

**A. I. N °** - 269274.1201/13-6  
**AUTUADO** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ LUIS OLIVEIRA MACÊDO  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**INTERNET** - 13.08.2014

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0159-04/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. A simples negativa do cometimento do ilícito não desonera o interessado do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo. Infrações 01, 02 e 03 caracterizadas. **b)** AQUISIÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 04 parcialmente elidida, após o acolhimento parcial dos documentos apresentados na impugnação. **c)** CRÉDITO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Os documentos e informações necessários e suficientes ao exercício pleno do direito de defesa foram colacionados pelo autuante, com valores do ICMS por antecipação parcial lançados a crédito, recolhidos, resumos de apuração, extratos de pagamentos etc. Infração 05 caracterizada. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO. O autuado não apresentou as notas fiscais correspondentes às transferências de crédito lançadas na coluna “OUTROS CRÉDITOS” do RAICMS (livro Registro de Apuração do ICMS). Infração 06 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/12/2013, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 326.389,99 e da multa de 60%, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

**INFRAÇÃO 01** – Falta de recolhimento do imposto decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de bens do ativo fixo em outras unidades da Federação. R\$ 29.581,01 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 02** – Falta de recolhimento do imposto originário das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de materiais de consumo em outras unidades da Federação. R\$ 25.391,68 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 03** – Falta de estorno dos créditos relativos às entradas cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. R\$ 1.799,34 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/1996.

**INFRAÇÃO 04** – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. R\$ 204.713,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 05 – Utilização a maior do crédito, resultante da antecipação parcial nas aquisições de mercadorias em outras unidades federativas. R\$ 51.966,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 06 – Utilização indevida de crédito, em virtude da falta de apresentação do documento comprovante do direito. R\$ 12.938,82 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 182 a 190, na qual suscita preliminar de nulidade, pois, conforme alega, o lançamento de ofício deve ser efetuado por agente capaz, ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e obedecer à forma prescrita ou não proibida em lei.

Cita a “*Teoria das Nulidades amplamente defendida pelo professor Hely Lopes Meirelles*”, juntamente com o art. 18, §1º, RPAF/BA/1999, para aduzir que o ato administrativo em análise não enseja efeitos jurídicos.

A seu ver, o auditor agiu em desconformidade com o art. 39, III do mencionado Regulamento Processual, pois não informou com clareza os ilícitos, que deveriam estar em consonância com as planilhas apresentadas e com o enquadramento legal.

No mérito, consoante o que está dito à fl. 185, considera improcedentes as duas primeiras imputações, ao argumento de que recolheu o imposto correlato.

Com respeito à infração 03, volta a afirmar que o autuante cometeu equívocos nos levantamentos, muito embora não especifique quais, e depois alega que uma simples verificação na escrita seria suficiente para constatar a legitimidade dos créditos: “*Não houve apropriação de crédito além do devido pela autuada, bem assim, foi feito todos os estornos de créditos relativos à aquisição de mercadorias sujeitas a redução de base de cálculo como prevê as leis*”.

Ao refutar a quarta imputação, sustenta que o Auto de Infração deve ser “*totalmente refeito*”, inclusive porque a nota fiscal (NF) 103.295, que designa um único produto, uma única operação mercantil, foi lançada em duplicidade.

Nessa senda, consigna que a NF 962 (fl. 41), de 04/06/2010, trata da compra de polpa de frutas, e não de castanhas de caju, como descrito no demonstrativo. A NF 14.676 (fl. 41), de 05/06/2010, segundo argumenta, seria relativa a uma situação na qual a mercadoria comprada foi devolvida através da operação documentada na NF 025.193, de 05/06/2010, muito embora o auditor a tenha computado a título de utilização indevida de crédito, referente à aquisição de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Em seguida, assinala ser possível constatar à fl. 73 que o autuante reclamou crédito não utilizado, atinente à NF 5.409, de 09/12/2010, a qual resulta de negócio jurídico isento (compra de abacaxi).

Quanto à infração 05, pontua que a fiscalização juntou, às fls. 151, 154 e 156, documento denominado “*Demonstrativo do Crédito Fiscal da Antecipação Parcial do ICMS Lançado a Maior que o Recolhido*”, sem, contudo, apresentar informações sobre as notas fiscais que comprovam o suposto ilícito, o que configura cerceamento de direito de defesa.

Prossegue reclamando contra o fato de que o levantamento de fl. 157 (infração 06), não especifica os documentos fiscais que consubstanciam a acusação. No seu entendimento, a escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) comprova que todos os créditos utilizados são regulares.

Requer diligência para revisão dos trabalhos, com reabertura de prazo de defesa, e conclui pleiteando a improcedência.

Na informação fiscal, de fls. 213 a 215, o autuante assinala que não pode levar em conta a preliminar de nulidade, uma vez que o lançamento de ofício está de acordo com as normas do RPAF/1999/BA.

No mérito das infrações 01 a 03, aduz que a defesa limitou-se à negativa do cometimento das imputações, sem trazer provas ao processo.

Relativamente à infração 04, mantém a exigência concernente à NF 103.295, no valor de R\$ 5,81 (fl. 21), pois as informações teriam sido cedidas pelo próprio impugnante. De igual modo, *“a autuada não apresentou o documento comprobatório de que se trata de polpa de fruta e não castanha de caju, conforme lançado na planilha do auto de infração”*.

No que tange à alegada devolução das mercadorias constantes da NF 14.676, de 05/06/2010, aduz que, ao analisar o documento de nº 25.193, de 05/06/2010, constatou que somente foram devolvidos três itens adquiridos, no valor de R\$ 1.367,70. Como não há registro da nota de devolução nos arquivos do livro Registro de Saídas, mantém a exigência.

Com referência ao imposto da NF 5.409, de 09/12/2010, que o defendente disse não ter utilizado, mantém a cobrança, pois nos arquivos referentes ao livro Registro de Entradas há o lançamento de R\$ 0,46 a título de crédito.

No que se refere à infração 05, *“a autuada mais uma vez não apresenta números e argumentos contundentes e tenta se isentar de responsabilidade por ter lançado o imposto de antecipação parcial a maior que o de direito”*.

Foram anexadas cópias do livro RAICMS das quais constam os lançamentos e de extratos de recolhimento. O direito ao crédito do ICMS por antecipação parcial nasce com o pagamento, se o mesmo não existe, não cabe falar em crédito.

Por fim, quanto à sexta e última imputação, conforme alega, *“a autuada novamente não apresenta números e argumentos contundentes e comenta o demonstrativo (doc. 157) de forma equivocada como se fosse deste item. Pois para esta infração 06 foram anexados documentos 166 e 169 como provas que constam demonstrativos de crédito indevido, além das cópias do livro Registro de Apuração. Neste item, esses lançamentos de recebimento de crédito, a empresa não apresentou documentos comprobatórios que garantam esse direito ao crédito fiscal do ICMS”*.

Pede a declaração de procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Em obediência ao art. 39, III, Decreto 7.629/1999 (RPAF/1999), o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações pormenorizadamente, indicou os documentos e demonstrativos (fls. 11 a 169; recibo às fls. 176/177), seus dados e cálculos, assim como o supedâneo jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação dos atos administrativos ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, inclusive aqueles encartados no art. 2º do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

Cabe registrar que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção ao dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade eventual equívoco (que não ocorreu), desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (art. 19, RPAF/1999).

Fica, por conseguinte, rejeitada a preliminar de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência e de reabertura de prazo de defesa, com fundamento no que foi acima exposto e no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, pois estão presentes nos autos todos os elementos necessários à formação da convicção dos membros deste órgão colegiado.

No mérito, o defendente limitou as argumentações referentes às duas primeiras acusações ao suposto fato de ter recolhido o imposto (fl. 185). Entretanto, de acordo com o art. 143 do

Regulamento acima mencionado, a simples negativa do cometimento do ilícito não desonera o interessado do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo.

Infrações 01 e 02 caracterizadas.

Quanto à infração 03, o contribuinte alegou que o autuante cometeu equívocos nos levantamentos, muito embora não especificado quais. Posteriormente, pontuou que uma simples verificação na escrita seria suficiente para constatar a legitimidade dos créditos, mais uma vez de forma pouco objetiva e sem apresentar provas.

*RPAF/1999. 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.*

*RPAF/1999. Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Infração 03 caracterizada.

Relativamente à infração 04 e à NF 103.295, assiste razão ao impugnante, porquanto restou cristalinamente demonstrado, às fls. 21 e 205, que o imposto respectivo (R\$ 5,81) foi lançado duas vezes na competência de janeiro de 2010.

O sujeito passivo juntou, à fl. 200, cópia do DANFE 066.952, ilegível. Não está presente no processo qualquer documento atinente à nota 962, em relação à qual foi alegado tratar da compra de polpa de frutas, e não de castanhas de caju, como descrito no demonstrativo de fl. 41. Assim, não acolho tais razões de defesa, por falta de provas.

Com relação à NF 14.676, de 05/06/2010 (fls. 41 e 203), ficou comprovada, através do documento de fl. 204 (nº 25.193, de 05/06/2010), a devolução dos itens VINHO ALMADEN SUNNY DAYS WHITE 12X750ML (ICMS R\$ 26,78), VINHO GATO NEGRO MALBEC TTO 12X750ML (ICMS R\$ 57,02) e VINHO RIO SOL ROSE SECO 12X750ML (ICMS R\$ 80,32).

O fato de a nota de devolução não constar dos arquivos magnéticos, ao contrário do que deseja o auditor, não desnatura os efeitos tributários resultantes da operação sobejamente demonstrada à fl. 204.

Desse modo, na competência de junho de 2010 (infração 04), deduza-se do ICMS exigido o montante de R\$ 164,12.

Quanto à NF 5.409, de 09/12/2010 (fls. 73 e 191 a 193), ainda que o contribuinte tenha informado o uso do crédito de R\$ 0,46 no arquivo magnético das entradas, a acusação em enfoque, destacada no corpo da peça inicial, refere-se às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em razão de que, tendo-se em vista o princípio da tipicidade cerrada, não pode alcançar operações isentas.

Portanto, na ocorrência de dezembro de 2010 (infração 04), deve ser deduzido do ICMS exigido o montante de R\$ 0,46.

Com a dedução de R\$ 5,81 em janeiro, R\$ 164,12 em junho e R\$ 0,46 em dezembro, todos de 2010, a infração 04 deve ter o seu valor alterado de R\$ 204.713,13 para R\$ 204.542,74.

Infração 04 parcialmente elidida.

No tocante à quinta infração, todos os documentos e informações necessários e suficientes ao exercício pleno do direito de defesa foram colacionados às fls. 151 a 165, das quais constam valores do ICMS por antecipação parcial lançados a crédito, recolhidos, resumos de apuração, extratos de pagamento etc.

Constato idêntica situação na infração 06 (fls. 166 a 169) em relação à qual não é possível haver especificação de números de notas fiscais, como quer o impugnante, pois a mesma versa sobre utilização indevida de crédito, em virtude da falta de apresentação do documento comprovante do direito.

Em ambas as acusações, as informações desejadas pelo contribuinte estão nos levantamentos e nos resumos de apuração. À fl. 04, está dito de forma clara pelo autuante, referindo-se à sexta e última infração, que o autuado não apresentou as notas fiscais correspondentes às transferências de crédito lançadas na coluna “OUTROS CRÉDITOS” do RAICMS (livro Registro de Apuração do ICMS).

Infrações 05 e 06 caracterizadas.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 326.219,60.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269274.1201/13-6**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 326.219,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a” e “b” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2014

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA– JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR