

**A. I. Nº** - 272041.0007/12-9  
**AUTUADO** - COMERCIAL FORTE DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 18.10.2013

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0233-04/13

**EMENTA: ICMS. 1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infração comprovada. **2.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações caracterizadas. **c)** EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2012, reclama ICMS no valor total de R\$33.570,46, em face das seguintes infrações:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, para comercialização. Valor Histórico: R\$19.615,60. Período: fevereiro, março, maio 2007 a fevereiro, abril a julho, setembro e outubro 2009, janeiro a julho, setembro a novembro 2010, março e abril 2011. Multa 60%;
2. Efetuou recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor: R\$4.633,43. Período: janeiro, março a julho, setembro e dezembro 2007, janeiro, junho a agosto, outubro a dezembro 2008, fevereiro a julho e outubro 2009, maio, junho e outubro 2010. Multa: 60%;
3. Deixou de efetuar recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor: R\$8.474,21. Período: julho, outubro e novembro 2007, fevereiro, abril, maio, agosto 2008, janeiro, fevereiro, maio 2009, fevereiro a abril 2010 e março 2011. Multa: 60%;
4. Deixou de efetuar recolhimento de ICMS por antecipação, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Valor: R\$847,22. Período: novembro 2008, janeiro e agosto 2010. Multas: 50% e 60%;

A autuada impugna o lançamento às fls. 63/66. Transcreve as infrações e assim as impugna:

##### Infração 01

Diz que a planilha da infração não corresponde à realidade, pois diversas mercadorias elencadas no rol daquelas que foram adquiridas aparentemente sem o devido pagamento do ICMS, na verdade são mercadorias de uso e consumo da empresa e ensejam tributação diferenciada. Fala

que não teve tempo hábil para levantamento de todas as notas fiscais e que diversas NFs devem ser excluídas da exigência fiscal, pois o imposto é diferido, com alíquota diferenciada no corrente da empresa, da forma como declarado na DMA.

Aduz que a presunção de legalidade da cobrança se torna relativa, na medida em que se encontram documentos que não espelham a realidade da tributação.

Demais infrações

Diz que as infrações 2 e 3 estão eivadas de erro na elaboração do cálculo, o que impede a conversão do lançamento em definitivo, vez que lhe faltam liquidez e certeza.

Consigna que se nota na análise da planilha da autuação diversos itens cujas alíquotas deveriam ser 17% e foram calculadas com alíquota de 25%. A planilha (doc. 02) revela que algumas NFs foram calculadas com alíquota diferenciada, ao lado de que alguns produtos sequer deveriam ser tributados, a exemplo de frango, que é pautado com recolhimento do tributo pela indústria.

Também alega que outros produtos são submetidos à substituição tributária total pelo produtor, não cabendo cobrar do comerciante.

Fala que alguns produtos, por exemplo, as bebidas alcoólicas, sequer eram objeto de convênio de ST à época da tributação.

De mais a mais, registra que também há outras NFs em que a cobrança da antecipação parcial não é devida e que devem ser excluídas.

Por fim, diz que há cobrança de tributo referente a NFs cujo imposto foi pago.

Conclui dizendo que o AI é insubsistente e deve ser desfeito por anulação.

Na informação fiscal de fl. 164 o autuante discorda das notações preliminares da defesa. Quanto à infração 1 informa que o Impugnante não comprova o fato material de que algumas mercadorias elencadas são objeto de diferença de alíquota. Apenas cita que na DMA tais NFs estariam registradas, mas isso não comprovou, razão pela qual pede sua manutenção.

Sobre as demais infrações consigna que a defesa é genérica, sem enumerar NFs e discriminar mercadorias. Tampouco elabora planilhas a justificar a argumentação defensiva.

Fala que o autuado comenta sobre alíquotas de 17% e 25% sem citar quais mercadorias e que não deve recolher ICMS sobre compra de frango fora da Bahia. Logo, essa mercadoria deveria ser acompanhada de GNRE comprovando o recolhimento do imposto.

Expressa que o Impugnante junta NFs cujos valores recolhidos do ICMS já foram considerados nas planilhas da autuação.

Quanto ao pedido, diz que a autuada não elenca o que postula ser verdadeiro, limitando-se a citações genéricas sobre ST e alíquotas diferenciadas, sem demonstrar sequer uma NF, nem mercadorias para justificar suas argumentações. Discorda das razões alegadas na defesa e pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Considerando que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, III, 28, II, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99; as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais destinados ao autuado, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 11 a 56); as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, tudo suficiente para que contribuinte exerça sem obstáculo seu direito de ampla defesa e contraditório.

Portanto, na análise do PAF, não vislumbro qualquer indicativo de cerceamento ao direito de defesa nem vício que possa inquinar o lançamento tributário de ofício de nulidade, como previsto no art. 18 do RPAF.

O auto de infração refere-se a exigência de ICMS devido por antecipação parcial (infração 1), de ICMS ST nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (infrações 2, 3 e 4), todas demonstradas nas planilhas de fls. 11-56 e decorrentes dos documentos fiscais tendo o autuado como destinatário, cuja idoneidade nem conhecimento é contestado pelo contribuinte.

Tendo em vista que a infração 04 não foi ventilada na defesa, sobre ela aplica-se a norma prevista no art. 140 do RPAF abaixo transcrita. Portanto, a tenho como subsistente.

*Art. 140. 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.*

Infração procedente.

O art. 12-A da Lei 7.014/96 reza que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização (inclusive por transferência), 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 e o art. 8º, §6º da citada lei c/c os art. 371 e 386 do RICMS-BA, trata da incidência e pagamento do ICMS ST nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O art. 123 do RPAF assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Entretanto, a despeito de ter exercido seu direito de ampla defesa sem qualquer empecilho da parte contrária, o autuado impugnou o lançamento tributário de ofício em desconformidade com a disciplina acima transcrita, a fazendo de modo genérico, sem objetivamente apontar qualquer inconsistência nos dados do levantamento fiscal, uma vez que a ele cabe o ônus de provar que os fatos de que é acusado ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora, ou de que outros fatos ocorreram de sorte a alterar, modificar ou extinguir o direito consubstanciado no ato de lançamento.

Portanto, nada tendo a reparar quanto ao procedimento fiscal que foi efetuado de modo correto e na forma legal e considerando o disposto nos artigos 141, 142 e 143, do RPAF que transcrevo, tenho as infrações 01, 02 e 03 como caracterizadas e acolho os valores exigidos como subsistentes.

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 142. 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.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Infrações 1, 2 e 3, procedentes.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272041.0007/12-9**, lavrado contra **COMERCIAL FORTE DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor total de **R\$33.570,46**, acrescido das multas de 50% sobre R\$763,41 e de 60% sobre R\$32.807,05, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR