

**A. I. Nº** - 276890.0025/12-8  
**AUTUADO** - CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
**AUTUANTE** - HÉLIO ANTÔNIO MEDIANO  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 11/04/2013

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0026-05/13**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS, TENDO, PORÉM, AS SAÍDAS SIDO TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Refutação da infração, sem apresentação de qualquer elemento probante. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, e a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Infração não elidida. 2. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O impugnante atribui responsabilidade pelo recolhimento aos fornecedores das mercadorias, em razão de protocolos ou convênios firmados entre a Bahia e os estados de origem dos fornecedores. No entanto, a simples existência do convênio ou protocolo não convalida a responsabilidade do emitente, a menos que este possua inscrição estadual de substituto tributário. A impugnação não logrou trazer qualquer prova neste sentido, ficando então configurada a responsabilidade da autuada como destinatária das mercadorias. Infração não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO DE ESTOQUE EM EXERCÍCIO FECHADO. Nega o cometimento da infração sem apresentar qualquer prova que invalide o demonstrativo das omissões e, portanto, não elidindo o lançamento acerca do levantamento quantitativo de estoque, que obedece aos critérios estabelecidos na Portaria nº 445/98. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

No Auto de Infração lavrado em 05/09/2012, foi efetuado lançamento de ICMS e multa, no valor total de R\$232.752,40 em razão das infrações à legislação, a seguir relacionadas:

INFRAÇÃO 1 – Multa percentual 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, e posteriormente tributadas, nos meses de janeiro de 2010 a maio de 2011, no valor total de R\$214.745,48;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 e 89 no período de abril a outubro de 2010, no valor total de R\$16.181,51, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando se em conta para o cálculo imposto, o maior valor monetário, os da saídas tributáveis, em 30/12/2010, no total de R\$1.825,41 acrescido de multa de 100%.

O impugnante apresentou defesa às fls. 110/25, inicialmente pedindo pela conversão em diligência, para comprovação dos recolhimentos de ICMS, mas que não há como produzir prova no tempo disponibilizado, pois a quantidade de documentos comprobatórios é absurdamente grande.

Alega que na infração 1, recolheu integralmente o imposto por antecipação, e protesta pela juntada das guias comprobatórias e também reitera o pedido de diligência.

Aduz que na infração 2, de acordo com art. 371 do RICMS, o ICMS decorrente da substituição tributária deve ser recolhido pelo adquirente, salvo se houver convênio ou protocolo entre a Bahia e o Estado de origem, e que parte das mercadorias indicada no anexo 2 do auto é objeto de protocolos ou convênios firmados, e não há que se falar em antecipação.

Que em relação aos CD-R e DVD-R, há o Protocolo ICMS 19/1985 que prevê a retenção do ICMS incidente na operação interestadual e que tais mercadorias provenientes da Paraíba se enquadram na exceção citada. Que os aparelhos celulares estão inclusos no Protocolo ICMS 135/2006, sendo atribuição do estabelecimento industrial, ou importador, a responsabilidade pela retenção do ICMS devido, do qual a Bahia foi signatária, e a Paraíba aderiu por meio do Convênio ICMS 4/2007, e que tal Convênio ICMS 135/06 consta expressamente no item 21 do anexo 86 do RICMS. Que o mesmo sucede com peças e acessórios de veículos, Protocolos ICMS 41/2008 e 97/2010, devendo ser excluídos os acessórios oriundos de São Paulo e Paraíba, pois a responsabilidade é do remetente.

Esclarece que quanto às demais mercadorias, recolheu integralmente o imposto devido nas operações; protesta pela juntada posterior das guias comprobatórias e reitera o pedido de conversão do julgamento em diligência.

Diz que no item 3 do auto não houve qualquer omissão, e a fim de comprovar suas alegações, requer novamente pedido de diligência, para que seja possível analisar a documentação comprobatória.

Que não obstante o exposto, as multas configuram verdadeiro confisco, citando julgamentos do STF sobre a abusividade da multa de 60%, como sendo de efeito confiscatório. Que demonstrará após conversão em diligência, que recolheu integralmente o ICMS devido por antecipação e que as multas de 60% e 100% são confiscatórias e abusivas. Pleiteia a redução das multas.

O autuante, às fl. 169, em sede de informação fiscal, diz que o contribuinte não apresenta nenhuma prova para impugnar a infração 1, e que a inexistência de recolhimentos por antecipação parcial pode ser verificado facilmente no site da SEFAZ, assim como o contribuinte pode verificar no livro de apuração no campo outros créditos, que não consta nenhum lançamento do ICMS por antecipação. O demonstrativo fls. 09/80, contém todas as informações necessárias para conferência e verificação do pagamento.

Afirma que na infração 2, o impugnante cita alguns protocolos, mas não apresenta nenhuma prova, e os únicos recolhimentos referentes à substituição tributária, código 1103, são do mês de abril de 2011, no valor de R\$456,07 referente à Nota Fiscal 428.612 e de R\$193,34, da Nota Fiscal 91.475, que se referem a aquisições de CD e DVD automotivo e que estas notas não foram incluídas no demonstrativo; que a partir de 31/03/2010, o contribuinte remetente que não tem inscrição de substituto tributário na forma do art. 6, XV da Lei nº 7.014/96, e o destinatário é o responsável solidário pelo pagamento, pois os lançamentos só ocorreram depois de abril de 2010, e que todas as informações do cálculo e da origem das notas fiscais estão no demonstrativo para que pudessem ser contestadas, o que não foi feito.

Na infração 3, o impugnante pede mais uma vez uma diligência e reclama da abusividade das multas, mas que os demonstrativos do anexo 3, fls. 85/87 possuem todas as informações necessárias para conferência do quantitativo, e das mercadorias que resultaram em omissões, e isto o impugnante não fez.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado, cumprindo-se as formalidades inerentes ao procedimento fiscal, sem vícios formais que maculem o lançamento tributário.

O impugnante fundamenta sua defesa assentando-se em 4 aspectos: a) negativa da infração afirmando haver pago os impostos; b) a necessidade de diligência para provar suas alegações, devido ao volume de documentos processados; c) que os remetentes de algumas das mercadorias são responsáveis pela retenção conforme protocolos e convênios firmados entre os estados de origem e destino; e) faz um questionamento de direito, onde acusa abusividade das multas cominadas, pleiteando a sua redução.

Dita o artigo 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade. É desprovida de razoabilidade, a justificativa de que ao longo de 30 dias, a empresa não conseguiu reunir os documentos de arrecadação que comprovem o pagamento do imposto devido por antecipação parcial ou substituição tributária. Quanto ao pedido acerca do item 3 do auto, não trouxe ao processo qualquer inconsistência do levantamento quantitativo de estoque, razão porque uma diligência constituiria simplesmente no refazimento do roteiro, sem nenhuma justificativa aceitável. Assim, denego todos os pedidos de diligência.

Na defesa da infração 1, houve apenas a refutação da infração, sem apresentação de qualquer elemento probante. Se dificuldades havia para reunir todos os comprovantes de pagamento, ao menos deveriam trazer alguns, junto com o pedido de diligência para juntar os demais documentos, de forma a se estabelecer alguma dúvida sobre a procedência do lançamento. O ônus da prova que coube ao autuante foi fazer os demonstrativos que indicam as notas fiscais de compra sem o pagamento da antecipação parcial. O impugnante não contestou a existência das notas fiscais, logo assumiu o ônus de provar o contrário, ou seja, de que o ICMS por antecipação referente àquelas notas fiscais foi devidamente pago, mas não o fez. Pelo art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e pelo art. 142 do mesmo Regulamento, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Infração mantida.

Na infração 2, o impugnante atribui responsabilidade pelo recolhimento, aos fornecedores de mercadorias em razão de protocolos ou convênios firmados entre a Bahia e os estados de origem dos fornecedores. No entanto, a simples existência do convênio ou protocolo não convalida a responsabilidade do emitente, a menos que este possua inscrição estadual de substituto tributário, na forma do art. 6, XV da Lei nº 7.014/96:

*Art. 6º - São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

*XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.*

Assim, cabia ao impugnante trazer como prova do pagamento, as guias de recolhimento interestaduais – GNRE. Ou a comprovação de que o remetente possui inscrição estadual ativo como substituto tributário, mas não logrou trazer qualquer prova neste sentido, ficando então configurada a responsabilidade da autuada para pagamento do ICMS, como destinatária das mercadorias. Infração mantida.

Na infração 3, nega o cometimento da infração sem apresentar qualquer prova que invalide o demonstrativo das omissões, não apontando quaisquer inconsistências no levantamento quantitativo de estoque efetuado na auditoria, recaindo sua simples negativa do cometimento da infração, sobre os artigos 142 e 143 do RPAF, anteriormente citados, e, portanto não elidindo o lançamento acerca do levantamento quantitativo de estoque que obedece fielmente aos critérios estabelecidos na Portaria nº 445/98. Infração mantida.

Quanto ao efeito abusivo ou confiscatório das multas, trata de argumento de direito que envolve questões de constitucionalidade que está fora da competência desta junta, nos termos do art. 167, I do RPAF. O pedido de redução de multas em decorrência de descumprimento da obrigação principal deverá ser feita à Câmara Superior, nos termos do art.169, parágrafo 1º do RPAF, estando, portanto, fora da competência desta Junta, apreciar tal pedido.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276890.0025/12-8** lavrado contra **CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.006,92**, acrescido das multas de 100% sobre R\$1.825,41 e 60% sobre R\$16.181,51, previstas nos incisos III e II, “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual por descumprimento de obrigação acessória sobre o imposto no valor de **R\$214.745,48**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR