infração 01) e não enquadradas na antecipação tributária *total*, pois tratar-se de questão relativo ao mérito da autuação, que será analisada no momento próprio.

Por outro lado, apesar não ter sido levantada pela defesa, saliento que as infrações 02 a 05, em que pese constarem nas descrições iniciais das imputações que se referem a falta de retenção e recolhido da substituição tributária, no complemento da acusação consta que as mesmas são decorrente da falta do recolhimento relativas as entradas das mercadorias. Portanto, se referem a falta do recolhimento da Antecipação Tributária, conforme consta no próprio título do papel de trabalho que embasou as infrações: “**Falta de Antecipação Total.**”

Tal fato, em nada prejudicou o exercício do amplo direito de defesa do impugnante, que entendeu corretamente as infrações 02 a 05, inclusive, tendo apontados que mercadoria constante da infração 04 não estava enquadrada na substituição tributária.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Acerca do pedido de diligência para revisão do lançamento formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Ademais, o próprio autuante revisou o levantamento fiscal, tendo o autuado recebido cópia dos novos demonstrativos e não mais questionou. Infrações caracterizadas.

No mérito, na infração 01, quanto ao questionamento defensivo relativo ao leito em pó, conforme consta no demonstrativo que embasaram a infração o autuante considerou a redução da base e cálculo prevista no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA., não havendo reparo a ser feito.

Observo que a obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente,

independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

No mesmo sentido o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dispõe “No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Portanto, não podem ser acolhidos os argumentos defensivos de responsabilidade subsidiária ou de cobrança em duplicidade, uma vez que a obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: “*§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.”*

Entretanto, à época dos fatos geradores relativos aos meses de janeiro a outubro de 2007, no caso em tela, não obstante a obrigação de antecipar o imposto sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS não era tipificada como infração à legislação tributária, o que somente veio a ocorrer a partir da vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, ou seja, efeitos a partir de 28/11/2007, não sendo devido sua aplicação de forma retroativa, a teor do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Pelo que foi comentado acima, a multa lançada neste item da autuação, para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não era prevista nos meses citados. A redação atual da alínea “d”, do inciso II do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior era “d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;” e portanto, não contemplava a hipótese de “antecipação parcial”.

Desta forma, por falta de previsão legal, não é devida a aplicação da multa, no caso em tela, nas datas dos fatos geradores ocorridos nos meses de 01 de janeiro a 27 de novembro de 2007, ficando o valor da autuação reduzido para: Novembro/07 no valor de R\$ 54,43, pois somente é devido em relação Nota Fiscal nº 60390, 30/11/2007 e Dezembro/07 no valor de R\$ 2.129,35, conforme consta do lançamento original.

Logo, a infração 01 é parcialmente procedente, no valor de R\$ 2.183,78.

Nas infrações 02, 03 e 05, é imputada ao autuado a falta de pagamento da antecipação tributária, com já esclarecido acima, relativamente aos produtos: infração 02- Álcool não destinado ao uso automotivo, acondicionado para venda no varejo; infração 03- Haste flexível e infração 05- Balas industrializadas.

Observo que a defesa não apresentou nenhuma impugnação relativa ao mérito das infrações 02, 03 e 05, tendo apresentado apenas questões relativas a nulidade, argumentos que já foram analisados e afastados.

Portanto, entendo que as infrações 02, 03 e 05 restaram caracterizadas.

Quanto a infração 04, entendo que deve ser acolhida a alegação defensiva de que o autuante incluiu, indevidamente, mercadoria (lingüiça) que não estava incluída na substituição tributária, fato que foi acatado pela fiscalização, tendo o autuante revisado seu levantamento inicial, excluindo a mercadoria em questão, o que resultou na redução da infração para os valores de R\$113,77, relativo ao mês de março de 2006 e R\$ 496,60, relativo ao mês de maio de 2006, totalizando R\$610,37.

Acolho o novo demonstrativo revisado pelo fiscal autuante quando da informação fiscal, uma vez que restou comprovado a alegação defensiva. Ademais, o sujeito passivo recebeu cópia da informação fiscal e dos novos levantamentos, sendo intimado para se manifestar no prazo legal, porém, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140 do RPAF/99, o qual determina que *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Assim, entendo que a infração 04 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 610,37.

Nas infrações 06 e 07, é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (infração 06) e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (infração 07).

As infrações foram embasadas nas planilhas Demonstrativo da Falta de Pagamento da Diferença de alíquota, folha 265, indicando o número da nota fiscal, data de entrada, os bens, UF de origem, alíquota de origem, alíquota interna e créditos fiscais destacados, além das cópias das notas fiscais à folha 266 a 274 e seus respectivos lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 275 a 284, comprovando que o contribuinte comprou em outras unidades da Federação bens com alíquota de 7% para seu uso e para o ativo permanente, não tendo recolhido o ICMS Diferença de alíquota.

Em sua defesa o autuado não questiona os números apurados pela fiscalização, apenas questiona a constitucionalidade da legislação baiana. Em que pese este órgão de julgamento não ter competência para apreciar questões de constitucionalidade ou ilegalidade do direito posto, saliento que o art. 146 da Constituição Federal especifica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo. Para o ICMS, a Carta no art. 155, § 2º, XII, relaciona as matérias em relação às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária. A diferença de alíquotas é prevista no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição. O art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96 têm plena validade formal e material. Em sua defesa o contribuinte não comprovou o recolhimento do ICMS reclamado.

Logo, as infrações 06 e 07 restaram caracterizadas.

Nas infrações 08 e 09, é imputado ao sujeito passivo ter escriturado em fevereiro de 2006 crédito fiscal, fora do período em que se verificou a entrada das mercadorias, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, relativo as Notas Fiscais nºs 130, 131, 132 e 133, emitidas em 28/11/2005 por estabelecimento localizado na mesma cidade de Alagoinhas,

pertencente à mesma empresa, sem ter observado o disposto no art. 101, § 1º, incisos I e II do RICMS/BA, conforme cópias das referidas notas fiscais e do referido livro Registro de Entrada nº 02 anexo aos autos (infração 08) e relativo as Notas Fiscais nºs 3039, 3040, 3041, 3042 e 3043, emitidas em 20/12/2004 e as Notas Fiscais nºs 3475 e 3476, emitidas em 22/07/2005, por estabelecimento localizado na mesma cidade de Alagoinhas, sem ter observado o disposto no art. 101, § 1º, incisos I e II do RICMS/BA, conforme cópias das referidas notas fiscais e do referido livro Registro de Entrada nº 05 anexo aos autos.

A fiscalização apenas separou as infrações em tela em razão dos emitentes das notas fiscais, entretanto, a acusação é a mesma.

Outra constatação que deve ser ressaltada é o fato dos emitentes das notas fiscais serem da mesma cidade do autuado, apesar do autuado ter escriturado os créditos, de forma irregular, de exercícios anteriores (2004, 2005), somente no exercício de 2006.

Não resta dúvida que de o direito ao crédito é assegurado pela legislação do ICMS em vigor.

Por outro lado, também é verdade que para ter o direito ao crédito, que na prática representa uma redução da receita tributária do poder público estadual, existem requisitos que devem ser observado pelos contribuintes.

No caso especificado, a escrituração do crédito fora dos períodos em que se verifica ou configura o direito à utilização do crédito somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras contidas no artigo 101, § 1º, inciso I e II do RICMS em vigor, abaixo transcrita:

§ 1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

I - feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;

II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:

a) que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos";

b) que a utilização do crédito fiscal ocorra concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, quando a mercadoria, embora não inventariada, encontrar-se fisicamente no estoque.

No mesmo sentido o artigo 91 do mesmo regulamento, estabelece que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado, entre outros requisitos, à **escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação**.

Pelo acima exposto, a escrituração do crédito fora dos períodos em que se verifica ou configura o direito à utilização do crédito somente poderá ser efetuada com observância das regras contidas nos incisos I e II, do § 1º, do Artigo 101, combinado com o artigo 91, todos do RICMS/BA, não podendo ser acolhido o pedido do autuado para que fosse aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória. Logo, as infrações 08 e 09 restaram caracterizadas.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** o Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	2.183,78
2	PROCEDENTE	1.086,01
3	PROCEDENTE	205,21
4	PROCEDENTE EM PARTE	610,37
5	PROCEDENTE	553,36

6	PROCEDENTE	141,42
7	PROCEDENTE	15.679,19
8	PROCEDENTE	672,62
9	PROCEDENTE	1.144,49
TOTAL		22.276,45

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206915.0009/10-9**, lavrado contra **SUPERMEDEIROS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.092,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, “e” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.183,78**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2011.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR