

A. I. Nº - 281401.0096/17-7
AUTUADO - SUPER NORTE DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LIDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/08/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-03/20-Vd

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. **b)** ESTORNO DE CRÉDITO NÃO EFETUADO. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. **c)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Na impugnação, o autuado apresentou contestação somente quanto às infrações 01 a 03, reconhecendo o débito relativo às infrações 04 a 08. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/2017, refere-se à exigência de R\$139.169,87 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de fevereiro, maio a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$43.221,86.

Infração 02 – 01.05.01: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de abril a junho, agosto a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$19.555,53.

Infração 03 – 01.05.03: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor

correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de março, maio, junho, novembro e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$6.342,07.

Infração 04 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$366,42.

Infração 05 – 05.08.01: Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de dezembro de 2012 a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$15.769,44.

Infração 06 – 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, no mês de agosto de 2013. Valor do débito: R\$4,62.

Infração 07 – 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 fevereiro, maio a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$43.785,70.

Infração 08 – 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 fevereiro, abril a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$10.125,23.

O autuado apresentou impugnação às fls. 294 a 303 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, reproduz os itens do Auto de Infração e ressalta o bom relacionamento mantido entre o Fisco e o contribuinte, ora autuado, ao longo do período da fiscalização. Também faz referência acerca da reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA.

Inicialmente, contesta as multas aplicadas, alegando que o percentual foge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que vivemos, o que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte dos comerciantes e empresários.

Dessa forma, tendo como base a multa de 60% do valor da autuação, que gira em torno de R\$ 139.169,87, daria R\$ 83.501,92 só de multa que o contribuinte tem a pagar.

Alega que o valor da multa é maior do que o valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária.

Diz que a jurisprudência já tem se posicionado de outra forma e, sendo assim, faz-se necessário a observância do valor da multa aplicada, bem como, requer que está seja retirada de forma integral, visto que sua aplicação foge ao percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização como a Receita Federal, impedindo o pagamento do tributo devido, objeto principal do Auto de Infração.

Em relação ao mérito, apresenta argumentos quanto às infrações 01, 02 e 03. Entende que há motivo para decretação da nulidade da infração 01, por ser de direito. Todavia, apenas *ad argumentandum Tatum*, no mérito, afirma que a ação fiscal restará improcedente, conforme será comprovado.

Destaca a existência de disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF-BA/99, que determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração. Afirma que ficará provado que o Fisco, não obstante a reconhecida capacidade técnica de seus prepostos fiscais e, em particular, do autuante, equivocou-se ao exigir o imposto apontado no presente Auto de Infração.

Sobre a infração 01, alega que embora existam notas anteriores ao mês de junho de 2013, essas notas todas foram lançadas no próprio mês de junho.

Afirma que lançou as referidas notas fiscais com os créditos de ICMS, mas no livro de Apuração de ICMS desse período foram estornados os valores dessa infração sobre a descrição de: 002 Outros Débitos (ANEXO-III). ICMS CREDITADO ERRADO, ESTORNO DE CRÉDITO.

Infração 02: Alega que nessa infração o fisco considerou como créditos indevidos de ICMS, os produtos que não eram contemplados pela isenção de ICMS, tais como: milho de pipoca, mugunzá, mistura p/ bolo vitamílico, colorífico, xerem, amido de milho, pipoca microondas, tempero misto, fraldas baby baby (esse produto já foi cobrado na infração anterior), absorvente (esse produto já foi cobrado na infração anterior), flocão de arroz.

Afirma que esses produtos sofriam tributação normal, portanto não há o que se falar em crédito indevido. Todos os valores cobrados pelo Fisco referentes a essa infração foram estornados, e foram lançados no próprio mês de junho.

Informa que lançou as referidas notas fiscais com os créditos de ICMS, no livro de Apuração de ICMS desse período autuado pelo fisco, sendo estornados os valores sobre a descrição de: 002 Outros Débitos (ANEXO-III). ICMS CREDITADO ERRADO, ESTORNO DE CRÉDITO.

Sobre a infração 03, informa que aconteceu a mesma coisa com essa infração. Lançou as notas fiscais com os créditos no livro de Apuração de ICMS desse período autuado pelo fisco, sendo estornados os valores dessa infração sobre a descrição: 002 Outros Débitos (ANEXO-III). ICMS CREDITADO ERRADO, ESTORNO DE CRÉDITO.

Por tudo quanto exposto, consubstanciado nos elementos matérias e jurídicos ora apresentados, requer, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da impugnação, que seja reconhecida a improcedência das infrações ora impugnadas.

No tocante às infrações relativamente às quais esta JJF visualiza situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta, os Julgadores decidam pela improcedência das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF-BA/99.

Afirma que, decidindo esta JJF nos termos ora solicitados, certamente se estará evitando um futuro prejuízo para o Estado, o qual certamente acabará arcando com o ônus de sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo, caso esta lide tenha continuidade no Poder Judiciário.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntada de novos documentos.

O autuante presta informação fiscal às fls. 326 a 328 dos autos. Destaca que o defendente reconhece e acata os créditos tributários reclamados nos itens 04, 05, 06, 07 e 08, impugnando as cobranças envolvendo os itens 01, 02 e 03.

Para efeito de organização, no interesse de oferecer a informação fiscal, diz que analisa cada infração separadamente para que haja fácil compreensão do que está sendo efetivamente discutido.

Infração 01 – 01.02.05: Informa que permanece sem modificações. Diz que o defendente alega que os valores cobrados neste item, foram estornados na escrituração, e que por isso, considera que não cabe a cobrança, ora efetuada.

Esclarece que durante a ação fiscal, por não haver qualquer correspondência entre os valores envolvidos na cobrança e os escriturados no livro de apuração, foi solicitado um maior detalhamento desses lançamentos efetuados anteriormente, esclarecimento que deveria ter sido apresentado no formato de uma planilha em que fosse exibida individualmente cada uma das

operações de aquisição efetuada, de modo a ser evidenciado a possível vinculação dos valores estornados na escrituração com os débitos fiscais ora discutidos.

Informa que o demonstrativo não foi apresentado no momento oportuno, quando da sua solicitação e antes da lavratura do presente Auto de Infração. Diz que nessa etapa da defesa, o tal esclarecimento, que se faz necessário para que haja, se for o caso, a devida compensação, ainda não foi feito, razão pela qual prevalecem as cobranças efetuadas.

Acrescenta que esses lançamentos de estornos indicados na escrituração, por serem de conhecimento prévio, já haviam sido devidamente avaliados, durante a execução dos trabalhos de fiscalização. Por isso, por não ter sido trazido a este processo nada de novo, este item do lançamento permanece com o mesmo valor original que fora cobrado inicialmente.

Infração 02 – 01.05.01: Diz que permanece sem modificações. Informa que nesta infração, o levantamento é similar ao da anterior, guardando-se a devida particularidade. Tudo o que foi lá argumentado e contra-argumentado vale também para este item.

Infração 03 – 01.05.03: Informa que permanece sem modificações. Diz que, do mesmo modo, por resultar esta infração, de levantamento similar ao da anterior, guardando-se a devida particularidade, tudo o que foi lá argumentado e contra-argumentado vale também para o presente item.

Quanto às infrações 04 a 08, diz que não há modificações e as infrações não foram contestadas. Assim, baseado no Regulamento do ICMS do Estado, Decreto nº. 13.780/2012, pede a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma correta o PAF está revestido das formalidades legais, os demonstrativos do autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, 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, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pelo deficiente.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal/perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de fevereiro, maio a dezembro de 2013. Demonstrativo às fls. 16 a 23 do PAF.

É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

O defensor alegou que embora existam notas anteriores ao mês de junho de 2013, essas notas todas foram lançadas no próprio mês de junho.

Disse que lançou as referidas notas fiscais com os créditos de ICMS, mas no livro de Apuração de ICMS desse período foram estornados os valores dessa infração sobre a descrição de: 002 Outros Débitos (ANEXO-III). ICMS CREDITADO ERRADO, ESTORNO DE CRÉDITO.

Infração 02 – 01.05.01: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de abril a junho, agosto a dezembro de 2013. Demonstrativo às fls. 24 a 26 do PAF.

Observo que conforme previsto na legislação tributária, só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas.

O defensor afirmou que todos os valores cobrados pelo Fisco referentes a essa infração foram estornados. Informa que lançou as notas fiscais com os créditos de ICMS, no livro de Apuração de ICMS desse período autuado pelo fisco, sendo estornados os valores sobre a descrição de: 002 Outros Débitos (ANEXO-III). ICMS CREDITADO ERRADO, ESTORNO DE CRÉDITO.

Infração 03.05.03: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de março, maio, junho, novembro e dezembro de 2013. Demonstrativo às fls. 27 a 29 do PAF.

Foi alegado pelo autuado que aconteceu a mesma coisa com essa infração. Lançou as notas fiscais com os créditos no livro de Apuração de ICMS desse período autuado pelo fisco, sendo estornados os valores dessa infração sobre a descrição: 002 Outros Débitos (ANEXO-III). ICMS CREDITADO ERRADO, ESTORNO DE CRÉDITO.

Na informação fiscal, foi esclarecido pelo autuante que durante a ação fiscal, por não haver qualquer correspondência entre os valores envolvidos na cobrança e os escriturados no livro de apuração, foi solicitado um maior detalhamento desses lançamentos efetuados anteriormente, esclarecimento que deveria ter sido apresentado no formato de uma planilha em que fosse exibida individualmente cada uma das operações de aquisição efetuada, de modo a ser evidenciado a possível vinculação dos valores estornados na escrituração com os débitos fiscais ora discutidos.

Disse que o demonstrativo não foi apresentado quando da sua solicitação e antes da lavratura do presente Auto de Infração, e nessa etapa da defesa, o tal esclarecimento se faz necessário para que haja, se for o caso, a devida compensação.

Também informou que esses lançamentos de estornos indicados na escrituração já haviam sido devidamente avaliados, durante a execução dos trabalhos de fiscalização. Portanto, por não ter trazido a este processo qualquer esclarecimento, os lançamentos permanecem com os mesmos valores originais.

Observo que no levantamento fiscal constam os dados relativos à data de entrada, número de cada nota fiscal, CNPJ do remetente, UF de origem, base de cálculo, alíquota, ICMS creditado e descrição da mercadoria. Entretanto, os valores alegados pelo defensor constantes nas cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 314 a 322 do PAF) se encontram lançamentos a título de “OUTROS DÉBITOS – ICMS CREDITADO ERRADO / REFERENTE A COMPRAS”, sem qualquer discriminação ou memória de cálculo para comprovar a composição dos mencionados valores e as notas fiscais a que se referem.

Trata-se de elementos que deveriam ser acostados aos autos pelo defensor, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos do autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos valores exigidos, o autuado se defendeu, mas não apresentou elementos suficientes para comprovar o débito apurado no levantamento fiscal. Assim, concluo pela subsistência das infrações 01 a 03.

Nas razões de defesa, o autuado apresentou contestação somente quanto às infrações 01, 02 e 03. Dessa forma, considero procedentes as infrações 04 a 08, considerando que, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar o conjunto das provas. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

O autuado contestou as multas aplicadas, alegando que o valor da multa é maior do que o valor devido para o pagamento do tributo, evidenciando que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária.

Requeru a retirada de forma integral das multas, alegando que sua aplicação foge ao percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização, como a Receita Federal, e impede o pagamento do tributo devido, objeto principal do Auto de Infração.

Registro que as multas decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação 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, conforme estabelece o art. 42 da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigações principais.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281401.0096/17-7, lavrado contra **SUPER NORTE DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$139.169,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$123.400,43 e 100% sobre R\$15.769,44, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d”, “f”; VII, “a” e “b” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA