

A. I. N° - 207093.0042/16-8
AUTUADO - FORTPEL COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/04/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0074-03/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Diligência realizada pelo Autuante reduz o valor lançado originalmente. Infrações 01 e 02 parcialmente procedentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não traz aos autos elementos com o condão de modificar ou elidir a infração. Infrações subsistentes. Negado pedido de cancelamento ou redução de multa. Não acolhida nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 30/06/2016, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.760.367,50, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 07.01.01. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, junho e agosto de 2011, fevereiro e novembro de 2012, março e setembro de 2013, janeiro, fevereiro e junho de 2014, abril a junho e setembro de 2015, janeiro e fevereiro de 2016, no valor de R\$258.522,04, acrescido da multa de 60%;

Infração 2 - 07.01.02. efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a maio, julho, setembro a dezembro de 2011, janeiro, março a outubro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2013, março a maio, julho a dezembro de 2014, janeiro a março, julho, agosto, outubro a dezembro de 2015 e março de 2016, no valor de R\$797.783,80, acrescido da multa de 60%;

Infração 3 - 07.15.01. deixou de recolher ICMS antecipação parcial, referente mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março de 2013 a março de 2016, no valor de R\$615.012,46, acrescido da multa de 60%;

Infração 4 - 07.15.02. efetuou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de abril, junho, julho, setembro e outubro de 2011, fevereiro a maio, julho a novembro de 2012, janeiro e fevereiro de 2013, valor de R\$89.049,20, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento às fls.40/47, através de advogado procuração fl.48. Requer que suas razões sejam apreciadas por esta JJF, em conformidade com a legislação em vigor.

Afirma que apesar da reconhecida capacidade técnica do preposto fiscal da SEFAZ-BA, que por meio do lançamento indicou 04 (quatro) infrações na peça acusatória, amparada pela legislação e

realidade dos fatos, contesta a autuação demonstrando equívocos existentes no trabalho fiscal, equívocos estes, que acarretaram a cobrança indevida do imposto ora em análise. Registra a tempestividade da defesa e reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Informa que pretende contestar as infrações 01 e 02 e requerer a anulação das infrações 03 e 04. Aduz que se respalda e faz uso do direito ao contraditório e da ampla defesa assegurada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV.

Sobre a infração 01, afirma que possui Termo de Acordo Atacadista – Decreto 7799/2000, por intermédio do Parecer 098339/2013-0 da SEFAZ-BA. Informa contestar os valores lançados e deverá reconhecer em parte a infração 01, após apresentação das planilhas que elabora e que serão oportunamente juntadas à defesa, a fim de comprovar o alegado.

Salienta que não obstante a apresentação da planilha, a empresa chama a atenção dos representantes desta Junta, para os equívocos cometidos na contabilidade fiscal, vez que os produtos que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS foram escriturados no regime de tributação normal, e, conseqüentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida.

Alega que algumas notas fiscais não foram reconhecidas pelo sistema fiscal da empresa, e por isso, não foram incluídas na DMA. Diz que estes produtos não foram registrados no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tais notas no sistema de gestão.

Ressalta que desconhece as notas fiscais relacionadas na planilha do fiscal, tendo em vista não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como, requer a comprovação da SEFAZ referente a entrega ou pagamento de tais produtos, no montante de R\$ 115.334,39, devendo o referido valor ser excluído da infração 01. Frisa que apresentará planilhas no prazo de 10 dias, com objetivo de demonstrar a sua regularidade e a licitude da apresentação alegada.

No que tange a infração 02, reproduz os mesmos argumentos da infração 01. Ressalta que, desconhece as notas fiscais conforme planilha que anexa, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias e requer a comprovação da Sefaz referente à entrega ou pagamento de tais produtos, no montante de R\$115.334,39, devendo o referido valor ser excluído da infração 02. Aduz que apresentará planilhas no prazo de 10 dias, com objetivo de demonstrar a sua regularidade e a licitude da sua alegação.

No que se refere a infração 03, afirma que busca a anulação, tendo em vista que não recolheu a antecipação parcial demonstrada pela Fiscalização, no entanto, a empresa não gerou qualquer tipo de prejuízo ao Estado, vez que, houve a tributação normalmente recolhida no dia 09 de cada mês subsequente.

Entende que não poderá o Autuante exigir novo pagamento de ICMS por antecipação. Sendo inclusive uma medida contra *legem*. Observa que a forma como o auto de infração foi lavrado merece ser revisto, visto que, a empresa recolheu o ICMS normalmente, sem considerar o crédito por cálculo de antecipação parcial do decurso do mês. Nota que se considerado o valor do ICMS recolhido mensalmente, o ICMS ora cobrado por antecipação parcial deveria ser menor. Comenta que, oportunamente, anexará espelho de recolhimentos gerais da empresa referente aos exercícios de 2011 a 2016, no qual faz comprovação dos recolhimentos compatíveis com o seu fundamento, para não pairar dúvidas.

No que se refere à infração 04, repete o argumento utilizado para rechaçar a infração 03. Entende que o Autuante está a exigir novo pagamento de ICMS por antecipação. Observa que o auto de infração merece ser revisto, visto que, recolheu o ICMS normalmente, sem considerar o crédito por cálculo de antecipação parcial do decurso do mês. Repete que comprovará recolhimentos compatíveis com o fundamento desta infração.

Comenta que cabe a SEFAZ-BA a tarefa de investigar, até porque possui as prerrogativas que lhe são peculiares de buscar provas. Diz que não é papel do contribuinte investigar ou fiscalizar,

buscar provas negativas a fim de desqualificar a afirmativa do autuante. Cita ensinamentos do jurista Ives Gandra da Silva Martins.

Sobre a multa aplicada afirma que deve o Fisco evitar a aplicação de penalidades que guardem em si o caráter confiscatório, como aquele que não apresenta as características de razoabilidade e justiça. Comenta sobre a busca pela verdade material, e espera que os fatos e argumentos externados sejam apreciados pelos Julgadores, com vista, sempre, nos princípios apontados, além de outros, também aplicáveis ao caso. Diz que a infração deve ser anulada nos termos do art. 18 do RPAF/99.

Requer a anulação das infrações 03 e 04, a procedência em parte das infrações 01 e 02, diligência para realizar revisão dos cálculos apresentados pelo fiscal, dilação do prazo de 10 dias para apresentação de planilhas das infrações 01 e 02 e por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado.

O sujeito passivo faz nova intervenção no processo fls.71/80, solicitando juntada de documentos e planilhas referentes às infrações 01 e 02. Afirma que com relação à infração 01, após levantamento de novos cálculos, verifica que de fato, resta a recolher o montante de R\$117.570,75.

Com relação a infração 02, diz ter verificado que, do mesmo modo, após lançamento de novos cálculos, verifica que de fato, resta a recolher o montante de R\$101.436,85.

Menciona que relaciona mês a mês, as notas fiscais separadas por produto e seus tributos incidentes, como aparecem nas planilhas da fiscalização, arrolando as notas fiscais que afirma não reconhecer como da empresa fls. 72/73, e teria apurado que algumas notas fiscais não foram reconhecidas pelo seu sistema fiscal e por isso, estão omissas da DMA e dos seus estoques.

A respeito das infrações 01 e 02 aduz que a antecipação tributária ocorre sobre produtos a serem tributados nas operações subsequentes. Entretanto, alguns produtos que constam no levantamento fiscal com MVA, não estariam sujeitos a este regime, sendo que as NCMs conforme relaciona fl. 74, não constam da relação de produtos assim enquadrados, vigentes em cada ano específico do período fiscalizado. Cita os produtos: refil borracha rodo alumínio 50 cm, NCM 4008.11.00; tampa segurança carro 9T preto / FG9T86 BLA NCM 8716.90.90, dentre outros.

Comenta que após o cálculo da Substituição Tributária, os produtos são revendidos internamente sem qualquer tributação. Entretanto, alguns destes, listados no demonstrativo fiscal, foram revendidos nas operações internas com ICMS próprio destacado. Diz que como seus clientes são maciçamente, consumidores finais, utilizam tais mercadorias em uma prestação de serviços e possuem o direito de utilizar o crédito fiscal do ICMS destacado nestas notas fiscais.

Afirma que o direito ao crédito nas vendas interestaduais de produtos anteriormente tributados pelo regime da substituição tributária deve ser mantido. Assim, diz que os valores a ser considerado é o da última entrada no estabelecimento, portanto foi escriturado o valor da compra mensal, onde apenas o valor do ICMS próprio deve ser considerado. Elaborou planilhas afirmando demonstrar, mês a mês, os valores recolhidos de ICMS próprio destacado nas notas fiscais fls.74/78. Finaliza elaborando planilha, que no seu entendimento demonstraria qual seria o valor devido, no cenário aqui discutido fls. 79/80.

O Autuante presta informação fiscal fl.84/86. Afirma que na ação fiscal realizada abrangendo os exercícios de 2011 a 2016, até o mês de março, apurou as irregularidades, conforme descritas no Auto de Infração.

Diz que em sede de defesa a Impugnante contestou parte das Infrações 01 e 02, arguindo a nulidade das Infrações 03 e 04.

Observa que, como se vê às fls. 43 e 44, a Impugnante confessa expressamente que cometeu a transgressão tributária, pois declara que não recolheu o ICMS antecipação parcial demonstrado pela Fiscalização (fl. 43) e requer a nulidade da Infração 03, pelo fato de ter promovido as saídas dessas mesmas mercadorias com tributação. Repete o mesmo argumento em relação à infração

04, ao alegar que busca a anulação, tendo em vista, que não recolheu a antecipação parcial demonstrado pela Fiscalização e que houve a tributação das referidas mercadorias na saída.

Esclarece que estes argumentos não encontram nenhum respaldo no artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, o impugnante diz na Infração 01, que cometeu equívoco ao considerar parte das referidas mercadorias (notas fiscais) com tributação normal, onde seria devido o ICMS Antecipação tributária. No entanto, também não se creditou do referido ICMS Antecipação tributária, vindo a promover as saídas destas mercadorias tributadas normalmente. Acrescentou que algumas notas fiscais não foram reconhecidas pelo sistema fiscal da empresa e por isso não foram inclusas na DMA.

Explica que essas notas fiscais são documentos emitidos eletronicamente pelos fornecedores da Impugnante. Estão registradas no banco de dados nacional e não pode o Autuante, por atividade vinculada, excluí-las do levantamento fiscal. Diz que o mesmo argumento defensivo é apresentado quanto à Infração 02, por conseguinte, mantém seu posicionamento quanto às acusações. Assegura verificar ao longo de toda a peça defensiva, a confissão do cometimento do ilícito tributário.

Conclui ter restado comprovado e confesso a transgressão cometida aos dispositivos legais citados no Auto de Infração, portanto, todas as imputações são procedentes. Requer a procedência do feito, com a condenação da Impugnante ao pagamento do montante exigido, mais os acréscimos devidos.

Em decisão na sessão de pauta suplementar, o PAF foi convertido em diligência fl. 89, para que o Autuante apreciasse as alegações defensivas, no que tange as infrações 01 e 02, de que constaria do levantamento fiscal, mercadorias que não estavam relacionadas no Anexo I do RICMS/BA, consequentemente, não estariam enquadradas no regime de substituição tributária.

O Autuado se manifestou fls.104/106. Apensou planilha listando mercadorias que não estariam enquadradas no regime de substituição tributária, destacando ainda, juntar o Parecer nº 21405/2017 da SEFAZ/BA, que se refere ao pagamento parcial com créditos fiscais do ICMS contidos no PAF.

O Autuante presta informação fiscal a respeito da diligência solicitada fls.121/123. Afirma que da análise das planilhas apresentadas pelo Autuado fls. 105/106, identifica as NCMs 4008.11.00, 4818.30.00, 8708.50.99, 8716.80.00 e 8716.90.90, que não estão incluídas no regime de substituição tributária, portanto foram excluídas do levantamento fiscal que respalda as infrações 01 e 02.

Declara que após os ajustes levados a efeito, com a exclusão dos valores referidos, a infração 01 remanesce em R\$239.300,86 e a infração 02 em R\$773.139,73, conforme planilhas fls. 122/123.

O Autuado tendo recebido os citados demonstrativos conforme fls. 127/128, permaneceu silente.

VOTO

O defendente requereu a anulação das infrações 03 e 04, sob a alegação de que por se tratar de ICMS referente à antecipação parcial demonstrada pela Fiscalização, a empresa não teria gerado qualquer tipo de prejuízo ao Estado, vez que houve a tributação normalmente recolhida, no dia 09 de cada mês subsequente.

Analisando esta alegação, verifico tratar-se de arguição relacionada ao mérito, portanto, será apreciada oportunamente, quando do enfrentamento da questão.

Compulsando os autos, verifico que alguns equívocos apontados pelo defendente foram devidamente saneados através de diligências realizadas pelo próprio autuante. Portanto, tendo sido aplicada a regra do § 1º, do art. 18 do RPAF/99, observo que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrentes, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Não vislumbro na autuação, violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações que lhe foram imputadas, e que foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, conforme faz prova documento fls. 34 e 34/A deste PAF, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação. A descrição dos fatos encontra-se em perfeita consonância com os demonstrativos que lhe servem de sustentação. Em verdade, os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte, foram indicados claramente, no Auto de Infração, bem como o dispositivo legal referente à multa indicada. Sendo assim, não acolho as nulidades suscitadas pelo contribuinte.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se respectivamente, à falta de recolhimento e a recolhimento a menos do ICMS antecipação ou substituição tributária, referentes a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O defendente apontou equívocos no levantamento fiscal. Disse que o Autuante não teria levado em consideração que: (i) possui Termo de Acordo Atacadista – Decreto 7799/2000, por intermédio do Parecer 098339/2013-0 da SEFAZ-BA; (ii) alguns produtos que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida; (iii) desconhece algumas notas fiscais relacionadas pelo fiscal; e (iv) alguns produtos que constam no levantamento fiscal com MVA, não estariam sujeitos a este regime.

Esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu converter o processo em diligência, a fim de que o Autuante apreciasse todas as alegações defensivas nos termos regulamentar.

O Autuante prestou informação fiscal e declarou que na Infração 01, cometeu equívocos ao considerar parte das referidas mercadorias (notas fiscais) com tributação normal, como se fossem do regime de Antecipação tributária. A respeito da diligência solicitada fls.121/123, afirmou que da análise das planilhas apresentadas pela defesa, identificou as NCMs 4008.11.00, 4818.30.00, 8708.50.99, 8716.80.00 e 8716.90.90, que, de fato, não estão incluídas no regime de substituição tributária, portanto, foram excluídas do levantamento fiscal que respalda as infrações 01 e 02. Declarou que após os ajustes levados a efeito, com a exclusão dos valores referidos, a infração 01 remanesce em R\$239.300,86 e a infração 02, em R\$773.139,73, conforme planilhas fls. 122/123.

Compulsando os autos, examinando as alegações defensivas e especialmente as novas planilhas elaboradas pelo Autuante quando da realização da diligência, observo que foram regularizadas as inconsistências apontadas pelo sujeito passivo, no que tange à exclusão das mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária.

Quanto à alegação do impugnante de que não comprou as mercadorias, ou seja, a arguição de desconhecimento de parte das notas fiscais consignadas no levantamento fiscal, não pode ser acolhida, ante a falta de suporte fático ou jurídico desta alegação.

Constato tratar-se de documentos fiscais eletrônicos que registram mercadorias inerentes à sua atividade econômica, e constam nos respectivos demonstrativos fiscais, os números das chaves de acesso, e através dessas chaves, o sujeito passivo pode identificar o conteúdo dos documentos fiscais. Portanto, em relação a estas notas fiscais, não há necessidade de o Fisco investigar, se as compras ocorreram, pois a jurisprudência do CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas constantes do banco de dados da SEFAZ e da Receita Federal, servem como elemento de prova das aludidas aquisições.

Quanto à alegação de que alguns produtos, que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS, foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida, não pode ser acolhida pela falta de apresentação destas provas. O defendente não traz à luz desse processo, elementos que sustentem a referida alegação.

No que diz respeito ao argumento do defendente, de que possui Termo de Acordo Atacadista – Decreto 7799/2000, por intermédio do Parecer 098339/2013-0 da SEFAZ-BA, fato que teria sido desconsiderado pelo Autuante em seu levantamento fiscal, observo que as infrações ora em análise, tratam de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Neste caso, vale ressaltar que a concessão de redução da base de cálculo prevista no Termo Atacadista, com base no Decreto 7799/00, exclui do citado benefício fiscal, as mercadorias enquadradas no citado regime de substituição tributária. Assim, não faz qualquer sentido a referida alegação.

Dessa forma, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, considerando ainda, que o defendente, destes tomou conhecimento e permaneceu silente, o que denota ter cessado a lide sobre estas questões. Assim sendo, as infrações 01 e 02 subsistem parcialmente, nos valores de em R\$239.300,86 e R\$773.139,73, respectivamente, conforme planilhas fls. 122/123.

As infrações 03 e 04 se referem, respectivamente, a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, sobre as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, destinadas à comercialização.

Trata-se de matéria prevista no art. 12-A da Lei 7014/96, *in verbis*:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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.

Nas razões de defesa, o impugnante alegou, que no demonstrativo juntado pela fiscalização, constariam alguns documentos fiscais que a empresa desconhecia, não tendo recebido tais mercadorias, e por isso requereu a nulidade das Infrações 03 e 04. Acrescentou que, de fato, não teria recolhido o ICMS antecipação parcial demonstrado pela Fiscalização, no entanto, em seu entendimento, este procedimento não trouxe prejuízo ao erário estadual, considerando que não se creditou do aludido imposto e teria tributado normalmente estas mercadorias, no nono dia de cada mês subsequente a estas entradas.

Não acolho esta pretensão, por falta de provas nos autos desta alegação. Caberia ao autuado comprovar neste processo, que todas as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pela fiscalização foram comercializadas e o respectivo imposto, devidamente recolhido, o que não ocorreu. Observo, que ainda que esse fato fosse demonstrado, o defendente estaria sujeito à multa de 60% do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente, nos termos do art. 42, inciso 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Sobre a alegação de que desconhece parte das notas fiscais que dão suporte ao levantamento das infrações 03 e 04, conforme já apreciado neste voto, não pode prosperar. Saliento que consta neste PAF, demonstrativo detalhado, com número e data dos documentos fiscais que são notas fiscais eletrônicas, constando a respectiva chave de acesso para consulta pelo contribuinte e a constatação de que todas as mercadorias são relacionadas a sua atividade comercial.

Nessa seara, considerando que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a extinção ou revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame, as infrações 03 e 04 são integralmente procedentes.

Quanto ao pedido de redução da multa de ofício aplicada, registro que esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158/159 RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria, objeto da contenda (art. 167, I RPAF/99).

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº **207093.0042/16-8**, lavrado contra **FORTPEL COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.716.502,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR