

A. I. Nº - 281332.0001/14-1
AUTUADO - H. J. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18/09/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0202-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Infração não elidida. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O autuado não comprovou a entrega das mercadorias ao remetente que o denunciou na Delegacia de Polícia por não ter adquiridos as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, restando caracterizado nos autos a venda para contribuinte não inscrito sem efetuar a retenção do imposto, conforme prevê o art. 353, I, do RICMS-BA/97. Infração não elidida. **c)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração procedente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA: a)** UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL A MAIS DO QUE RECOLHIDO (infração 01). **b)** SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO (infrações 08 e 11); **c)** REFERENTE A MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA (infração 09); **d)** REFERENTE À AQUISIÇÕES DE BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO (infração 10); **e)** TRANSPOSIÇÃO A MAIS PARA O PERÍODO SUBSEQUENTE. Infrações não elididas pelo autuado. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% e de 1% respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO. Infração não elidida. 5. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E O LANÇAMENTO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O impugnante não elide a autuação. Infração subsistente. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 31/03/2014, exige crédito tributário no valor histórico de R\$1.131.161,83, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo discriminadas:

Infração 01- 07.01.02 - Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de junho e julho de 2011,

janeiro a maio, julho, setembro, outubro e dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$270.702,44, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 01.10.074 - Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, nos meses de janeiro a abril, dezembro de 2011, maio a julho, outubro a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$156.478,15, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 07.15.05 - Multa percentual sobre imposto (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, nos meses de janeiro a março de 2011. Exigido o valor de R\$10.122,66, resultante da aplicação da multa de 60% sobre o valor da antecipação não pago tempestivamente;

Infração 04 - 16.01.01 - Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2011 a novembro de 2012. Exigido o valor de R\$92.663,29, resultante da aplicação da multa de 10% sobre o valor das operações;

Infração 05 - 16.01.02 - Entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2011 a novembro de 2012. Exigido o valor de R\$50.677,96, resultante da aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações;

Infração 06 - 07.04.03 - Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta que: “Infração resultante de denúncia fiscal. Processo nº 150480/2013(Cópia anexa ao PAF), nos meses de abril a novembro de 2010, abril, junho a dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, maio, junho, setembro a dezembro de 2012, janeiro a março e outubro de 2013. Exigido o valor de R\$103.813,57, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 06.01.01 - Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril, julho e novembro de 2011. Exigido o valor de R\$2.646,18, acrescido da multa de 60%.

Infração 08 - 01.02.89 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de janeiro a abril, junho, agosto a dezembro de 2011, fevereiro a abril, setembro a dezembro de 2012. Consta que: “Crédito fiscal indevido referente à aquisição de mercadoria com saída subseqüente com redução total da base de cálculo.” Exigido o valor de R\$15.199,08, relativo à aplicação da multa 60% sobre o valor do crédito indevido;

Infração 09 - 01.02.89 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Consta que: “Crédito fiscal indevido na aquisição de mercadoria com antecipação do imposto.” Exigido o valor de R\$45.008,68, relativo à aplicação da multa 60% sobre o valor do crédito indevido;

Infração 10 - 01.02.89 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses abril, julho, novembro de 2011, janeiro, junho, outubro e dezembro de 2012. Consta que: “Crédito fiscal na aquisição de ativo imobilizado.” Exigido o valor de R\$8.854,29, relativo à aplicação da multa 60% sobre o valor do crédito indevido;

Infração 11 - 01.02.89 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Consta que: “Trata-se de aquisição de mercadorias com saída subsequente com a redução do imposto prevista no Dec. nº 7799/00 e sem observância do limite de crédito definido no art. 6º do referido decreto.” Exigido o valor de R\$233.128,41, relativo à aplicação da multa 60% sobre o valor do crédito indevido;

Infração 12 - 01.02.89 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, no mês de janeiro de 2011. Consta que: “Transportou a mais no valor de R\$300.399,16, o saldo credor de dez/2010 para jan/2011.” Exigido o valor de R\$180.239,50, relativo à aplicação da multa 60% sobre o valor do crédito indevido;

Infração 13 - 03.01.04 - Falta de recolhimento do ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Débito a menos de ICMS, nos meses de janeiro a maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2011, janeiro a abril e julho a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$11.627,45, acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo, através de advogado, procuração à fl. 170, ingressa com impugnação às fls. 155 a 169. Inicialmente reproduz o teor das infrações que lhe foram imputadas, em seguida articula os argumentos abaixo enunciados.

Tratando dos itens 01 e 02 da autuação, afirma que se depreende da leitura destas infrações que lhe é imputada a utilização a mais de crédito fiscal (infração 02), bem como o recolhimento a menor de ICMS na qualidade de substituto tributário (infração 01).

Esclarece que, conforme conta da própria descrição dos fatos que integra o Auto de Infração, fica patente que o estabelecimento autuado é signatário de Termo de Acordo Fiscal oficializado mediante o Processo nº 04446320088, o qual lhe deu o direito de usufruir do benefício previsto no Decreto nº 7.799, de 09/05/2000, qual seja, a redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, na forma prevista em seu art. 1º, cujo teor transcreve.

Explica que, neste sentido, a incidência do ICMS cai dos 17% previsto na legislação para aproximadamente 10%. Afirma que em uma primeira análise dos demonstrativos listados nas infrações 01 e 02, visualiza-se que a autuação não levou em consideração o reconhecido Termo de Acordo, com os benefícios inerentes ao mesmo, pois no cálculo fiscal fez constar a alíquota de ICMS de 17%. Conclui pugnando pelo cancelamento integral das infrações 01 e 02 aplicadas pelo Auto de Infração ora combatido.

No que pertine à infração 03, afirma que a multa aplicada não pode prosperar, pois nenhum prejuízo houve para o Estado, especialmente porque se desconsiderou o credenciamento a que faz jus. Ressalta que não há prova de seu descredenciamento, o que evidencia a ilegalidade do descredenciamento sem uma prévia intimação formalizada.

Diz restar patente a inaplicabilidade da multa já que, ainda que tenha havido o descredenciamento, dele não tinha conhecimento. Arremata firmando que, além de extremamente injusta, a multa aplicada é também ilegal, já que o auto não afirma que o imposto respectivo não foi pago.

Conclui asseverando que diante do caráter punitivo da multa, bem como da evidenciada boa fé do contribuinte que não sabia do descredenciamento, não há que se falar em infração. Pugna pela nulidade da multa aplicada neste item da autuação.

Ao cuidar dos itens 04 e 05 da autuação destaca que estas infrações aplicam multa pela falta de registro em sua escrita fiscal, sendo a infração 04 relativa a “mercadorias sujeitas à tributação” e

a infração 05 de “mercadorias não tributáveis”. Frisa que pelos anexos que compõem a autuação, não conseguiu identificar a separação das mercadorias para o fim de aplicação das multas e nesse sentido requer a realização de diligência, a fim de apurar a adequação do procedimento.

Quanto à infração 06 que lhe imputa a falta de retenção, conforme denúncia que aponta, afirma discordar da acusação, pois o recolhimento do ICMS foi feito, e as vendas foram realizadas para o cliente “Souza Silva Supermercados”. Sustenta que se houve alguma fraude na exibição do comprador, tal responsabilidade não lhe pode ser imputada.

Registra que seus funcionários foram, inclusive, intimados a depor em Delegacia, conforme anexos termos, e todos eles afirmaram que as compras foram feitas por pessoas que se apresentavam como representantes da citada empresa “Souza Silva”.

Em relação à infração 07, afirma que está revisando sua escrita fiscal para confirmar a procedência, ou não, desta infração, de forma que no curso da instrução provará o recolhimento da diferença do ICMS relativo às operações apontadas, ou procederá ao pagamento.

Ao tratar das infrações 08, 09, 10, 11 e 12 assinala que se referem à utilização indevida de crédito fiscal. Registra que na própria descrição da autuação consta, expressamente, que “o crédito indevido não resultou em repercussão no valor do pagamento do ICMS”, de forma que não se pode concordar com a multa aplicada, pois a mesma foge do princípio da proporcionalidade.

Observa que a imposição de multas em patamares tão elevados demonstra que os critérios utilizados desconsideram as circunstâncias do fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo das penalidades.

Menciona que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, e que por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. Acrescenta frisando que a severidade das sanções tem por objetivo proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos. Sustenta que deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas, devendo existir uma graduação razoável entre o que se paga e o que se recebe, bem como, entre o que se recebe em decorrência do que não se paga pontualmente. . Arremata que a punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

Observa que as multas que, em geral, são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, servem também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte, quando for este o caso. Afirma que a penalidade aplicada no presente caso, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco, vedado pelo art. 150, inciso IV, da CF/88, cujo teor reproduz.

Para corroborar sua tese, transcreve trecho do voto do Ministro Fernandes Filho no julgamento do Recurso Extraordinário nº 91.707/MG.

Observa que, por mais grave que seja o ilícito praticado, o que evidentemente não corresponde ao presente caso, não se justifica a fixação de penalidade que exproprie o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio de forma desproporcional às supostas infrações. Por isso, sustenta que devem ser canceladas as multas exigidas, por se revestirem de caráter evidentemente confiscatório. Acrescenta frisando que, em não havendo intenção de fraudar, a multa deve ter simplesmente o condão de advertir e orientar o contribuinte e não, como se verifica no caso em apreço, a efetiva punição mediante carga pecuniária elevadíssima. Remata assinalando que deve imperar a proporcionalidade entre a infração e a aplicação da multa correspondente.

Esclarece que ao se fixar quantitativamente a sanção, tanto o legislador como o aplicador da lei, devem considerar a natureza da infração, devendo a respectiva cominação guardar estrita proporção com o dano causado pelo descumprimento da obrigação consignada pelo direito posto.

Menciona que uma mera observação nos cálculos constantes no Auto de Infração é suficiente para constatar a manifesta natureza confiscatória das penalidades aplicadas.

Registra que se prevalecesse a exigência da cobrança de ICMS, bem como a multa imposta, o que se admite apenas para argumentar, não poderia ser exigido valor decorrente da aplicação de multa de 60% do valor do crédito indevidamente apropriado em razão de suposto creditamento indevido.

Sustenta que se tratam de multas confiscatórias, cuja aplicação deve ser imediatamente afastada, uma vez que inexistente qualquer traço de proporcionalidade ou razoabilidade na cobrança. Cita recente precedente, firmado no âmbito do STF, no qual o Ministro Celso de Mello acatou o Parecer formulado pela Procuradoria Geral da República para afastar multa fixada em 25%, no RE 754554, cujo reproduz.

Cita comentário de Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho acerca da hipótese de confisco através de multas extorsivas, para frisar que deve haver proporcionalidade entre a infração e a sanção, de modo a não configurar o confisco indireto, vedado em âmbito constitucional.

Menciona que esse foi o entendimento firmado pelo STF ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 551-1/RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, arguindo a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa transcreve.

Revela também que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul no julgamento do Recurso de Apelação nº 2004.009917-7, reconhecendo a exorbitância da penalidade aplicada, reduziu a multa de 125% (cento e vinte e cinco por cento) aplicada para 10% (dez por cento) por reconhecer a manifesta natureza confiscatória da penalidade imposta.

Diz restar demonstrada a impertinência das multas aplicadas, devendo ser canceladas ou, ao menos, diminuídas ao patamar máximo de 10% (dez por cento), uma vez que a multa de 60% do valor do crédito configura exigência abusiva e confiscatória, não respeitando os limites impostos pela Constituição Federal à aplicação de penalidades no Direito Tributário.

Em relação à infração 13, afirma que, assim como a infração 04, não conseguiu identificar a existência das divergências apontadas e, nesse sentido, requer a realização de diligência a fim de apurar a adequação do procedimento.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração e reitera seu pedido para a realização de uma revisão fiscal a fim de instruir adequadamente o feito antes do julgamento.

A autuante presta informação, fls. 185 a 188, alinhando suas ponderações na forma a seguir sintetizada.

No que diz respeito às infrações 01 e 02, destaca que o impugnante em sede de defesa requer o cancelamento destes dois itens da autuação sob o fundamento de que a fiscalização não considerou na apuração a sua condição de signatária do Termo de Acordo Fiscal oficializado mediante Processo nº 04446320088, o qual lhe deu o direito de usufruir do benefício previsto no Dec. nº 7799 de 09/05/2000, qual seja, a redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%.

Sustenta que os benefícios previstos no Dec. nº 7799/00 do qual o contribuinte é signatário, em nenhum momento deixaram de ser considerados nos trabalhos de fiscalização. Observa que relativamente às infrações 01 e 02 o termo de acordo em nada interfere.

Esclarece que a infração 01 refere-se a ICMS antecipação recolhido a menos, e diz respeito às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e que por isso, não são abrangidas pelos benefícios previstos no Dec. nº 7799/00, conforme inciso I do art. 4º cujo teor transcreve.

Frisa que a infração 02 diz respeito a créditos escriturados a maior relativo a valores pagos de antecipação parcial. Cita como exemplo: no mês de fevereiro de 2011, o contribuinte escriturou um crédito no LRAICMS na rubrica de “Créditos Fiscais Antecipação Parcial” o valor de R\$20.139,06, quando o valor pago em janeiro do mesmo ano foi de R\$12.780,64, tendo feito neste mês um crédito a maior de R\$7.358,42, conforme demonstrativo à fl. 48. Arremata assinalando que ser ou não signatário do Termo de Acordo como beneficiário do Decreto nº 7799/00 não interfere nesse fato.

Conclui mantendo as infrações 01 e 02.

Em relação à infração 03 que propõe a aplicação de multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrituração fiscal, com saída posterior tributada, registra que o contribuinte pede a nulidade da multa aplicada aduzindo que “a multa aplicada não pode prosperar, pois não houve nenhum prejuízo ao Estado e se desconsiderou o credenciamento a que faz jus a autuada”.

Menciona que a afirmação do defendente carece de sentido, já que a multa nada tem a ver com o credenciamento ou descredenciamento.

Informa que foi calculado o valor que deveria ter sido pago de antecipação parcial baseado nos itens de mercadoria das notas fiscais de entrada, devidamente escrituradas na EFD, gravada no CD anexado à fl. 147. Assinala que o Demonstrativo detalhado por item de Nfe encontra-se também gravado no CD entregue ao contribuinte, conforme atestado no documento à fl. 147. Esclarece ainda que do valor calculado foi abatido o total pago conforme relação de DAES emitida pelo INC, fls. 98 a 132. Arremata sustentando que foram abatidos do valor calculado todos os pagamentos feitos independente do credenciamento e cobrada a diferença.

Conclui pugnando pela manutenção da infração 03.

No tocante às infrações 04 e 05, que tratam da entrada no estabelecimento de mercadoria, respectivamente, sujeita a tributação e não tributável, sem o devido registro na escrituração fiscal, observa que o autuado afirma em sua defesa: “Pelos anexos que compõem a autuação, a Autuada não conseguiu identificar a separação das mercadorias para o fim de aplicação das multas e nesse sentido requer a realização de diligência a fim de apurar a adequação do procedimento”.

Observa que possivelmente o contribuinte olhou a folha resumo do demonstrativo e não leu a frase escrita em caixa alta e negrito no documento à fl. 50, conforme transcreve: “DEMONSTRATIVOS DETALHADOS POR ITEM DAS NF’S ENCONTRAM-SE NO CD ANEXO AO AUTO”, ou desconhece que o CD é um documento que compõe o PAF e por esse motivo não pode ser desprezado.

Afirma que o defendente não se deu ao trabalho de analisar o CD que recebeu, conforme se pode verificar no documento à fl. 147, onde constam todos os demonstrativos que suportam as infrações, inclusive as infrações nº 04 e 05. Assinala que o autuado se apressa a pedir descabidamente uma diligência desnecessária para esclarecer o que já está exhaustivamente esclarecido e detalhado.

Conclui pugnando pela manutenção das infrações 04 e 05.

No que diz respeito à Infração 06, que acusa a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados nesse estado, esclarece que essa infração foi resultante da Denúncia Fiscal nº 150480/2013-5, na qual o contribuinte, Souza e Silva Supermercado Ltda., IE 066.294.105, não reconhece as notas fiscais emitidas pela HJ e que são objeto da autuação. Observa que se trata de um montante de mais de R\$2.500.000,00 de vendas feitas durante 04 anos em notas fiscais com valor entre R\$20.000,00 e R\$30.000,00.

Destaca que o autuado intimado para comprovar a entrega da mercadoria ao denunciante ou exibir documentação comprobatória de que o pagamento tinha sido efetuado pelo mesmo, declarou que as notas fiscais “se referem a vendas efetuadas no balcão da empresa, à vista, não possuindo o canhoto por não terem sido assinados pelo adquirente” como se pode verificar nos documentos às fls. 37 e 38.

Cita que o defendente alega que: “Se houve fraude na exibição do comprador, tal responsabilidade não pode ser imputada à autuada.” Afirma que o autuado mencionou que intimados a depor em Delegacia, seus funcionários afirmaram que “as compras foram feitas por pessoas que se apresentavam como sendo da citada empresa.”

Diz que a gerente comercial da HJ, Adriana Mendes Lima, afirma em seu depoimento à SSP/BA anexado pelo autuado fl. 177, que: a) - “o cliente Souza Silva Supermercado Ltda. tem regularmente adquirido mercadorias, sempre pagando em espécie (dinheiro vivo)”; b) - “Para se cadastrar na HJ efetuar compras a vista (em espécie) basta que o cliente informe verbalmente seu CNPJ e seu CPF e, após o carregamento, a nota fiscal é prontamente expedida; c) - este cliente em especial chegava na empresa com caminhão próprio e após fazer a aquisição das mercadorias carregava caminhão e seguia viagem com destino incerto”; d) - não conhece o preposto da Souza e Silva pois não atende os clientes havendo para tanto a equipe, atualmente com quatro vendedores; e e) - não sabe informar se há algum vendedor específico para este cliente.

Registra que os depoimentos demonstram uma falta de controle da HJ sobre a identidade real do seu cliente, uma falta de controle tão absoluta que o gerente e os vendedores são incapazes de apontar os dados da pessoa que supostamente teria se identificado como preposto da Souza e Silva Supermercado Ltda., como indicam as declarações dos funcionários à SSP-BA anexados às fls. 177 a 182.

Arremata que resta evidenciado o autuado não sabe para quem vendeu. Sustenta que isso caracteriza venda para contribuinte não inscrito, já que a inscrição é a identidade do contribuinte, o que atesta a sua existência junto ao fisco.

Reproduz o inciso I do art. 353, do RICMS-BA/97 que institui a obrigação de fazer a retenção do imposto na venda para contribuinte não inscrito para sustentar que é nesse dispositivo legal que se fundamenta a infração 06. Conclui mantendo integralmente este item da autuação.

Quanto à infração 07, diz que mantém a autuação, uma vez que o autuante em sua defesa informou apenas que “está revisando sua escrita fiscal para verificar a procedência ou não”.

Ao cuidar das Infrações 08, 09, 10, 11 e 12, que tratam da utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menos, devendo a empresa estornar os referidos créditos, afirma que todos os argumentos do impugnante giram em torno do suposto caráter confiscatório da multa e de uma suposta inconstitucionalidade da legislação do Estado da Bahia que disciplina a matéria. Registra que o enfrentamento a deste tipo de argumento foge do escopo desse trabalho. Conclui pela manutenção dos itens 08, 09, 10, 11 e 12.

Em relação à Infração 13, ao assinalar que o defendente alegou em sua defesa que não conseguiu identificar as divergências apontadas e solicitou diligência, afirma o autuado não se deu ao trabalho de analisar o CD que recebeu. Informa que no CD entregue ao contribuinte estão todos os demonstrativos que suportam as infrações, inclusive a infração 13. Prossegue frisando que o defendente apressa-se a pedir descabidamente uma diligência desnecessária para esclarecer o que já está exaustivamente esclarecido e detalhado.

Diz que o demonstrativo desse item da autuação discrimina a divergência apontada por Nfe, cada nota fiscal está identificada pela sua chave, devidamente identificado também está o lançamento na EFD. Arremata firmando que o demonstrativo está claro e todos os documentos de que trata foram gerados pelo próprio autuado.

Conclui mantendo a infração 13.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração de treze infrações a legislação do ICMS, conforme teor explicitado no Relatório.

O impugnante requereu a realização de diligência para comprovar os fatos alegados. Fica indeferido o pedido apresentado pelo defendente, com base no art. 147, inciso I, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova inequívoca que suscitasse dúvida quanto à correção do demonstrativo elaborado pela autuante, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, as infrações 01 e 02 tratam, respectivamente, do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 e da utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação.

De plano verifico que os demonstrativos de apuração e de débito, sintéticos e analíticos encontram-se devidamente colacionados aos autos e suas em meio magnético foram devidamente entregues ao autuado, fls.

Em sede de defesa, o impugnante refutou estes dois itens da autuação sob o fundamento de que a fiscalização não considerou sua condição de beneficiário do Dec. 7799/00, por ser signatário do Termo de Acordo Fiscal, conforme Processo nº 44630088 que lhe permite a redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% nas operações de saídas internas.

Ao compulsar os demonstrativos de apuração atinente à infração 01 constato que não procede a alegação da defesa, uma vez que as mercadorias discriminadas nas operações arroladas no levantamento fiscal estão enquadradas no regime de substituição tributária. Eis que, ao teor do art. 4º do Dec. nº 7799/00, que excepciona a redução da base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º, em seu inciso I, exclui as operações “com mercadorias enquadradas na substituição tributária”.

Logo, não alcançadas pelo benefício estatuído pelo Dec. nº 7799/00, as operações com mercadorias enquadradas na substituição, resta evidenciado o recolhimento a menos do ICMS antecipação consoante discriminado no demonstrativo de débito. Portanto, a infração é integralmente subsistente.

A infração 02 cuida especificamente de valores recolhidos a título da antecipação parcial pelo defendente, cujos créditos fiscais correspondentes foram escriturados no LRAICMS na rubrica de “Créditos Fiscais Antecipação Parcial” em valores a mais do que os recolhidos. Ora, trata da apuração de divergências entre os recolhimentos do próprio impugnante e os correspondentes registros dos créditos fiscais decorrentes.

Assim, resta patente nos autos que, inexistente qualquer influência o fato alegado pela defesa de ser o impugnante beneficiário de Termo de Acordo Fiscal estatuído pelo Dec. nº 7799/00.

Nestes termos, fica mantida a infração 02.

No que concerne à infração 03, foi aplicada a multa de 60% sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

O contribuinte impugnou o lançamento alegando, tão-somente, que não ocorrera prejuízo algum para o Estado e que levantamento desconsiderou o credenciamento a que faz jus.

Ocorre que neste caso não está sendo cobrado o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, e sim de multa devidamente aplicada, consoante previsão expressa no inciso II, alínea “d”, c/c com o §1º do art. 42 do RICMS-BA/97, por falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, conforme prevê o art. 352-A, do mesmo regulamento.

Na informação fiscal, o autuante observou que, de acordo com o “Demonstrativo detalhado por item de Nfe” também gravado em CD e entregue ao defendente, fl. 147, foi calculada a multa sobre o valor do imposto não recolhido por antecipação, e foi abatido o valor recolhido no período, conforme discriminado na relação de DAES, emitida pelo sistema INC-SEFAZ, tendo os valores sido apurados com base nos lançamentos na EFD do impugnante.

Mantenho o item 03 da autuação.

No que tange às infrações 04 e 05, que apuram as entradas no estabelecimento autuado sem o devido registro na escrituração fiscal de mercadorias, respectivamente, sujeitas a tributação e não tributáveis, o impugnante apenas alegou que conseguiu a separação das mercadorias para aplicação das multas apontadas na acusação fiscal, requerendo a realização de diligência para adequação do procedimento.

O autuante registrou que não procede a alegação da defesa, uma vez que constam dos autos demonstrativo sintético, fl. 50, cuja cópia foi entregue ao defendente cópia em meio magnético, fl. 147, juntamente com o “Demonstrativo Detalhado por Item das NFes”.

Depois de compulsar os aludidos demonstrativos, constato que não deve prosperar a alegação da defesa e muito menos o pedido de diligência. Os demonstrativos acostados aos autos pela autuante discriminam de forma minudente a origem, apuração e indicação da multa aplicada de cada item das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal. Assim, resta destituída de razões fáticas as alegações da defesa, bem como, pelo mesmo motivo se faz desnecessária a realização de diligência, já que se encontra devidamente lastreada nos autos a acusação fiscal.

Assim, as infrações 04 e 05 afiguram-se integralmente caracterizadas.

A infração 06 cuida da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, cuja apuração é resultante de denúncia fiscal, conforme Processo nº 150480/2013 anexado aos autos, fls. 133 no qual o destinatário das mercadorias arroladas no levantamento fiscal, a empresa, Souza e Silva Supermercados Ltda., IE. nº 066.294.105, prestou queixa na Delegacia de Crimes Tributários não reconhecendo as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado.

O autuado intimado para exibir a comprovação do pagamento e da entrega das mercadorias constantes do levantamento fiscal ao destinatário denunciante, alegou que as vendas foram realizadas no balcão de seu estabelecimento, todas elas em “dinheiro vivo”, ou seja, a vista, e que não possuía o canhoto assinado pelo adquirente da entrega das mercadorias. Informou também que para efetuar vendas a vista basta o cliente informar o CNPJ e seu CPF e que após o carregamento a nota fiscal é emitida. Sustentou que o destinatário das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal chegava ao seu estabelecimento em veículo próprio e após fazer a aquisição carregava o caminhão e seguia viagem com destino que desconhecia. Estes foram os elementos trazidos aos autos pelo impugnante e as mesmas informações prestadas em depoimento na delegacia por seus prepostos.

Do exposto acima, resta patente nos autos que o defendente realizou operações de vendas no período fiscalizado em valor superior a R\$2.500.000,00, sem proceder à identificação dos adquirentes das mercadorias, sob a alegação de que as vendas foram realizadas a vista e transportadas pelo próprio comprador. Não carrou aos autos para comprovar as operações os

canhotos das notas fiscais assinados para comprovar a entrega das mercadorias e se resguardar de qualquer alegação de desconformidade na operação por parte do comprador. Também não apresentou o impugnante para comprovar a real aquisição pelo destinatário das mercadorias, ora em lide, cópia de pedido ou de cotação realizados pelo destinatário das mercadorias.

Em suma, é indubitoso que o autuado, além de descumprir a previsão expressa no inciso I do art. 142, do RICMS-BA/97, in verbis:

“Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);”

Não carrou aos autos qualquer comprovação que, de forma inequívoca, pudesse elidir a acusação fiscal.

Assim, diante da inexistência nos autos de qualquer elemento capaz fragilizar as provas coligidas para caracterizar o cometimento da infração pelo impugnante resta caracterizado que as operações arroladas no levantamento fiscal foram destinadas a contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes. Portanto, entendo como acertada a autuação, eis que em consonância com o inciso I do art. 353 do RICMS-BA/97, a seguir reproduzido.

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;”

Nestes termos, a infração 06 deve ser mantida.

Infração 07 versa sobre a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. O autuado em suas razões de defesa não refutou objetivamente o cometimento deste item da autuação, informou, tão-somente, que está revisando sua escrita fiscal para verificar a procedência, ou não da autuação. Não mais se manifestando nos autos acerca deste item da autuação.

Assim, constatando que a infração 03 encontra-se lastreada em documentação está devidamente comprovada nos autos fica mantida a autuação.

As infrações 08, 09, 10, 11 e 12 propõem a aplicação da multa de 60% sobre o valor do crédito fiscal indevido, devendo a empresa promover o estorno dos referidos créditos, decorrência de: saídas subsequentes com redução de base de cálculo - itens 08 e 11; aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária - item 09; aquisição de bens para o ativo imobilizado - item 10; e transporte a mais do valor do crédito fiscal do período anterior - item 12.

Constato que, apesar constar dos autos demonstrativos sintéticos e analíticos discriminando devidamente a origem e apuração do débito de cada uma destas infrações, o impugnante, sem indicar qualquer inconsistência nos demonstrativos que apontaram o crédito tributário exigido, insurgiu-se somente contra o percentual da multa aplicada.

Depois de verificar que as multas propostas na acusação fiscal correspondem a tipificação preconizada expressamente na alínea “a” do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/9, mantenho estes itens do Auto de Infração.

Quanto à infração 13, que versa sobre a falta de recolhimento do ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, em que pese o demonstrativo elaborado pela autuante acostado aos autos e entregue cópia ao impugnante,

discriminando individualizadamente a origem de cada divergência apurada por Nfe, identificada por sua chave de acesso, no confronto com o correspondente registro na EFD, em sede de defesa o autuado apenas alegou que não conseguiu identificar as divergências apontadas.

A simples negativa infundada da defesa desprovida de qualquer comprovação é insuficiente para elidir a acusação fiscal.

Assim, concluo pela subsistência integral da infração 13.

No que pertine à arguição de que ocorreria imposição de multas exorbitantes inconstitucionalidade das multas aplicadas por considerar que elas são confiscatórias, ressalto que, com base no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de tais alegações, estando as multas tipificadas expressamente previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, quanto ao pedido de redução das referidas multas por entender que são abusivas, inconstitucional e assumir caráter confiscatório, não pode ser acolhida a referida pretensão, visto que a imposição fiscal em exame decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, sendo vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos preconizados pelo art. 167 do RPAF-BA/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **281332.0001/14-1**, lavrado contra **H. J. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$545.267,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$635.893,87**, previstas no artigo 42, incisos II, “d”, “e”, “f”, e “a”, IX, XI e VII, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA