

A. I. N° - 206958.0007/18-7
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/07/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0144-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Os cálculos foram refeitos pelo autuante, ficando reduzido o valor originalmente apurados. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. **c)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. O crédito fiscal deve ser escriturado em face do documento fiscal originário. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Infração comprovada por meio do levantamento fiscal. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo do estabelecimento. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/09/2018, refere-se à exigência do valor total de R\$238.715,81 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a julho, outubro a dezembro de 2016; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$13.684,74. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$79.941,35. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$73.098,18. Multa de 60%.

Infração 04 – 03.02.04: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$53.599,78. Multa de 60%.

Infração 05 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho a agosto e dezembro de 2016. Valor do débito: R\$853,55. Multa de 60%.

Infração 06 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a maio, julho e dezembro de 2016; novembro e dezembro de 2017. Valor do débito: R\$13.278,01. Multa de 60%.

Infração 07 – 07.15.01: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de janeiro, abril, junho, julho e agosto de 2016; janeiro, março a novembro de 2017. Valor do débito: R\$1.338,13. Multa de 60%.

Infração 08 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a junho, agosto, outubro e novembro de 2016. Valor do débito: R\$2.922,07. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 49 a 64 do PAF. Preliminarmente, alega que a lavratura de autos de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção. Não tendo sido observado esse requisito, o auto de infração é nulo.

Com relação à clareza e precisão que se exige no Processo Administrativo Fiscal, o defendente afirma que não pode se curvar a decisão ora combatida, haja vista que é cristalino que a autuação fora do ambiente comercial do autuado, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Alega que se verifica a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do autuante, e tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Comenta que, não possuindo as condições de exigibilidade forense, onde a liquidez e certeza e precisão devem ser provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pela Poder Judiciário.

Entende que se impõe a revisão da decisão proferida, para acolher a preliminar suscitada na impugnação, pelas razões de direito largamente expostas, encerrando o auto de infração, por ser flagrante sua nulidade.

Informa que não havendo acolhidas as preliminares de nulidade, adentra ao mérito para demonstrar que o direito reclamado pelo Fisco Estadual não existe. Comenta sobre o princípio constitucional da não cumulatividade e diz que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

Afirma que tem direito ao crédito do ICMS em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo tributo seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Ressalta que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovados nos autos.

Também comenta que, estando suspensa a exigibilidade do tributo e face a interposição da defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem, necessariamente, permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada a sua inscrição em dívida ativa.

Frisa que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais.

Diz que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Entende que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto ao defendente, o qual não consta nos autos de infração.

Em relação às provas produzidas, diz que o procedimento ora impugnado trata de operações referentes à circulação de mercadorias, e o procedimento esperado da Fiscalização para decretar se houve omissão de saídas, seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no livro Registro de Inventário. Afirma que, no caso concreto, além dos fiscais não terem efetuado o levantamento analítico do estoque, os livros fiscais e contábeis do estabelecimento autuado comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente o saldo de tais operações.

Diz que se observa equívocos lançados pelo autuante, referentes aos produtos tributados, conforme planilha elaborada na defesa. Afirma que o autuante desprezou a base de cálculo constante no SPED que estava diferente do valor dos produtos e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada. Os produtos tinham tributação “cheia”, sem direito a qualquer redução de base de cálculo.

Ressalta que ao Fisco cabe o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário, e o autuante deveria examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como fonte de pesquisa, podendo se valer de outros meios para formar sua convicção.

Afirma que a constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, e deverá ser comprovada por aquele a quem cabe efetuar o lançamento. Fruto de uma fiscalização eivada

de arbitrariedades, os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito.

Apresenta o entendimento de que os documentos juntados ao auto de infração carecem de força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades do autuado, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento do ICMS. Diz que esse entendimento vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais.

Fala sobre a vedação constitucional ao confisco, afirmando que a Constituição Federal proibiu os entes públicos de apoderar-se da propriedade, mediante a edição de atos que pudessem implicar sua transferência das mãos do contribuinte para as suas.

Cita e transcreve os arts. 145, § 1º e 150, incisos I a IV da Constituição Federal, afirmando que esse conjunto de princípios deve ser aplicado harmonicamente, para que não se vejam decisões nem leis desalinhadas dos objetivos de ordem econômico-social que permitam à sociedade desenvolver-se e ter condições de alcançar suas aspirações.

Comenta sobre os princípios da garantia à propriedade privada, da capacidade contributiva e diz que o legislador deve ter em conta os caracteres de pessoalidade e de capacidade econômica, em relação ao patrimônio ou riqueza que se quer tributar, para o fim de estabelecer tributo, de forma que não se configure confisco. Entende que, “quando o tributo for superior ao lucro configura-se confisco da propriedade privada em favor do Estado da Bahia”. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 70 a 72 dos autos, dizendo que todos os demonstrativos de suporte das infrações foram anexados, às fls. 15 a 43 do PAF, sendo que o demonstrativo de 100 folhas teve apenas a 15 e a última folha anexadas em papel, mas se encontram gravado na íntegra na mídia CD que também integra o auto de infração (fl. 44 do PAF).

Faz uma síntese das alegações defensivas e afirma que o autuado não explicitou especificamente qualquer valor, nota fiscal, data, etc., preferindo abordar todas as questões de forma teórica, com exposição de princípios constitucionais, como se apenas em sede de Juízo oficial se tratasse a matéria.

Afirma que não houve qualquer documento novo, demonstrativo, cópia, etc., acostado ao presente processo pelo defendente. Passa a comentar os argumentos defensivos na mesma ordem em que foram postos:

1. Local de lavratura: Diz que o Termo de Encerramento de Fiscalização, documento que integra o auto de infração é lavrado intrinsecamente em conjunto com o mesmo, informa cristalinamente a repartição fazendária como o local de lavratura. Comenta que não entende o real motivo da alegação defensiva.
2. Falta de discriminação de notas fiscais e valores: Informa que as fls. 14 a 44 do PAF constituem os demonstrativos de suporte de todas as infrações, e nelas se percebe claramente a presença dos dados reclamados. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração, conforme fl. 46 do PAF.
3. Clareza da acusação: Afirma que além de todos os demonstrativos estarem claros, durante a ciência do auto de infração ao preposto da empresa, foi-lhe explicado, caso a caso, em que se constituíam cada uma das infrações. Deu a entender sua perfeita compreensão de cada um dos casos.
4. Princípio da não-cumulatividade: Observa que nenhuma das infrações e nenhum dos valores cobrados ferem o mencionado princípio. Como não houve qualquer apontamento específico, não há maiores considerações a fazer.

5. Direito ao crédito e sua escrituração: Corrobora com todas as palavras da Defesa que se apresentam em consonância à legalidade da escrituração fiscal atual.
6. Percentual de multas superior a 2%: Afirmar que não pode ir contra o Art. 42 da Lei 7014/96. Qualquer exigência neste caminho, em sede administrativa ou judicial, não produzirá o efeito desejado.
7. Quanto à Infração 01, informa que em relação a pescados, houve erro na inclusão destes itens no levantamento fiscal desta infração, porque voltaram à tributação normal, através da vigência do Dec. 16.738/16, com efeitos a partir de 01.06.2016. Assim, produziu novo demonstrativo com este expurgo, que segue anexo à Informação Fiscal, e também gravado na mídia CD que originalmente integra o auto de infração, fl. 44 do PAF. Remanesce o débito de R\$ 9.614,46.
8. Sobre a Infração 04, em relação a Frutas Isentas, verificou que no demonstrativo da infração só se acharam relacionados os itens “Ameixa a Granel Seca kg” e “Pera Kg”, que foram prontamente expurgadas no novo demonstrativo da infração, anexo à Informação Fiscal e também gravado na mídia CD que originalmente integra o auto de infração. Remanesce R\$ 53.437,37.
9. Em relação à Base de cálculo constante no SPED, diz que não compreende a alegação da empresa. Contudo, explica que todos os valores citados nos demonstrativos estão rigorosamente iguais aos lançados nos arquivos EFD que constituem a escrituração do estabelecimento fiscalizado.
10. Falhas de Sistema: Ressalta que o autuado admite erros internos no seu sistema. Mas não indica com clareza a extensão deles ou a vinculação deles às infrações apontadas.
11. Presunção da venda de mercadorias sem nota fiscal: Diz que não sustenta esta ocorrência entre as acusações. Nenhuma das infrações aponta para o fato combatido.
12. Provas Suficientes: Afirmar que não pode ajudar a empresa neste particular sem haver o apontamento das infrações sobre as quais sustenta a aludida “falta de provas”. Garante que todas as infrações têm seus demonstrativos de suporte anexos no auto de infração.
13. Confisco das multas: Como se trata de item teórico, talvez do campo constitucional, ou no mínimo no âmbito do Código Tributário Nacional, informa que não apresenta comentários por fugir à sua alçada.
14. Princípio da Progressividade: Discorda que uma empresa só tenha que pagar imposto até o limite do seu lucro. Diz que a economia feita com o imposto não recolhido, conforme as infrações apresentadas, se pode depreender que houve geração de riqueza suficiente para a contemplação das cobranças havidas. Os demonstrativos anuais da empresa garantem isso.
15. Nulidade X improcedência: Informa que o autuado não contestou de fato as acusações, não citou qualquer valor indevido, não apontou qualquer elemento gritante no trabalho fiscal, enfim, quase concordou tacitamente com tudo.

Com as modificações efetivadas nas infrações 01 e 04, informa que o novo montante exigido passou a ser de R\$ 234.583,13, conforme novos demonstrativos anexos, bem como gravados na mídia CD integrante do auto de infração.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, para exigir o montante de R\$ 234.583,13 que representa o valor original menos os valores acatados.

Conforme fls. 77/78, o defendente foi intimado, com o encaminhamento de cópia da informação fiscal e mídia CD, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

VOTO

O defendente suscitou a nulidade da autuação alegando que a lavratura de autos de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção. Afirmou que não tendo sido observado esse requisito, o auto de infração é nulo. Disse que é cristalino que a autuação fora do ambiente comercial do autuado, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Observo que de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Por isso, inexistente qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal, conforme consta no campo próprio destinado aos dados da lavratura. Além disso, o Auto de Infração é emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, não podendo ser lavrado no estabelecimento do contribuinte, considerando que requer equipamentos específicos que se encontram na Repartição Fiscal.

O autuado alegou que a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento fiscal redundaram em erro do autuante, e tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

O autuante esclareceu que as fls. 15 a 44 do PAF constituem os demonstrativos de suporte de todas as infrações, e nelas se percebe claramente a presença dos dados reclamados. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração, conforme fl. 45 do PAF. Portanto, não prospera a alegação defensiva.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 15 a 44 dos autos) e o defendente assinou o Termo de Entrega à fl. 45, estando comprovado que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos.

Vale salientar, que não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos e Termo de Entrega de mídia, contendo os arquivos eletrônicos relacionados ao procedimento fiscal (fl. 45), inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. O autuado entendeu os fatos apurados, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando da exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defendente comentou sobre o princípio constitucional da não cumulatividade e afirmou que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

Disse que o contribuinte tem direito ao crédito do ICMS em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo tributo seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal.

O autuante informou que nenhuma das infrações e nenhum dos valores cobrados fere o mencionado princípio. Afirmou que corrobora com todas as palavras da Defesa que se apresentam em consonância à legalidade da escrituração fiscal atual.

Observo que em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve respeitar o que preceitua a legislação tributária, em especial o art. 309 do RICMS-BA/2012 e arts. 28 a 31 da Lei 7.014/96, e o levantamento fiscal foi efetuado observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais, estabelecidos na legislação, anteriormente mencionados. Portanto, não acato a alegação defensiva.

O autuado também alegou que o procedimento esperado da Fiscalização para decretar se houve omissão de saídas, seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no livro Registro de Inventário. Afirmou que, no caso concreto, além dos fiscais não terem efetuado o levantamento analítico do estoque, os livros fiscais e contábeis do estabelecimento autuado comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente o saldo de tais operações.

O Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria fiscal ser realizada através de contagem física ou análise documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

A Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a julho, outubro a dezembro de 2016; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2017. Demonstrativo às fls. 15/16 do PAF

Na informação fiscal, o autuante disse que em relação a pescados, houve erro na inclusão destes itens no levantamento fiscal desta infração, porque voltaram à tributação normal através da vigência do Dec. 16.738/16, com efeitos a partir de 01.06.2016. Assim, produziu novo demonstrativo com este expurgo, anexo à Informação Fiscal (fls. 73/74) e também gravado na mídia CD que originalmente integra o auto de infração, fl. 44 do PAF. Remanesce o débito de R\$ 9.614,46.

Vale salientar, que o defendente foi intimado, conforme fls. 77/78, e não apresentou qualquer contestação aos novos valores apurados. Acato as conclusões do autuante e voto pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$9.614,46, de acordo com o novo demonstrativo às fls. 73/74 dos autos.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017.

Conforme estabelece o art. 290 do RICMS-BA/12, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária. Portanto, é vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Demonstrativo à fl. 28 do PAF

O direito ao crédito fiscal, para efeito de compensação com o débito do imposto, está condicionado à idoneidade da documentação e escrituração nas condições e prazos estabelecidos na legislação (art. 31, da Lei 7.014/96). Neste caso, o crédito fiscal deve ser escriturado em face do documento fiscal originário da operação.

Infração 04: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Demonstrativo às fls. 29/30 do PAF

Na informação fiscal, o autuante disse que em relação a Frutas Isentas, verificou que no demonstrativo desta infração se acharam relacionados os itens “Ameixa a Granel Seca kg” e “Pera Kg”, que foram prontamente expurgadas no novo demonstrativo da infração, anexo à Informação Fiscal e também gravado na mídia CD que originalmente integra o auto de infração. Remanesce R\$ 53.437,37.

O defendente foi intimado, conforme fls. 75/76, e não apresentou qualquer contestação aos novos valores apurados. Acato as conclusões do autuante e voto pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$53.437,37, de acordo com o novo demonstrativo às fls. 75/76 dos autos.

Infração 05: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho a agosto e dezembro de 2016.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a maio, julho e dezembro de 2016; novembro e dezembro de 2017.

Em relação à aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 332, inciso III, alíneas “a” e “g”, e § 2º do RICMS-BA/2012, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de janeiro, abril, junho, julho e agosto de 2016; janeiro, março a novembro de 2017.

Infração 08: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a junho, agosto, outubro e novembro de 2016.

A exigência de ICMS a título de antecipação parcial foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal.

As hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à

diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

Observo que os fatos não foram comprovados pelo autuado nas razões de defesa, e os dados numéricos do levantamento fiscal também não foram contestados, haja vista que na impugnação apresentada, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração e alegou que as infrações não foram devidamente comprovadas.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que o autuado deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as referidas alegações meras negativas do cometimento das infrações, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O defendente não indicou qualquer inconsistência no levantamento fiscal nem acostou aos autos qualquer documento para comprovar as alegações defensivas. Como se trata de fato vinculado à escrituração fiscal e a documentos que estão na posse do autuado, a prova deveria ter sido acostada aos autos, não cabendo a este órgão julgador promover a busca de elementos, cuja obrigação de anexar aos autos é do contribuinte.

Na sustentação oral, o defensor do autuado apresentou o entendimento de que, em relação à exigência do imposto relativo à antecipação tributária e antecipação parcial, deveria ser aplicado o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, exigindo-se apenas a multa, por se tratar de mercadorias sujeitas à tributação normal.

De acordo com o § 1º do art. 42 da referida Lei 7.014/96, no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II deste art. 42, ou seja, a multa de 60% do valor do imposto que deveria ter sido recolhido.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que não restou comprovado que todas as aquisições já foram objeto de saídas com tributação regular nas operações subseqüentes, o que tornaria inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

Como não foi apresentado qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal nem foi comprovado o recolhimento do crédito tributário exigido, acato os valores apurados pelo autuante mediante levantamento fiscal e concluo pela procedência das infrações 01 a 08.

O defendente alegou, ainda, que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Saliento que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a aplicação da multa é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais de multa, conforme estabelece o art. 42, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	9.614,46
2	PROCEDENTE	79.941,35
3	PROCEDENTE	73.098,18
4	PROCEDENTE EM PARTE	53.437,37
5	PROCEDENTE	853,55
6	PROCEDENTE	13.278,01
7	PROCEDENTE	1.338,13
8	PROCEDENTE	2.922,07
TOTAL	-	234.483,12

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 **206958.0007/18-7**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$234.483,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR