

A. I. Nº - 206881.0003/18-0
AUTUADO - ANIXTER DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - EUGENIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.08.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS NÃO ENTRARAM NO ESTABLECIMENTO. Item reconhecido. b) LANÇADO CRÉDITO A MAIOR NA ESCRITA FISCAL. Considerações de defesa elidem a autuação. Observado que o crédito extemporâneo decorreu do pagamento de Auto de Infração com todas as cominações legais. Trata-se de glosa de uso do crédito extemporâneo, sem comunicação à autoridade fazendária. Demonstrado que o crédito utilizado, apesar de extemporâneo, foi realizado após decorrido quatro anos de sua ocorrência, portanto, dentro do prazo em que não se operou a decadência. Também, não há nos autos, qualquer indício de que já teria sido usado tal crédito pelo autuado, em sua escrita fiscal, vez que a ação fiscal abarca o período de 01/01/2013 a 31/12/2016, interregno de tempo em que a Fiscalização não identificou qualquer outra ocorrência que denotasse o uso de tal crédito, senão o objeto da presente autuação. Não permitir o uso do crédito, significa dizer que o Estado estaria obtendo um enriquecimento sem causa, infringindo um dos princípios geral do direito, claramente destacado no Art. 884 do Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Item insubsistente. Decisão não unânime. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Item reconhecido. b) APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. b.1) SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Item reconhecido. b.2) UTILIZOU ALIQUOTA INTERESTADUAL EM OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. Item reconhecido. c) MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. c.1) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Item reconhecido. c.2) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Item reconhecido. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTA. IMPOSTO COMPARTILHADO. EC. Nº 87/2015. SAÍDAS PARA OUTRO ESTADO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO DE COMPTENCIA DO ESTADO DA BAHIA. Item reconhecido. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUCESSIVAS DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item reconhecido. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. a) ENTRADAS INTERESTADUAIS

DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a.1)** DATA DE OCORRÊNCIA 28/02/2014. Razões de defesa elidem este item da autuação. Ficou provado que a operação não foi concretizada. Item insubsistente. **a.2)** DATA DE OCORRÊNCIA 30/11/2015. Não se observa dos autos elementos probantes que demonstrem que a operação de aquisição das mercadorias foi concretizada, não ensejando, portanto, a cobrança do ICMS antecipação parcial por entrada de mercadorias no estabelecimento do autuado, para fins de comercialização na forma que dispõe o artigo 12-A da Lei 7.014/96. Aliás há, nos autos, declaração expressa do fornecedor das mercadorias, de que a operação não foi concretizada. Resta, portanto, improcedente este item da autuação. Item insubsistente. **b)** MULTA. 60% DA PARCELA DO IMPOSTO QUE DEIXOU DE ANTECIPAR NA DATA REGULARMENTAR. Item reconhecido. **5.** IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, exige o valor de R\$485.687,90, inerente aos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo e documentos às fls. 17 a 308 dos autos, e CD/Mídia de fl. 309, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.10: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado no valor total de R\$9.100,32, sendo em 2015 no valor de R\$3.684,74 e em 2016 no valor de R\$5.415,58, quando utilizou crédito fiscal do serviço de transporte cujo tomador do serviço é a filial de São Paulo, CNPJ nº 00.521.050/0006-29, conforme Demonstrativo Auditoria do Crédito Indevido relativo a Serviço de Transporte e fotocópias de Conhecimentos de Transporte, anexo I, às fls. 18 a 42 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$9.100,32, com enquadramento no art. 39 e 31, da Lei nº 7.014/96, e multa de 150% aplicada na forma do art. 42, inc. V, alínea “b” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 – 01.02.74: Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, em dezembro/2016 no valor de R\$6.650,08, tendo lançado na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS valor superior ao recolhido, conforme Demonstrativo do Crédito Utilizado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS, anexo II, à fl. 44. Lançado ICMS no valor de R\$6.650,08, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. II; art. 314; e art. 315, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no valor total de R\$4.411,38, sendo em setembro/2015 no valor de R\$795,77 e em 2016 no valor total de R\$3.615,61, conforme Demonstrativo Auditoria das Vendas de Mercadorias Tributadas como não Tributadas, anexo III, às fls. 46 a 47 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$4.411,38, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da

prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, quando vendeu mercadorias adquiridas no mercado interno, para fora do estado com a alíquota de mercadorias importadas (4%), no valor total de R\$3.861,13, sendo em novembro/2015 no valor de R\$1.587,28 e em 2016 no valor total de R\$2.273,85, conforme Demonstrativo do Erro na Aplicação da Alíquota nas Vendas Interestaduais, anexo IV, às fls. 49 à 50 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$3.861,13, com enquadramento no art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 5 – 03.02.03: Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia no valor total de R\$1.064,75, sendo em dezembro/2014 no valor de R\$454,73, quando vendeu mercadorias dentro do Estado com alíquota de mercadoria importada, e em abril/2016 no valor total de R\$610,02, quando vendeu dentro do Estado mercadorias com alíquota de 17%, quando a alíquota seria 18%, conforme Demonstrativo do Erro na Aplicação da Alíquota nas Vendas Dentro do Estado, anexo V, às fls. 52 a 53. Lançado ICMS no valor de R\$1.064,75, com enquadramento no art. 15, inc. I, §§ 2º e 3º; art. 16 e art. 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 6 – 03.02.16: O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, recolheu a menor ICMS partilhado - devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final - não contribuinte do imposto - localizado em outra unidade da federação no mês de outubro/2016 no valor de R\$261,02, conforme Demonstrativo da Diferença de Alíquotas nas Vendas Interestaduais a Não Contribuintes, anexo VI, à fl. 55. Lançado ICMS no valor de R\$261,02, com enquadramento no art. 49-C, da Lei nº 7.014/96, c/c com art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015; e Convenio ICMS 93/15, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 7 – 07.14.01: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais em 2016 no valor total de R\$2.689,08, conforme Demonstrativo do ICMS Substituição Tributária sobre Serviço de Transporte Retido e Não Recolhido e fotocópia de Conhecimentos de Transporte, anexo VII, às fls. 57 a 63. Lançado ICMS no valor de R\$2.689,08, com enquadramento no art. 34, inc. III, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 298, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 150% aplicada na forma do art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização no valor total de R\$354.282,95, sendo em fevereiro/2014 no valor total de R\$194.301,91 e em novembro/2015 no valor total de R\$159.981,04, conforme Demonstrativo da Falta de Recolhimento da Antecipação Parcial de Notas Fiscais não Registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), anexo VIII, às fls. 65 a 78 dos autos. Lançado ICMS no valor de 354.282,95, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 9 – 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga 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 no valor total de R\$17.980,96, sendo no exercício de 2014 no valor total de R\$13.794,47, em 2015 no valor total de R\$3.916,09 e em 2016 no valor total de R\$270,40, conforme Demonstrativos Auditoria da Antecipação Parcial recolhida a menor, anexo IX, às fls. 80 a 93 dos autos. Lançado multa no valor de R\$17.980,96, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, tipificada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 10 – 12.01.01: Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das

despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Consta da descrição dos fatos que deixou de incluir na base de cálculo do ICMS, despesas aduaneiras, no valor total de R\$47.580,26, sendo em 2014 no valor total de R\$6.365,39, em 2015 no valor total de R\$22.887,21 e em 2016 no valor total de R\$18.327,66, conforme Demonstrativo Auditoria Fiscal nas Operações de Importação bem como cópias dos respectivos comprovantes de pagamento das citadas despesas, anexo X, às fls. 93 a 220 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$47.580,26, com enquadramento no art. 4º, inc. IX e art. 17, inc. VI, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. IV, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal no valor total de R\$25.909,03, sendo em 2013 no valor total de R\$1.929,53, em 2014 no valor total de R\$11.926,41, em 2015 no valor total de R\$11.831,51 e em 2016 no valor total de R\$221,58, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas no Livro Registro de Entradas 2013 e da Multa - Nota Fiscal de Entrada não Lançada 2014, 2015 e 2016, anexo XI, às fls. 222 a 306 dos autos. Lançado multa no valor de R\$25.909,03, com enquadramento no art. 217 e 247, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 tipificada na forma do art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 12 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal no valor total de R\$11.896,94, sendo em 2013 no valor total de R\$11.875,03, em 2014 no valor total de R\$2,71 e em 2016 no valor total de R\$19,19, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas no Livro Registro de Entradas 2013 e da Multa - Nota Fiscal de Entrada não Lançada 2014 e 2016, anexo XI, às fls. 222 a 306 dos autos. Lançado multa no valor de R\$25.909,03, com enquadramento no art. 217 e 247, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 tipificada na forma do art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 333 a 344 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.521.050/0004-67 e com Inscrição Estadual neste Estado sob o nº 102.036.314, localizada no Estado da Bahia, Município de Simões Filho, na V Periférica I, 5492, Cía do Sul, CEP: 43.700-000, vem, respeitosamente, apresentar a presente manifestação sobre o Auto de Infração em tela.

Consigna que tem como objeto social comprar, vender, distribuir, alugar, armazenar, importar e exportar fios, cabos e equipamentos de som e segurança, para transmissão de imagem, som, energia, informações e dados, produtos para comunicação e telecomunicações, bem como prestar serviços de manutenção e instalação de referidos equipamentos, consoante atesta sua documentação societária. Para tanto, possui filial no Município de Simões Filho, neste Estado. Esse é o estabelecimento objeto da autuação fiscal.

Por ser comerciante, fica sujeita a apurar e pagar o ICMS-Circulação. Todos os seus estabelecimentos obedecem a rígidos procedimentos destinados a garantir o fiel cumprimento da complexa legislação tributária que estrutura a incidência do imposto neste Estado.

Mesmo assim, diz ter recebido o Auto de Infração em epígrafe, que contém a descrição de 12 (doze) diferentes infrações relativas, em suma, à exigência de ICMS, indevida utilização de crédito de ICMS, falta de escrituração de documentação fiscal e multas.

Com relação às infrações descritas nos itens 01, 03, 04, 05, 06, 07, 09, 11 e 12, esclarece que realizou o pagamento integral dos valores exigidos por meio de tais itens e que realizará o pagamento do item 10, em 30.11.2018. Assim, requer seja determinada a extinção de referidos créditos tributários, nos termos do artigo 156, inciso I do Código Tributário Nacional (“CTN”).

Já com relação aos itens “02 - 01.02.74” e “08 - 07.15.01”, estes serão combatidos, através da presente defesa, tendo em vista que as acusações carecem de fundamentos de fato e direito, conforme será detalhado a seguir.

Inicialmente, transcreve o teor das acusações da d. Fiscalização:

Infração 02: “Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Em dezembro/2016 no valor de R\$ 6.650,08, tendo lançado na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS valor superior ao recolhido, conforme Demonstrativo do Crédito Utilizado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS, anexo II.”

Infração 08: “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

No valor total de R\$ 354.282,95, sendo, em fevereiro/2014, no valor total de R\$ 194.301,91 e, e novembro/2015, no valor total de R\$ 159.981,04, conforme Demonstrativo da Falta de Recolhimento de Antecipação Parcial de Notas Fiscais não Registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), anexo VIII.”

Diz que, com o devido respeito ao trabalho da d. Fiscalização, as supostas infrações acima transcritas são totalmente improcedentes, conforme será comprovado nos tópicos a seguir.

- III – DA IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO -

III.1 – VALIDADE DO CRÉDITO GLOSADO E NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DO “ITEM 2”

Com relação ao “item 2”, diz que inexistente o creditamento indevido ou a maior suscitado pela d. Fiscalização. A d. Fiscalização alega que teria utilizado crédito fiscal de ICMS a maior referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação, em dezembro de 2016 no valor de R\$ 6.650,08, tendo lançado-o na coluna “Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS” valor superior ao recolhido.

Destaca que o crédito mencionado (de R\$6.650,08), é, de fato, referente à antecipação do pagamento do ICMS incidente sobre a suposta aquisição de mercadorias de outras unidades da federação. No entanto, a Fiscalização ignorou completamente que, após o efetivo recolhimento do ICMS por antecipação, referidas mercadorias foram recusadas pela Impugnante, o que ensejou o direito ao crédito aqui defendido, nos termos expressamente previstos pelo § 1º do artigo 299 do RICMS. Diz que isso pode ser comprovado documentalmente pela Impugnante.

Destaca que a Nota Fiscal nº 21.543 (nota de saída do fornecedor da Impugnante – doc. 04), apresenta valor total correspondente a R\$ 60.939,60. O valor do ICMS destacado, por sua vez, corresponde a R\$ 3.709,65, conforme figura no corpo da defesa de fl. 336.

Diz que, conforme atesta o Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, também anexo (doc. 04.1), antes mesmo da entrada da mercadoria no território da Bahia foi exigido da Impugnante o pagamento de ICMS relativo à referida nota (corresponde a R\$ 10.359,73), conforme figura no corpo da defesa de fl. 337.

Neste sentido, aduz que, levando em conta que já havia sido destacado o crédito de R\$3.709,65, o valor do ICMS a pagar correspondeu exatamente a R\$6.650,08 (valor do ICMS devido subtraindo-se o valor recolhido na operação anterior). Esse valor, somado à “multa por infração” (correspondente a R\$1.197,01), equivale a R\$7.847,09.

Diz que este referido valor foi integralmente recolhido aos cofres públicos, conforme diz atestar com a guia de recolhimento e o comprovante de pagamento (doc. 04.2), também copiados abaixo no corpo da defesa de fl.338.

Neste contexto, diz que o direito ao crédito do valor recolhido antecipadamente, decorre, conforme já mencionado da recusa das mercadorias pela Impugnante. Para que não existam dúvidas sobre tal fato, diz apresenta declaração de seu fornecedor (doc. 04.3), que destaca na forma de figura no corpo da defesa de fl.339

Desta forma, diz que, tendo em vista que: (i) houve o efetivo e integral pagamento do ICMS por antecipação, bem como que (ii) as mercadorias foram recusadas, conforme declaração do fornecedor da Impugnante (doc. 04.3), não há dúvidas sobre a validade do crédito tomado, nos

exatos termos do art. 299, do Decreto 13.780/2012 (RICMS/BA), que destaca.

Diz, então que resta comprovado que o “item 2” da presente autuação deve ser integralmente cancelado.

III.2 – INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR RELATIVO À EXIGÊNCIA DO ICMS POR ANTECIPAÇÃO REFERENTE À AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DO “ITEM 8” DIANTE DE SUA NULIDADE E IMPROCEDÊNCIA

Com relação ao “item 8”, a d. Fiscalização afirma que a Impugnante teria deixado de recolher ICMS antecipação parcial referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, o que corresponderia ao valor total de R\$354.282,95. Este valor seria correspondente aos valores devidos em fevereiro/2014 e novembro/2015, que representam montantes de R\$194.301,91 e R\$159.981,04, respectivamente.

Diz que os supostos débitos são completamente infundados. As Notas Fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo fornecedor da Impugnante, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento e nem mesmo haviam sido encomendadas. Tampouco houve pagamento, inexistindo, portanto, circulação de mercadoria e o fato gerador de ICMS.

Aduz que, apesar da impossibilidade de se fazer prova negativa (no sentido de que não houve operação no presente caso, ou de que não houve pagamento), reuniu todos os documentos aptos a afastarem as alegações, quais sejam:

- I. Cópias das Notas Fiscais de saída, emitidas por seu fornecedor, que ensejaram a cobrança do suposto débito relativamente ao ano de 2014 (NF de saída nº 1014, com a respectiva devolução comprovada com a NF nº 1015 – mercadorias objeto das NFs 1020 e 1021) (doc. 05);
- II. Obteve, junto ao seu fornecedor, declaração assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527, 3537 e 3547 nunca foram entregues e que também não houve qualquer pagamento relativo a elas, comprovando-se que as operações ora questionadas nunca foram completadas (doc. 05.1);

Diante de tais provas e argumentos, verifica-se que não houve a efetiva “aquisição de mercadoria” apta a ensejar a cobrança de ICMS por antecipação, nos termos no artigo 12-A, da Lei nº 7.014 de 1996, que destaca.

Diz que o artigo 450 do RICMS/BA prevê ainda que, nos casos em que a mercadoria não chega a ser recebida pelo adquirente; ou seja, se antes da assinatura do canhoto da nota fiscal, o adquirente percebe algum motivo que justifique o não recebimento da mercadoria, e simplesmente a recusa, não há a necessidade de se emitir um novo documento fiscal para proceder ao retorno da mercadoria ao remetente. O retorno se dará com a mesma nota fiscal que documentou a remessa, devendo ser mencionados os motivos da recusa da mercadoria.

Dessa forma, diz verificar que a Impugnante não cometeu qualquer infração e tampouco deve o tributo ora cobrado.

Além disso, aduz que não há dúvidas de que o lançamento aqui em pauta padece de vícios que o cominam de nulidade absoluta, nos termos do artigo 142 do CTN, uma vez que não foi realizado com o devido respeito à legislação e à vinculação plena que limita a atividade de constituição do crédito tributário.

Registra que o tributo só pode ser lançado em razão da incidência de lei específica e vigente, de maneira clara, precisa e vinculada. Destaca os artigos 3º e 142 do CTN. Em seguida, potua que o Auto de Infração assim pautado em ilações contraria não apenas a própria legislação estadual, mas também o CTN, que impõem a precisão e a boa delimitação das regras aplicáveis quando da construção do lançamento tributário.

Após outros destaques, com relação aos art. 18, 20, 21 do RPAF/BA, argui nulidade deste item 8 da autuação, por, à luz do seu entendimento, não reunir condições de ser mantido.

• IV. CANCELAMENTO DA MULTA

Diz que a multa imposta deve ser cancelada, como todo o Auto de Infração. Contudo, caso seja mantida a autuação – o que não se entenderia – é certo que a multa de 60% tem de ser cancelada. Ou então, ao menos, reduzida.

Aduz que demonstrou a incorreção do trabalho fiscal e provou que a razão das diferenças apontadas não decorre de nenhuma infração. Nada, portanto, nenhuma conduta há que possa ensejar a aplicação de multa.

- *V. DILIGÊNCIA*

Consigna que, apesar da clareza dos dados ora adunados e das razões lançadas, que provam a improcedência do trabalho fiscal, caso este d. Órgão Julgador entender necessário, a Impugnante requer a baixa em diligência ou perícia fiscal, tal como permitem o §3º do art. 123 c/c 145 do Decreto Estadual nº 7.629/1999.

Destaca que a diligência – embora a Impugnante a entenda prescindível, pois o racional da acusação já foi afastado – servirá para que se responda e se confirme que as “omissões” apontadas decorrem das incongruências procedimentais lançadas.

- *VI. PEDIDO*

Ante o exposto, respeitosamente, requer que sejam as razões de Impugnação acolhidas e reconhecida a nulidade do Auto de Infração; caso este d. Órgão Julgador não reconheça a nulidade, requer seja reconhecida a improcedência do trabalho fiscal, ante as razões específicas lançadas e a documentação ora juntada, que comprova o direito alegado.

Requer, por fim, seja reconhecido também o pagamento integral das Infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07, 09, 10, 11 e 12 do presente Auto de Infração e a extinção do crédito tributário nos termos do artigo 156, inciso I do CTN.

A autuante presta a informação fiscal, às fls. 431 a 439 dos autos, onde, após descrever, de forma resumida, os termos da autuação e da defesa, assim posiciona sobre as impugnações dos itens 2 e 8 do Atuo de Infração, em análise:

- *ITEM 2 - INFRAÇÃO 2 – 01.02.74*

Diz que a presente infração refere-se a utilização a maior de crédito fiscal do ICMS relativo a antecipação parcial lançada na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS no mês de dezembro/2016 no valor de R\$9.093,76, tendo sido recolhido o valor de R\$2.443,68, cuja diferença no valor de R\$6.650,08 não constava dos recolhimentos do período, conforme extrato de recolhimento anexo fl. 313 e 314 do processo.

Consigna que o art. 309 inc. II do RICMS/Ba, Decreto nº 13.780/12, prevê dentre as hipóteses de utilização do crédito fiscal o valor do imposto antecipado parcialmente, cabendo sua escrituração no quadro Crédito do Imposto – Outros Créditos no Registro de Apuração do ICMS no período em que ocorrer o recolhimento.

Por sua vez, diz que o art. 314 inc. II do referido decreto determina que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar o direito a utilização do crédito.

Diz observar que o referido crédito correspondente a uma aquisição de mercadoria através da nfe nº 21543 emitida em 22/11/2012, cujo imposto por antecipação foi pago em 21/12/2012, através do auto de infração 232532.1135/12-7 lavrado em 26/11/2012, que foi apresentado pela autuada em sua defesa, cujo lançamento deveria ter sido feito à época, em dezembro/2012 ou janeiro/2013.

A utilização fora do período, em dezembro/2016, quando já se passaram quatro anos do ocorrido, conforme prevê o art. 315 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, só seria permitido após autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não ocorreu.

Diante dos fatos, e uma vez não ter sido lançado o crédito no período correto, não poderia ter se

apropriado em dezembro/2016, sem comunicar a Secretaria da Fazenda e sem fazer constar do lançamento no livro RAICMS que referia-se a crédito fiscal extemporâneo, além do que, não restou comprovado a não utilização do mesmo anteriormente, cabendo-nos salientar que desconhecíamos a existência do referido documento fiscal, uma vez que o período fiscalizado foi de 2013 a 2016.

• **ITEM 8 - INFRAÇÃO 8 – 07.15.01**

Com relação a falta de recolhimento da antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, cujas notas fiscais não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), diz que cabe tecer as seguintes considerações:

- a) após exame da documentação apresentada pela autuada em sua defesa, pontua ter verificado, com relação a nota fiscal de entrada NFE nº 1014, emitida em 14/02/2014, que efetivamente as mercadorias constantes das mesmas foram devolvidas, uma vez ter sido comprovado através da emissão da NF nº 1015 em 17/02/2014, tendo sido substituída pelas NF nº 1020 e 1021 emitidas em 17/02/2014;
- b) quanto a NF nº 3527 emitida em 20/11/2015, a NF nº 3537 de 23/11/2015 e a NF nº 3547 de 24/11/2015, informa que o contribuinte não comprovou que efetivamente não recebeu as mercadorias constantes dos respectivos documentos fiscais, sua devolução ou cancelamento, tendo as mesmas sido autorizadas.
- c) conforme citado pela autuada em sua defesa, diz que o art. 450 do RICMS/Ba dispõe sobre os requisitos para o retorno das mercadorias que não forem entregues ao destinatário, devendo ser feita a observação na 1ª via da própria NF originária e do conhecimento de transporte do motivo da recusa da mercadoria, antes de se iniciar o retorno pelo destinatário ou transportador. Diz, então, preceituar o art. 8º. Inc. IV e parágrafo 1º. do RPAF/BA Decreto n. 7.629/99 que, cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, sendo que as provas anexadas pela autuada não elide a infração cometida.
- d) salientar que a autuada deixou de registrar na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), diversas notas fiscais de entradas, tendo inclusive reconhecido como devido a multa pela falta de registro das NF's nº 3527, 3537 e 3547, conforme demonstrativos anexo fls. 222 a 230 do processo, infrações nº 11 e 12 do auto de infração.
- e) informa que, a empresa fornecedora registrou na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) tais vendas, conforme Livro Registro de Saídas, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS, fotocópias que ora anexa ao presente processo.
- f) Diz retificar o procedimento fiscal, ficando reduzido o total do débito da presente infração de R\$354.282,95 (Trezentos e cinquenta e quatro mil, duzentos e oitenta e dois reais e noventa e cinco centavos) para R\$159.981,04 (Cento e cinquenta e nove mil, novecentos e oitenta e um reais e quatro centavos), conforme descrição a seguir:

MÊS/ANO	VLR DEVIDO AI	VLR DEVIDO REAL	DIFERENÇA
02/2014	194.301,91	0,00	0,00
11/2015	159.981,04	159.981,04	159.981,04

Ante o exposto, diz que, possuindo o presente processo elementos necessários à caracterização das infrações cometidas, entende ser desnecessária perícia fiscal e/ou diligência.

Diz, também, verificar que o pedido de improcedência e/ou nulidade com base nas alegações da autuada carece de consistência e não está previsto nos dispositivos regulamentares notadamente o art. 18 do RPAF/BA Decreto nº 7.629/99, tendo o contribuinte total condição de defender-se, estando o presente lançamento de ofício fundamentado em diplomas legais vigentes com todos

os elementos necessários para a caracterização da infração, elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Ratifica parcialmente o procedimento fiscal, ficando o total do débito do presente Auto de Infração reduzido de R\$485.687,90 (Quatrocentos e oitenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e sete reais e noventa centavos) para R\$291.385,99 (Duzentos e noventa e um mil trezentos e oitenta e cinco reais e noventa e nove centavos), conforme Demonstrativo Auditoria da Antecipação Parcial não Recolhida – NFe não Registrada na EFD 2015, que ora diz anexar ao PAF.

Ante o exposto, solicita a procedência parcial do presente processo, por estar de acordo com a legislação tributária em vigor, especialmente o RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, por ser de JUSTIÇA!!!

Voltando aos às fls. 475/480, o sujeito passivo apresenta manifestação sobre a Informação Fiscal de fls. 431 a 439 dos autos, que a seguir passo a descrever:

Após traçar algumas considerações sobre os termos da Informação Fiscal, diz que, com relação ao item 2, a d. Auditora Fiscal reconheceu a validade do crédito glosado, justificando, todavia, a sua não manutenção pelo simples fato de que *“não teria lançado o crédito durante o período de 4 (quatro) anos previsto pelo artigo 315 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12”, de acordo com o qual, “tal conduta somente seria permitida com autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não ocorreu”.*

Diz, também, que a d. Auditora Fiscal alegou que *“desconhecia a origem do crédito pois apenas fiscalizou o período de 2013 a 2016”,* e o crédito tem origem em operação ocorrida em 2012 (fls. 436).

Diz, então, que é completamente ilegal condicionar a utilização de crédito que não for utilizado no período máximo de apenas quatro anos a autorização do Poder Executivo quando o Código Tributário Nacional estabelece prazo de cinco anos.

Após destacar entendimento do STJ, além de destacar o artigo 31, parágrafo único, da Lei 7.014/96 que dispõe que *“o direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 anos contados da data da emissão do documento fiscal, destaca que, não é demais lembrar que o direito ao crédito decorre da regra constitucional da não-cumulatividade, sendo, portanto, obrigatório o reconhecimento do direito da Impugnante e cancelamento do item 2 do presente Auto de Infração.*

Com relação ao item 8, diz que, tampouco merecem prosperar as alegações da d. Auditora Fiscal para sua manutenção parcial. O item deve ser completamente cancelado, em razão dos fatos e direito a seguir detalhado.

Em primeiro lugar, pontua que não merece prosperar, de forma alguma, o argumento de que *“a Impugnante deixou de registrar referidas notas fiscais na sua Escrituração Fiscal Digital, tendo inclusive reconhecido como devida a multa pela falta de registro dessas notas, conforme demonstrativos anexos às fls. 222 a 230 deste processo”.*

Diz que, em momento algum, reconheceu que deveria ter escriturado as referidas notas. Os itens 11 e 12 deste Auto de Infração foram, de fato, quitados. No entanto, isso não implica em reconhecimento de quaisquer infrações, mas apenas que optou por não discutir referidos itens, utilizando-se de programa de anistia vigente para quita-los. Destaca que isso fica bem claro em sua defesa, conforme trecho a seguir destacado:

“Com relação às infrações descritas nos itens “01 – 01.02.10”, “03 – 02.01.03”, “04 – 03.02.02”, “05 – 03.02.03”, “06 – 03.02.16”, “07 – 07.14.01”, “09 – 07.15.05”, , “11 – 16.01.01” e “12 – 16.01.02”, a Impugnante esclarece que realizou o pagamento integral dos valores exigidos por meio de tais itens e que realizará o pagamento do item “10 – 12.01.01” em 30.11.2018. Assim, requer seja determina a extinção de referidos créditos tributários, nos termos do artigo 156, inciso I do Código Tributário Nacional (“CTN”).”

Assim, diz que não há que se falar em confissão de quaisquer infrações relativamente às NF's nº

3527, 3537 e 3547.

Além disso, destaca que tampouco colabora para a manutenção deste item o entendimento de que “a empresa fornecedora registrou tais vendas na sua Escrituração Fiscal Digital, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS”. Diz que, se a empresa fornecedora registrou mercadorias que sequer saíram de seu estabelecimento, ou, se foram endereçadas a destinatário diverso, deve-se fiscalizar o estabelecimento da fornecedora. Observa que não possui meios de fazer provas negativas, de que “não recebeu as mercadorias”. Por outro lado, inexistem quaisquer provas do suposto recebimento.

Dessa forma, diz que não há que se falar na falta de recolhimento de ICMS em um caso que, repita-se, as Notas Fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo fornecedor da Impugnante, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento e nem mesmo haviam sido encomendadas, e em que tampouco houve pagamento, inexistindo, portanto, circulação de mercadoria e o fato gerador do imposto.

E para comprovar tal afirmação, diz que foi juntado os autos a declaração do próprio fornecedor, assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527, 3537 e 3547 nunca foram entregues, demonstrando-se, portanto, que as operações ora questionadas nunca foram completadas (doc. 05.1 da Impugnação).

Dessa forma, diz verificar que sequer poderia ser exigido da Impugnante que registrasse na primeira via da nota fiscal e conhecimento de transporte o motivo da recusa da mercadoria, nos termos do artigo 450 do RICMS/BA (conforme consta no parecer da d. Auditora Fiscal), pois não teve conhecimento da suposta remessa de referidas mercadorias ao seu estabelecimento.

Ante todo o exposto, diz reiterar integralmente os termos de sua Impugnação e, especialmente, seu pedido para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração ou, caso este d. Órgão Julgador não reconheça a nulidade, que seja reconhecida a improcedência do trabalho fiscal, ante as razões específicas lançadas e a documentação apresentada nesses autos, que comprova o direito alegado.

Por fim, reitera que, caso este d. Órgão Julgador entender necessário (embora a Impugnante a entenda prescindível, pois o racional da acusação já foi afastado), requer-se a baixa em diligência ou perícia fiscal, tal como permitem o §3º do art. 123 c/c 145 do Decreto Estadual nº 7.629/1999, para que se responda e se confirme que as “omissões” apontadas decorrem das incongruências procedimentais lançadas.

Às fls. 489/491, em resposta a manifestação do contribuinte anexo às folhas nº 475 a 480, a autuante diz manter os termos e cálculos apresentados na Informação Fiscal às folhas nº 431 a 469, quanto aos itens 02 e 08, ratificando o valor total do débito de R\$291.385,99, tecendo as seguintes considerações:

- Quanto à infração nº 02:
 - a) Não procede a afirmação da autuada de que reconheceu a validade do suposto crédito fiscal, conforme pode-se verificar na Informação Fiscal.
 - b) Engana-se ao afirmar que a glosa do crédito ocorreu em decorrência de decadência, e sim, pelo fato de não ter sido comprovado a não utilização anteriormente ao período fiscalizado, exercício de 2012, tendo a autuada total condição de atestar o não lançamento do referido crédito à época.
 - c) O art. 309 inc. II do RICMS/Ba, Decreto nº 13.780/2012, prevê a escrituração no Livro Registro de Apuração do ICMS no período em que ocorrer o recolhimento do imposto antecipado parcialmente, estando o crédito condicionado à idoneidade da documentação e, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação, conforme art. 31 da Lei nº 7.014/96, citado pela mesma.

d) A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal, faltando à mesma a prova material.

• *Quanto à infração nº 08:*

a) Diz que as vendas referentes as notas fiscais motivo da presente infração foram lançadas na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da empresa fornecedora, constando nos documentos todos os dados da autuada, ou seja, razão social, endereço, inscrição estadual e CNPJ, tendo sido autorizadas pela Secretaria da Fazenda, sendo prova suficiente da realização das operações de aquisição das mercadorias nelas consignadas e destinadas ao contribuinte ora autuado, cujos documentos não foram registrados em sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), não cabendo simplesmente a alegação de que não as adquiriu.

b) Entende que, o fato da autuada ter reconhecido e pago a multa referente a falta de registro das notas fiscais, conforme citado na Informação Fiscal, a torna réu confesso, pois admitiu o não lançamento das mesmas na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Diante dos fatos objetivos relativos ao Auto e do exposto, entendendo que as alegações da autuada em sua Manifestação não têm embasamento legal e buscam deliberadamente procrastinar o pagamento do tributo devido, não anexando os meios de prova para demonstrar a veracidade de suas alegações, conforme prevê o art. 80. Inc. IV e parágrafo 1º do RPAF/BA Decreto n. 7.629/99, limitando-se a negar o cometimento das infrações, o que opina pela manutenção do presente Auto de Infração nos termos acima descritos e da Informação Fiscal, razão pela qual firma a legalidade e a correção dos procedimentos de auditoria envolvidos no processo de lavratura do Auto em epígrafe.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o qual exerceu o contribuinte seu direito de defesa com plenitude, em dois momentos do PAF, seja em sede de defesa, ou seja, em sede de manifestação à Informação Fiscal, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$429.909,97, relativo a nove irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$55.777,93, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$485.687,90, sendo impugnadas as infrações 2 e 8. Por sua vez, as infrações 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 e 12, foram acatadas pelo defendente, inclusive com manifestação expressa nos autos, de que efetuou ou iria efetuar o pagamento dos valores reconhecido, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe apenas em relação às infrações 2 e 8 do presente PAF.

A infração 2 diz respeito à utilização a maior de crédito fiscal de ICMS, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra Unidade da Federação, no valor de R\$6.650,08, tendo lançado na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS, em dezembro de 2016, valor superior ao recolhido, conforme Demonstrativo do Crédito Utilizado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS, anexo II, à fl. 44 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$6.650,08, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. II; art. 314; e art. 315 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa destaca, o sujeito passivo, que o crédito mencionado de R\$6.650,08, é, de fato, referente à antecipação do pagamento do ICMS incidente sobre a suposta aquisição de

mercadorias de outras Unidades da Federação. No entanto, diz que a Fiscalização ignorou completamente que, após o efetivo recolhimento do imposto por antecipação, as referidas mercadorias, constantes da nota fiscal objeto da autuação, foram recusadas, o que ensejou ao direito ao crédito aqui defendido, nos termos expressamente previstos pelo § 1º do artigo 299 do RICMS. Diz que isso pode ser comprovado documentalmente pela Impugnante.

Destaca que a Nota Fiscal nº 21.543 (fl. 416) de emissão da AVAYA, seu fornecedor, apresenta valor total correspondente a R\$60.939,60 e o valor do ICMS destacado, por sua vez, corresponde a R\$3.709,65, conforme consta na nota fiscal colacionada no corpo da defesa à fl. 336 dos autos.

Diz que, conforme atesta o AIIM nº 232532.1135/12-7, também anexo à fl. 441, antes mesmo da entrada da mercadoria no território da Bahia foi exigido da Impugnante o pagamento de ICMS relativo à referida nota corresponde a R\$10.359,73, conforme consta do AIIM colacionado no corpo da defesa à fl. 337 dos autos.

Pontua, então, levando em conta que já havia sido destacado o crédito de R\$ 3.709,65, o valor do ICMS a pagar correspondeu exatamente a R\$ 6.650,08 de ICMS devido, subtraindo-se o valor recolhido na operação anterior. Esse valor, somado à “*multa por infração*” correspondente a R\$1.197,01, equivale a R\$ 7.847,09.

Diz, assim, que este referido valor foi integralmente recolhido aos cofres públicos estadual, conforme diz atestar com a guia de recolhimento e o comprovante de pagamento de fl. 338, também copiado no corpo da defesa de fl.338.

Neste contexto, diz que o direito ao crédito do valor recolhido antecipadamente, decorre, conforme já mencionado, da recusa do recebimento mercadorias, em que apresenta declaração de seu fornecedor à fl. 416 (doc. 04.3), que, também, destaca na forma de figura no corpo da defesa de fl.339 dos autos.

Em sede de informação fiscal, a agente Fiscal, diz que a presente infração refere-se à utilização a maior de crédito fiscal do imposto, relativo a antecipação parcial lançada na coluna “Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS,” no mês de dezembro de 2016, no valor de R\$9.093,76, tendo sido recolhido o valor de R\$2.443,68, cuja diferença, no valor de R\$6.650,08, não constava dos recolhimentos do período, conforme extrato de recolhimento anexo fl. 313 e 314 do processo.

Consigna que o art. 309, inc. II do RICMS/Ba, Decreto nº 13.780/12, prevê dentre as hipóteses de utilização do crédito fiscal, o valor do imposto antecipado parcialmente, cabendo sua escrituração no quadro Crédito do Imposto – Outros Créditos no Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Por sua vez, diz que o art. 314, inc. II do referido decreto, determina que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar o direito à utilização do crédito.

Diz observar, que o referido crédito correspondente a uma aquisição de mercadoria através da NFE nº 21543, emitida em 22/11/2012, cujo imposto por antecipação foi pago em 21/12/2012, através do auto de infração 232532.1135/12-7, lavrado em 26/11/2012, que foi apresentado pela autuada em sua defesa, cujo lançamento deveria ter sido feito à época, em dezembro/2012 ou janeiro/2013.

Registra, que a utilização fora do período, em dezembro/2016, quando já se passaram quatro anos do ocorrido, conforme prevê o art. 315 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, só seria permitida após autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não ocorreu.

Diante dos fatos, e uma vez não ter sido lançado o crédito no período correto, não poderia ter se apropriado em dezembro/2016, sem comunicar à Secretaria da Fazenda, e sem fazer constar do lançamento no livro RAICMS, que se referia a crédito fiscal extemporâneo, além do que, não restou comprovado a não utilização do mesmo anteriormente, cabendo-nos salientar que desconhecíamos a existência do referido documento fiscal, uma vez que o período fiscalizado foi

de 2013 a 2016.

Pois bem! Da descrição de tudo até aqui destacado, trata-se, a infração 2, na realidade de glosa do uso extemporâneo de um crédito do ICMS pago por antecipação, decorrente da lavratura de Auto de Infração (AIIM), Modelo 4, no trânsito de mercadoria, em que à época dos fatos geradores, data de ocorrência 26/11/2012, haveria, o sujeito passivo, de ter procedido a movimentação da mercadoria pela NF 21.543, oriunda do Estado de São Paulo, acompanhada do DAE pago do imposto devido por antecipação, o que não assim procedendo, a Fiscalização de Trânsito de Mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, em 26/11/2012, lavrou o AIIM nº 232532.1135/12-7, cobrando o imposto antecipado devido na operação, em que a defendente efetuou seu pagamento na forma do DAE, constante da fl. 338 dos autos, na data de 21/12/2012, com todas as cominações legais devida na operação, conforme prevê a legislação.

Todavia, ao chegar a mercadoria no estabelecimento da defendente, este recusou seu recebimento, sendo assim, na forma da documentação acostada à fl. 339 dos autos, vê-se a emissão de uma nota fiscal de entrada nº 315, em 14/01/2013, pelo fornecedor da mercadoria a AVAYA, estabelecida em São Paulo, com Chave de Acesso constante do citado documento, dando entrada das mercadorias no seu estabelecimento, como assim estabelece a norma legal.

Nesse contexto, a lide resulta no fato da defendente, a empresa autuada, destinatária da mercadoria, ANIXTER DO BRASIL LTDA, Contribuinte Autuado, ter apropriado do crédito oriundo do pagamento do AIIM nº 232532.1135/12-7 em 21/12/2012, lançado de forma extemporânea em dezembro de 2016, quatro anos após sua ocorrência, sem tampouco ter autorização do titular da repartição fazendária da sua circunscrição

Assim dispõe o art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, sobre a permissão do uso do crédito de forma extemporânea, constituído na forma do art. 314, do citado diploma legal:

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.
(Grifo acrescido)

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Como se pode ver da leitura dos dispositivos acima, de fato, a escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314, dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não se tem nos autos. Neste contexto, vejo restar razão as considerações da autuante, no pedido pela manutenção da autuação.

Todavia, há de se destacar, em julgado deste CONSEF, inclusive de lavra de voto deste Relator, como é o caso do AIIM xxxx, de se autorizar a permissão do uso do crédito extemporâneo, desde que seja, de fato, líquido e certo a constituição direito ao crédito e o seu uso não tenha sido efetuado fora do prazo decadencial, o que é o caso no presente PAF.

Observa-se dos autos, que o crédito decorre do pagamento de um AIIM em que o sujeito passivo efetuou seu pagamento com todas as cominações legais exigíveis. Também, o crédito apropriado

extemporaneamente foi realizado após decorrido quatro anos de sua ocorrência, portanto dentro do prazo em que não se imperou a decadência. Também, não há, nos autos, qualquer indício de que já teria sido usado tal crédito na sua escrita fiscal, vez que a ação fiscal abarca o período de 01/01/2013 a 31/12/2016, interregno de tempo em que a Fiscalização não identificou qualquer outra ocorrência que denotasse o uso de tal crédito, senão o objeto da presente autuação.

Neste contexto, manter a autuação, em relação ao item 2 do Auto de Infração (AIIM) em tela, por ter, o sujeito passivo, infringido apenas os termos do art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, dado o fato de não ter solicitado autorização do titular da repartição fazendária, para permitir o uso do crédito, entendo que o Estado estaria obtendo um enriquecimento sem causa, infringindo um dos princípios geral do direito, claramente destacado no art. 884 do Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Voto, portanto pela insubsistência da infração 2.

Por sua vez, a Infração 8, diz respeito a ter deixado, o defendente, de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização no valor total de R\$354.282,95, sendo em fevereiro do ano 2014, no valor total de R\$194.301,91, e em novembro de 2015, no valor total de R\$159.981,04, conforme Demonstrativo da Falta de Recolhimento da Antecipação Parcial de Notas Fiscais não Registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), anexo VIII, às fls. 65 a 78 dos autos. Lançado ICMS no valor de 354.282,95, com enquadramento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

Pontua o sujeito passivo, que as notas fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo seu fornecedor, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento, e nem mesmo haviam sido encomendadas. Tampouco houve pagamento, inexistindo, portanto, circulação de mercadoria e o fato gerador de ICMS.

Aduz que, apesar da impossibilidade de se fazer prova negativa (no sentido de que não houve operação no presente caso, ou de que não houve pagamento), reuniu todos os documentos aptos a afastarem as alegações, quais sejam:

- a. Cópias das notas fiscais de saída, emitidas por seu fornecedor, que ensejaram a cobrança do suposto débito relativamente ao mês de fevereiro do ano de 2014 (fl. 64) – mercadorias objeto da NFE de saída nº 1014 (fl. 418), com a respectiva devolução comprovada com a NF nº 1015 (fl. 419);
- b. Obteve, junto ao seu fornecedor, declaração assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527 (fl. 422), 3537 (fl. 423) e 3547 (fl. 424), que ensejaram a cobrança do suposto débito em novembro do ano de 2015 (fl.65), nunca foram entregues e que também não houve qualquer pagamento relativo a elas, comprovando-se que as operações ora questionadas nunca foram completadas na forma do documento de fl. 426 (doc. 05.1).

Diante de tais provas e argumentos, diz verificar que não houve a efetiva “aquisição de mercadoria” apta a ensejar a cobrança de ICMS por antecipação, nos termos no artigo 12-A, da Lei nº 7.014 de 1996.

Consigna que o artigo 450 do RICMS/BA, prevê ainda que, nos casos em que a mercadoria não chega a ser recebida pelo adquirente; ou seja, se antes da assinatura do canhoto da nota fiscal, o adquirente percebe algum motivo que justifique o não recebimento da mercadoria, e simplesmente a recusa, não há a necessidade de se emitir um novo documento fiscal para proceder ao retorno da mercadoria ao remetente. O retorno se dará com a mesma nota fiscal que documentou a remessa, devendo ser mencionados os motivos da recusa da mercadoria. Dessa forma, diz verificar que não cometeu qualquer infração e tampouco deve o tributo ora cobrado.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante, com relação à falta de recolhimento da antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, cujas notas fiscais não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), diz que

cabe tecer as seguintes considerações:

- a) após exame da documentação apresentada pela autuada em sua defesa, pontua ter verificado, com relação a nota fiscal de entrada NFE nº 1014, emitida em 14/02/2014, que efetivamente as mercadorias constantes das mesmas foram devolvidas, uma vez ter sido comprovado através da emissão da NF nº 1015 em 17/02/2014, tendo sido substituída pelas NF nº 1020 e 1021 emitidas em 17/02/2014;
- b) quanto à NF nº 3527, emitida em 20/11/2015, a NF nº 3537, de 23/11/2015 e a NF nº 3547, de 24/11/2015, informa que o contribuinte não comprovou que efetivamente não recebeu as mercadorias constantes dos respectivos documentos fiscais, sua devolução ou cancelamento, tendo as mesmas sido autorizadas.
- c) salienta que a autuada deixou de registrar na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), diversas notas fiscais de entradas, tendo inclusive reconhecido como devido a multa pela falta de registro das NF's nº 3527, 3537 e 3547, conforme demonstrativos anexo fls. 222 a 230 do processo, infrações nº 11 e 12 do auto de infração.
- d) informa que, a empresa fornecedora registrou na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) tais vendas, conforme Livro Registro de Saídas, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS, fotocópias que ora anexa ao presente processo.
- e) Diz retificar o procedimento fiscal, ficando reduzido o total do débito da presente infração de R\$354.282,95, para R\$159.981,04, conforme descrição a seguir:

Data Ocorr	Vlr Devido AIIM	Vlr Devido Real	Diferença
28/02/2014	194.302,91	0,00	0,00
30/11/2015	159.981,04	159.981,04	159.981,04

Voltando aos autos, às fls. 475/480, Com relação ao item 8, diz que não merecem prosperar as alegações da d. Auditora Fiscal para sua manutenção parcial. O item 8 deve ser completamente cancelado, em razão dos fatos e direito a seguir detalhado.

Em primeiro lugar, pontua que não merece prosperar, de forma alguma, o argumento de que “a Impugnante deixou de registrar referidas notas fiscais na sua Escrituração Fiscal Digital, tendo inclusive reconhecido como devida a multa pela falta de registro dessas notas, conforme demonstrativos anexos às fls. 222 a 230 deste processo”.

Diz que, em momento algum, reconheceu que deveria ter escriturado as referidas notas. Os itens 11 e 12 deste Auto de Infração foram, de fato, quitados. No entanto, isso não implica em reconhecimento de quaisquer infrações, mas apenas que optou por não discutir referidos itens, utilizando-se de programa de anistia vigente para quita-los. Destaca que isso fica bem claro em sua defesa, conforme trecho a seguir destacado:

“Com relação às infrações descritas nos itens “01 – 01.02.10”, “03 – 02.01.03”, “04 – 03.02.02”, “05 – 03.02.03”, “06 – 03.02.16”, “07 – 07.14.01”, “09 – 07.15.05”, , “11 – 16.01.01” e “12 – 16.01.02”, a Impugnante esclarece que realizou o pagamento integral dos valores exigidos por meio de tais itens e que realizará o pagamento do item “10 – 12.01.01” em 30.11.2018. Assim, requer seja determina a extinção de referidos créditos tributários, nos termos do artigo 156, inciso I do Código Tributário Nacional (“CTN”).”

Assim, diz que não há que se falar em confissão de quaisquer infrações relativamente às NF's nº 3527, 3537 e 3547.

Além disso, destaca que tampouco colabora para a manutenção deste item o entendimento de que “a empresa fornecedora registrou tais vendas na sua Escrituração Fiscal Digital, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS”. Diz que, se a empresa fornecedora registrou mercadorias que sequer saíram de seu estabelecimento, ou, se foram endereçadas a destinatário diverso, deve-se fiscalizar o estabelecimento da fornecedora. Observa que não possui meios de fazer provas negativas, de que “não recebeu as mercadorias”. Por outro lado, inexistem

quaisquer provas do suposto recebimento.

Dessa forma, diz que não há que se falar na falta de recolhimento de ICMS em um caso que, repita-se, as Notas Fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo fornecedor da Impugnante, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento e nem mesmo haviam sido encomendadas, e em que tampouco houve pagamento, inexistindo, portanto, circulação de mercadoria e o fato gerador do imposto.

E para comprovar tal afirmação, diz que foi juntado os autos a declaração do próprio fornecedor, assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527, 3537 e 3547 nunca foram entregues, demonstrando-se, portanto, que as operações ora questionadas nunca foram completadas (fl. 426).

Dessa forma, diz verificar que sequer poderia ser exigido da Impugnante que registrasse na primeira via da nota fiscal e conhecimento de transporte, o motivo da recusa da mercadoria, nos termos do artigo 450 do RICMS/BA (conforme consta no parecer da d. Auditora Fiscal), pois não teve conhecimento da suposta remessa de referidas mercadorias ao seu estabelecimento.

Ante todo o exposto, diz reiterar integralmente os termos de sua Impugnação e, especialmente, seu pedido para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração ou, caso este d. Órgão Julgador não reconheça a nulidade, que seja reconhecida a improcedência do trabalho fiscal, ante as razões específicas lançadas e a documentação apresentada nesses autos, que comprova o direito alegado.

Compulsando detidamente os autos, vê-se, de fato, em relação à data de ocorrência 28/02/2014, do item 8 do Auto de Infração em análise, como assertivamente posicionou a autuante, em sede de Informação Fiscal, a operação de aquisição de mercadoria, objeto da NF 1014, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, estabelecido no Estado de São Paulo, não fora concretizada, sendo procedente sua exclusão da autuação.

Relativamente à data de ocorrência de 30/11/2015, que diz respeito à operação de aquisição de mercadoria, objeto das NF 3527, 3537 e 3547, também, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, vê-se a declaração, à fl. 426 dos autos, de que as operações não foram concretizadas, ou seja, os produtos/mercadorias relacionados nas citadas notas fiscais nunca foram entregues, nem tampouco houvera qualquer pagamento relacionado às citadas operações.

Por si só, dado a característica da operação, com a declaração documental do fornecedor de que, de fato, as operações não foram concretizadas, associado ao fato da semelhança com a ocorrência de 28/02/2014, a qual foi inteiramente elidida, convenço-me de que não se tem certeza de que as operações, que fazem parte integrante do lançamento da ocorrência de 30/11/2015, foram efetivamente realizadas, ensejando a cobrança do ICMS antecipação parcial na forma que dispões o artigo 12-A da Lei 7.014/96.

O fato da defendente, ter efetuado o pagamento do item 11 da autuação, que diz respeito à entrada no estabelecimento, de mercadorias tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, e por constar do seu demonstrativo de débito a NF's nº 3527, 3537 e 3547, não implica o reconhecimento da entrada dessas mercadorias no seu estabelecimento. Há de se considerar outras variáveis, como a destacada pelo sujeito passivo, em sede de defesa, que optou por não discutir os referidos itens, utilizando-se de programa de anistia vigente para quitá-los.

Aliás, tanto é verdade esse entendimento, que a nota fiscal de saída de nº 1014, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, estabelecido no Estado de São Paulo, que diz respeito à data de ocorrência de 28/02/2014, deste item 8 do AIIM, a qual foi elidida com a comprovação da emissão da nota fiscal de entrada de nº 1015, emitida pelo próprio fornecedor, na forma acima destacado, também consta do demonstrativo de débito do item 11 da autuação (fl. 225), que foi pago pela defendente, não implica no reconhecimento da entrada no seu estabelecimento, como assim, equivocadamente, manifesta a i. agente Fiscal em sede de Informação Fiscal.

Considerando ausente nos autos elementos probantes, demonstrando que a operação de aquisição das mercadorias, objeto das NF's nº 3527, 3537 e 3547, foi concretizada, ensejando portanto a cobrança do ICMS antecipação parcial por entrada de mercadorias no estabelecimento da defendente, para fins de comercialização na forma que dispõe o artigo 12-A da Lei 7.014/96, entendendo improceder a exigência, relativa à data de ocorrência de 30/11/2015, contida neste item 8 da autuação.

Em conclusão, torna-se totalmente improcedente este item da autuação. Infração 8 insubsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração:

INF	RESULTADO	VLR.HISTÓRICO	VLR.JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	9.100,32	9.100,32	150%
02	IMPROCEDENTE	6.650,08	0,00	60%
03	PROCEDENTE	4.411,38	4.411,38	60%
04	PROCEDENTE	3861,13	3.861,13	60%
05	PROCEDENTE	1.064,75	1064,75	60%
06	PROCEDENTE	261,02	261,02	60%
07	PROCEDENTE	2.689,08	2.689,08	150%
08	PROC.PARTE	354.282,95	159.981,04	60%
09	PROCEDENTE	17.980,96	17.980,96	60%
10	PROCEDENTE	47.580,26	47.580,26	60%
11	PROCEDENTE	25.909,03	25.909,03	1%
12	PROCEDENTE	11.896,94	11896,92	1%
	TOTAL	485.687,90	284.735,89	

VOTO DIVERGENTE – INFRAÇÃO 02

Com a devida vênia, dirirjo do entendimento do i. Relator esposado em seu voto em relação a infração 02, pois estou convencido que a acusação é procedente e, portanto, deve ser mantida a exigência fiscal.

Isto porque, de acordo com o que foi relatado, em 26/11/2012, foi expedido contra o autuado, pela fiscalização no trânsito de mercadorias, o Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, no valor histórico de R\$6.650,08, ao qual foi adicionada multa por infração de R\$1.197,01, totalizando a quantia de R\$7.847,09, que foi paga pelo autuado em 21/12/2012. Esta autuação decorreu da falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial relacionada a Nota Fiscal nº 21.543, oriunda do Estado de São Paulo.

Tendo em vista que o recebimento da mercadoria relacionada ao mencionado documento fiscal foi recusado pelo autuado, o emitente da mesma, no caso o fornecedor estabelecido em São Paulo, emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 315, em 14/01/2013, efetivando, assim, o desfazimento da operação. Não existe dúvidas quanto a isto.

Ocorre, entretanto, que o autuado, sem qualquer embasamento legal, em dezembro/2016, quatro anos após o desfazimento da operação original, lançou em sua escrita fiscal o crédito extemporâneo no valor de R\$6.650,08 **a título de antecipação parcial sobre operação que não foi efetivada**, eis que, comprovadamente, não recebeu a mercadoria relacionada ao suposto crédito lançado. Ao que consta, não fez qualquer menção ao Auto de Infração, real motivo do lançamento que efetuou,

Com isto, o que se tem nestes autos é que o autuado efetuou de forma indevida, o pagamento do Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, em 21/12/2012 e, nesta circunstância, caberia ao mesmo ter ingressado, à época própria, ou em período anterior a efetivação da decadência, com pedido de

restituição de indébito ou, ao invés de efetuar o pagamento do referido A.I., deveria ter ingressado com impugnação, o que não o fez.

Não é possível, portanto, sob o ponto de vista regulamentar, após decorrido tanto tempo, lançar de forma extemporânea em sua escrita fiscal, crédito, a título de antecipação parcial, porém, sem estar expresso no lançamento que foi decorrente de pagamento de Auto de Infração sobre operação que não se efetivou, com claro intuito de recuperar o imposto que foi pago indevidamente sobre o citado Auto de Infração, o que só seria possível, repito, mediante pedido de restituição de indébito, à época própria.

Correta a exigência fiscal. Infração procedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unanime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0003/18-0**, lavrado contra **ANIXTER DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$228.948,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$217.159,58, e de 150% sobre R\$11.789,40, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f”, e V, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$55.786,91**, previstas nos incisos IX e XI da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE - VOTO DISCORDANTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - – JULGADORA