

A. I. N° - 206878.0001/15-0
AUTUADO - ICA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.10.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0163-02/16

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. BRINDES. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infração não elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Argumentos defensivos não elidem a imputação. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não elidida. 5. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, refere-se à exigência de ICMS, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$212.286,05, em decorrência das seguintes infrações:

01 - 02.01.012- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$126,14, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, operações com “brindes”, nos meses de maio, julho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2010, junho, agosto e outubro de 2011, conforme demonstrativos às fls.13 a 25.

02 - 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$17,60, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no mês de junho de 2011, conforme demonstrativo às fls.26 e 27.

03 - 07.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$94.110,02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos

meses de abril a junho de 2010, abril, julho, agosto, outubro a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls.28 a 45.

04 - 07.15.01 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$113.432,29, referente a antecipação parcial, sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas para comercialização nos meses de dezembro de 2010 e maio de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls.46 a 486.

05 – 16.04.02 – Extravio dos seguintes livros fiscais dos anos de 2010 e 2011: Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS; e de Inventário; e de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, requeridos mediante intimações. Valor da multa: R\$4.600,00.

O autuado em sua defesa, às fls. 499 a 510, após repisar as infrações, impugnou o lançamento tributário, pelas razões de fato e direito a seguir articuladas.

Aduz que conforme se verifica através das Notas Fiscais listadas nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, a quase totalidade dos produtos comercializados pelo estabelecimento é isenta do ICMS, e por outro lado, que de acordo com o disposto no art.20 e art. 356 do RICMS, o recolhimento do imposto pela substituição tributária encerra a fase de tributação da mercadoria.

Com base nisso, sustenta que resta demonstrada a total improcedência das infrações imputadas à Impugnante, uma vez que as mercadorias comercializadas, quando não isentas, estão sujeitas ao recolhimento do ICMS na forma antecipada, sendo contribuinte substituído pelo remetente da mercadoria. Não havendo obrigação de recolhimento de ICMS, não há que se falar em infração por falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Prosseguindo, pondera que, caso se entenda que o pagamento do ICMS antecipado não encerra a fase de tributação, tem-se que nas aquisições de mercadorias não isentas de ICMS, quando vendidas por optante do Simples Nacional, em que não esteja destacado na Nota Fiscal o ICMS antecipado, deve ser deduzido o valor pago, conforme estabelece o art. 386, VII, “b”, do Decreto nº 6.284/1997.

Diz ainda que o art. 96, inciso XXIX, do mesmo Decreto prevê a concessão de crédito presumido aos contribuintes do imposto nas aquisições interestaduais junto a optantes pelo Simples Nacional, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Observa a total desconformidade do Auto de Infração, uma vez que não foram creditados os ICMS pagos nas operações que foram realizadas junto a optantes do Simples Nacional. Portanto, afirma que todo o ICMS recolhido antecipadamente, ainda que não esteja destacado na NF, deve ser creditado à Impugnante, sob pena de ocorrência de *bis in idem*, prática expressamente vedada pela legislação pertinente.

Analizando a margem de valor agregado, observa que de acordo com o que consta nos demonstrativos vinculados ao Auto de Infração, está sendo acrescida na base de cálculo do tributo MVA que extrapola em muito a média real aplicada nas vendas das mercadorias em questão.

Salienta que consoante o Auto de Infração, a MVA mínima aplicada foi no percentual de 39%, chegando a ser aplicada uma margem de 46%, quando todas as empresas do ramo apenas conseguem negociar mercadorias com patamar médio de 20% de MVA.

Transcreve o art. 8º, § 4º da Lei Complementar nº 87/1996, que dispõe sobre a Margem de Valor Agregado.

Diz que a aplicação da MVA Ajustada contraria a Lei Complementar supracitada, bem como a Constituição Federal, uma vez que a Margem de Valor Agregado não foi criada com a finalidade de equiparar a carga tributária na comercialização de produtos entre os estados, e sim com o objetivo de incentivar a economia de Estados menos favorecidos.

Além disso, alega que parte das mercadorias adquiridas, relacionadas no Demonstrativo 03, negociadas com as empresas Biancogres e Araforros, foi adquirida para uso próprio da Impugnante, e não para comercialização, o que enseja automaticamente a exclusão da MVA da base de cálculo ICMS.

Quanto às multas aplicadas, considerando a inocorrência das alegadas infrações, entende que não há que se falar em aplicação de qualquer multa. Ademais, eventual penalidade apenas poderia incidir sobre produtos não isentos à referida tributação, e cujo tributo não tenha sido recolhido na forma antecipada.

No caso da multa de 100%, aplicada na infração 01, com fundamentação legal no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, aduz que o supracitado inciso possui diversas alíneas com inúmeras infrações que ensejam a penalização com o citado percentual, de forma que, a ausência de especificação em qual das alíneas está sendo enquadrada a infração imputada à Autuada enseja a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório desta, pois, diz que não tem como saber em qual das alíneas se enquadra a suposta infração constante no auto.

No que tange à multa do art. 42, II, argumenta que foi aplicada a multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido sobre todos os valores negociados pela empresa, surgindo aí a ilegalidade, sendo que quase a totalidade dos mesmos referem-se a produtos isentos, consoante as Notas Fiscais já fornecidas pela empresa.

Ou seja, entende que para o cálculo correto da multa, necessário se faz considerar apenas as transações de produtos não isentos, que possuam imposto a ser recolhido, devendo ser computada apenas eventual diferença de ICMS.

Sobre a multa aplicada na infração 05, pela não apresentação de livros fiscais, diz que comunicou por escrito à SEFAZ acerca do extravio dos mesmos quando da alteração do Contador da empresa, de sorte que se tornou impossível a sua apresentação. Aduz que tal fato se deu de forma alheia à sua vontade, não havendo, portanto, qualquer má-fé ou dolo a ensejar aplicação de multa.

Por outro lado, diz que os documentos fiscais já apresentados comprovam os valores de todas as operações realizadas pela Autuada, de forma a suprir a necessidade dos respectivos livros fiscais.

Por conta disso, considerou que os valores das penalidades têm caráter confiscatório, extrapolando em muito a sua capacidade contributiva, prática expressamente vedada pela Constituição Federal, em seu art.150, inciso II.

Por fim, requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, em função dos vícios constantes no mesmo, os quais ensejaram o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório da Impugnante. Requer, ainda que, na mais remota hipótese de ser ultrapassada a nulidade apontada, que seja julgado improcedente o referido Auto, em função das fartas razões expostas acima.

Por cautela, caso não entenda o ilustre Julgador pela total improcedência do Auto de Infração, que seja determinada a retificação dos cálculos, expurgando dos mesmos os produtos isentos e, quando não isentos, aplicando as alíquotas corretas para cada produto constante na Nota Fiscal, inclusive no tocante à MVA aplicada, e deduzindo o ICMS pago antecipadamente, ainda que não destacado na Nota Fiscal.

Na informação fiscal às fls. 219 a 229, o autuante rebateu as razões defensivas arguindo que:

INFRAÇÃO 01 (02.01.02)

Sustenta que a infração está perfeitamente definida na **Descrição dos Fatos** (folhas 1 e 2 do Processo Administrativo Fiscal), sendo mencionada em duas oportunidades: na primeira, de maneira mais específica e detalhada: “*INFRAÇÃO 1 (02.01.02): Falta de recolhimento do ICMS em decorrência da falta de lançamento de operações com brindes no livro Registro de Saídas de Mercadorias, conforme determina o artigo 565 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97 (R\$ 126,14)*”; na segunda, de maneira padronizada e predefinida, obtida a partir do banco de dados

atualizado do programa do **Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI)**: “*INFRAÇÃO 1 -- 02.01.02 Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios*”.

Diz que o citado artigo 565 do RICMS (Decreto 6.284/97) traz em seu bojo a prescrição legal cuja inobservância resultou na constituição do crédito tributário.

Além disso, diz que a folha 02 do PAF contém a classificação legal da infração, também preestabelecida no programa do SEAI. Primeiramente, enumera os dispositivos pertinentes ao enquadramento legal da infração: artigo 50, artigo 124, inciso I, artigo 323, incisos e parágrafos e artigo 936 do RICMS aprovado pelo Decreto 6284/97; a seguir, explicita a cominação legal da aplicação da multa: artigo 42, inciso III da Lei 7014/96.

Aduz que a tese de nulidade suscitada na contestação cai por terra na medida em que no lançamento fiscal estão presentes todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Destaca que não houve questionamento da defesa em relação ao mérito da autuação. Desta forma, frisa que a exigência do imposto é líquida e certa.

INFRAÇÃO 02 (06.02.01)

Salienta que a defesa se apoia em um argumento frágil, genérico e indeterminado, quando associa a *Infração 2* à afirmação de que o fisco estaria aplicando multa de 60% sobre todos os valores negociados pelo sujeito passivo, que seriam compostos na quase totalidade de produtos isentos.

Rechaça veementemente essa assertiva dizendo que a Nota Fiscal Eletrônica nº 6234, de 26/06/2011, emitida por M. HARUHIDE TANO, documento integrante do *Demonstrativo 2* (folha 26 do PAF) e responsável pelo imposto total cobrado nesta infração, encerra uma venda de mercadoria com tributação normal, conforme o código NCM 8443.99.33, isto é, *Cartuchos de revelador ou de produtos para viragem ("toners")*.

Ressalta que o autuado não comprovou a saída dessa mercadoria por meio de documento fiscal, tampouco ilidiu a sua destinação como material de consumo, pelo que, manteve a cobrança imputada.

INFRAÇÃO 03 (07.01.01)

Observa que o autuado relaciona a *Infração 3* a uma proposição vaga e imprecisa de que o fisco estaria aplicando multa de 60% sobre todos os valores negociados pelo sujeito passivo, os quais seriam compostos na quase totalidade de produtos isentos. Invoca o artigo 356 do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6284/97, que dispõe que as mercadorias comercializadas, quando não isentas, estariam sujeitas ao recolhimento do ICMS na forma antecipada a ser realizado pelo remetente da mercadoria.

Considerou que esse arrazoado não tem cabimento; todas as notas fiscais de entradas relacionadas no *Demonstrativo 3* (folhas 28 e 29 do PAF) se referem a mercadorias que ingressaram no território deste Estado procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária por antecipação nas saídas internas, circunstância em que a lei determina que o contribuinte alienante é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo 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, exceto na hipótese de ter recebido essas mercadorias com o imposto já antecipado. É o que se encontra esculpido no artigo 353, caput, inciso II do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6284/97. No caso particular, as notas fiscais eletrônicas pertinentes à autuação se relacionam com mercadorias listadas no Anexo 88 do mesmo diploma legal: item 39 – *Material de limpeza listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 106/09* e item 43.1 – *Materiais de construção, listados nos itens 5 e 44 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09*.

Entende que a reivindicação de créditos procedentes do ICMS supostamente pago nas aquisições realizadas junto a contribuintes optantes do Simples Nacional não tem qualquer fundamento, tendo em conta que todas as notas fiscais eletrônicas relacionadas no *Demonstrativo 3* dizem respeito a operações cujos remetentes não estão enquadrados nessa categoria especial de tributação.

Ressalta que a definição dos percentuais da *Margem de Valor Agregado (MVA)* é uma prerrogativa privativa e indelegável da atividade estatal de legislar sobre tributos e seus percentuais encontram-se fixados no Anexo 88 do Regulamento do ICMS (Decreto 6284/97) ou, no caso específico desta infração, nos Anexos Únicos dos Protocolos do ICMS nºs. 104/09 e 106/09. Diz que a atividade fiscalizatória é de natureza eminentemente vinculada e não é de sua competência tecer considerações acerca da constitucionalidade ou legalidade de dispositivo normativo em vigor.

Também entende que carece de respaldo a argumentação de que as compras efetuadas junto às pessoas jurídicas *Araforros* e *Biancogres* se destinariam a uso próprio do estabelecimento, quer seja pelas quantidades adquiridas, que contrariam essa finalidade, quer seja pelo fato de que uma das atividades econômicas listadas no cadastro estadual da autuada ser perfeitamente compatível com a natureza das mercadorias remetidas por aqueles fornecedores, ou seja, *comércio atacadista de materiais de construção em geral*.

INFRAÇÃO 04 (07.15.01)

Frisa que o autuado faz alusão à *Infração 4* apenas de maneira inconsistente e indefinida, ao sustentar que o fisco estaria aplicando multa de 60% sobre todos os valores negociados pela empresa, e que seriam compostos na quase totalidade de produtos isentos. Tal objeção, além de não condizer com a realidade, não aponta, nem especifica, de maneira clara e objetiva, quais seriam esses valores objeto de impugnação.

Aponta que constatou, à luz do artigo 352-A do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, a ocorrência de antecipação parcial do ICMS não adimplida pelo adquirente de mercadorias para fins de comercialização, oriundas de entradas interestaduais. Informa que nesta situação, apurou o imposto devido mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do artigo 61, sendo deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. E que, houve redução da base de cálculo do ICMS em dois casos: 1 - nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais elencados no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, cujo percentual de carga tributária foi fixado em 8,8%; 2 - nas operações com máquinas e implementos agrícolas relacionados no Anexo II do Convênio ICMS 52/91, cujo percentual de carga tributária foi estabelecido em 5,6%.

Assevera que a defesa não apresentou argumentos nem colacionou aos autos planilhas ou quaisquer documentos que contrariasse o somatório dos valores calculados e lançados no *Demonstrativo 4* (folhas 46 a 57 do PAF), os quais resultaram na exigência fiscal. Desta forma, sustenta que a infração está devidamente caracterizada.

INFRAÇÃO 05 (16.04.02)

Argumenta que o cometimento desta infração é inequívoco. Enfatiza que a empresa fiscalizada teve tempo e oportunidade suficiente para regularizar a sua escrita fiscal, levando-se em consideração que foi intimada em 3 (três) ocasiões distintas (folhas 9, 10 e 11 do PAF) no sentido de apresentar livros e documentos fiscais. Registram que em vista do não atendimento integral dessas intimações, aplicou a multa tipificada no artigo 42, inciso XIV da Lei 7014/96, em decorrência do extravio – confirmado pelo próprio autuado à folha 12 do PAF –, dos seguintes livros fiscais: Registro de Entradas de Mercadorias de 2010 e 2011, Registro de Saídas de Mercadorias de 2010 e 2011, Registro de Apuração do ICMS de 2010 e 2011, Registro de Inventário de 2010 e 2011 e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências. Diante disso, diz quer a ausência destes livros e de outros documentos fiscais prejudicou sobremaneira os trabalhos de auditoria, pois isso concorreu para limitar a abrangência e o aprofundamento da ação fiscal.

Finaliza, reafirmando os termos da autuação e solicitando a procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que não lhe assiste razão em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do crédito tributário e a natureza das infrações apuradas, cujas multas aplicadas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) A acusação fiscal constante na peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante também identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão especificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa das infrações. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante a fase processual, consta esclarecimentos da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No tocante ao pedido de diligência e perícia, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, o rejeito, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade das multas observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e estão em sintonia com os fatos apurados, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estarem previstas na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, da análise das peças processuais constato:

Infração 01 – 02.01.02

Trata de exigência de ICMS em operações com “brindes”, através das notas fiscais relacionadas às fls.13 a 14, não lançadas no livro Registro de Saídas, e consequentemente, não levadas à tributação do imposto, consoante previsto no artigo 565, do RICMS/97, que reza:

"Art. 565. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I - lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: "Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA";

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar."

Examinando as cópias dos DANFEs às fls.15 a 25, constato que constam como natureza da operação “Remessa de Brindes”, e as mercadorias são “Copo Colecionável”, seringa, aplicador de brincos, relógio de pulso, bolsa térmica, canetas, balão colorido, cupons, boné, kit pescaria, colchonete.

Ressalto que o sujeito passivo em momento algum de sua defesa negou o fato imputado neste item, limitando-se a arguir a nulidade da autuação com base no fundamento de que foi aplicada multa no percentual de 100% com base no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, sem a especificação das respectivas alíneas, ensejando no seu entender, a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório, pois não tem como saber em qual das alíneas se enquadra a infração que lhe fora imputada.

Não acolho esta alegação, visto que o artigo 19 do RPAF/99, reza que: “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”. No caso, o autuado entendeu perfeitamente o fulcro da autuação e teve oportunidade de exercer plenamente seu direito de defesa.

Mantida a infração ante a sua caracterização.

Infração 02 – 06.02.01

Diz respeito as imputação de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestadual quando da entrada de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O demonstrativo de fl.26 que instrui este item, faz referência ao DANFE nº 6.234, fl.27, cujo produto nele constante é “Cart. Samsung Preto SCX4200”.

Na peça defensiva o sujeito passivo não fez qualquer referência ao mérito desta exigência fiscal, caracterizando este silêncio com uma aceitação tácita do cometimento da infração.

Mantido o lançamento.

Infração 03 - 07.01.01

Acusa a falta de recolhimento do ICMS referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária, conforme dispõe o Anexo 88 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Analisando as arguições defensivas do sujeito passivo, constato que:

- a) Quanto a alegação defensiva de que todos os valores negociados pela empresa, na quase totalidade, são de produtos isentos, nada foi apresentado neste sentido. Além do mais, ao contrário do alegado pelo autuado, no caso em comento, todas as notas fiscais de entradas relacionadas no *Demonstrativo 3* (folhas 28 e 29 do PAF) se referem a mercadorias que ingressaram no território deste Estado procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária por antecipação nas saídas internas. A lei determina que o contribuinte alienante é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo 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, exceto na hipótese de ter recebido essas mercadorias com o imposto já antecipado. É o que se encontra esculpido no artigo 353, caput, inciso II do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6284/97. No caso, verifico que as notas fiscais eletrônicas pertinentes à autuação se relacionam com mercadorias listadas no Anexo 88

do mesmo diploma legal: item 39 – *Material de limpeza listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 106/09* e item 43.1 – *Materiais de construção, listados nos itens 5 e 44 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09*.

- b) Sobre a reivindicação de créditos procedentes do ICMS supostamente pago nas aquisições realizadas junto a contribuintes optantes do Simples Nacional, comungo com o autuante de que não tem qualquer fundamento, tendo em conta que todas as notas fiscais eletrônicas relacionadas no *Demonstrativo 3* dizem respeito a operações cujos remetentes não estão enquadrados nessa categoria especial de tributação.
- c) Também não assiste razão ao defendant de que o percentual da *Margem de Valor Agregado (MVA)* extrapola a média real aplicada nas vendas. Sabe-se que os percentuais aplicados estão discriminados no Anexo 88 do Regulamento do ICMS (Decreto 6.284/97) e, no caso específico desta infração, os percentuais são os previstos nos Anexos Únicos dos Protocolos do ICMS nºs. 104/09 e 106/09. Sendo assim, não houve da fiscalização na aplicação dos percentuais da MVA.
- d) Também não tem razão o autuado de que as compras efetuadas junto às pessoas jurídicas *Araforros e Biancogres* se destinariam a uso próprio do estabelecimento, devido ao fato de que sendo a atividade do autuado “*comércio atacadista de materiais de construção em geral*”, tais aquisições estão compatíveis com esta atividade.

Sendo assim, fica mantido o lançamento, subsistindo a infração.

Infração 04 – 07.15.01

Trata da imputação de falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Constatou que em relação a esta infração, apurada com base no demonstrativo de fls.46 a 57, o autuado em sua impugnação somente fez alusão ao fato de que a multa de 60% aplicada sobre o valor do imposto não recolhido, sob fundamento de que foi aplicado esse percentual sobre todos os valores negociados pelo estabelecimento, cuja quase totalidade se refere a produtos isentos, conforme notas fiscais constantes nos autos, admitindo que o lançamento deve recair somente sobre as aquisições com produtos não isentos, já que estes possuem imposto e recolher, devendo ser computadas apenas eventual diferença de ICMS.

O sujeito não foi objetivo em sua impugnação, pois não indicou quais são os produtos que são isentos e quais as notas fiscais que contemplam esta situação tributária.

Sendo assim, mantenho o lançamento, pois a defesa não atendeu ao disposto no artigo 123 do RPAF/99, (“É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativas, 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”).

Infração 05 – 16.04.02

Neste item foi aplicada multa no valor de R\$4.600,00, por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de extravio dos seguintes livros fiscais dos anos de 2010 e 2011: Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS; de Livro de Inventário; e de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, requerido mediante intimações.

Constam às fls.09 a 11, três intimações para apresentação dos livros e documentos fiscais especificados, sendo a primeira no dia 14/02/2015; a segunda no dia 03/03/2015; e a terceira em 20/03/2015.

Considero que está caracterizado o cometimento da infração, visto o próprio autuado através da Declaração de fl.12, confirmou o extravio dos livros fiscais objeto da autuação.

Assim, foi correta a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIV da Lei nº 7.014/96.

Quanto às multas aplicadas pelo descumprimento de obrigação principal neste processo, elas estão em perfeita sintonia com os fatos apurados e em consonância com o artigo 42, incisos III, Línea “g”, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0001/15-0**, lavrado contra **ICA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$207.686,05**, acrescido das multas de 60% no valor de R\$207.559,91 e de 100% sobre R\$126,14, previstas no artigo 42, II, “d” e “f”, e III, “g”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.600,00**, prevista nos inciso XI do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR
ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR