

A. I. N° - 232957.0007/19-2
AUTUADO - MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ANTÔNIO ALVES NUNES
ORIGEM - INFACENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03/11/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0166-03/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Infrações não impugnadas. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado não comprovou o pagamento do imposto apurado no levantamento fiscal. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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. Os cálculos foram refeitos pelo autuante para excluir os recolhimentos comprovados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2019, refere-se à exigência de R\$104.418,87 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de março, maio, julho, setembro a dezembro de 2015; janeiro, fevereiro, junho, julho, outubro e dezembro de 2016. Valor do débito: R\$20.078,41. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de agosto e outubro de 2016. Valor do débito: R\$272,19. Multa de 60%.

Infração 03 – 02.01.02: Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de outubro de 2016. Valor do débito: R\$737,86. Multa de 100%.

Infração 04 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de novembro de 2016. Valor do débito: R\$26.145,72. Multa de 60%.

Infração 05 – 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, março, maio, novembro e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$23.785,49. Multa de 60%.

Infração 06 – 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 março, junho, setembro a dezembro de 2015; abril, maio, setembro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$33.399,20. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 246 a 255 do PAF. Reproduz as infrações e suscita a nulidade da autuação fiscal, alegando afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Afirma que não conseguiu verificar, com precisão, as operações e mercadorias incluídas na exação, pelo que impossibilitou o exercício, de forma plena, do seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Dessa forma, requer a nulidade do presente Auto de Infração em razão da ausência de informações importantes no demonstrativo anexo à exação.

Em que pese não ter conseguido analisar com a precisão que o caso impõe, informa que, pelo princípio da eventualidade, demonstrará os equívocos percebidos, os quais também conduzem à anulação da exigência.

Quanto à infração 04, alega que a irregularidade apurada decorre de inconsistência já sanada. O valor de R\$4.102,18 é referente a uma primeira apuração realizada no mês 12/2016. Foi promovida nova apuração que foi gerada/salva em 01/2017 no valor correto de R\$30.247,90, mesmo valor que foi entregue o SPED Fiscal, mas terminou não se fazendo o necessário ajuste na DMA (já retificada).

Infração 05: Registra que o ICMS que a fiscalização pretende ver o recolhimento realizado através da lavratura da autuação em questão, é aquele devido por antecipação, que por determinação legal deve ser recolhido o referido imposto correspondente às operações subsequentes, pelo fornecedor da mercadoria no momento de sua saída para comercialização.

Informa que tem por atividade a venda ao consumidor final dos produtos, encontrando-se no extremo fim da cadeia de comercialização do produto, e o próprio art. 290 do RICMS-BA/2012 prevê a desoneração das operações internas subsequentes à comercialização do produto com o pagamento de ICMS realizado por antecipação.

Ressalta que o Protocolo nº 108/2009 expressamente estabelece a responsabilidade do remetente pela retenção. Reproduz a Cláusula primeira do mencionado Protocolo e do Protocolo 29/2010 firmado entre os Estados da Bahia e de Minas Gerais.

Diz que se verifica que a integralidade dos produtos remetidos por fornecedores situados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais devem ser sumariamente excluídos da base de cálculo considerada para fins de apuração do imposto lançado através do presente Auto de Infração, em respeito aos supramencionados protocolos e ao art. 290 do RICMS-BA, a fim de fazer prevalecer os princípios da segurança jurídica e da legítima confiança que norteiam o direito tributário brasileiro.

Registra que cabe ao Estado, por seu dever de polícia, fiscalizar se os contribuintes estão pagando seus tributos regularmente, não cabendo, sob nenhuma hipótese, ao autuado fiscalizar se seus fornecedores realizaram ou não o pagamento do imposto devido. Entretanto, informa que está fazendo busca junto aos seus fornecedores para conseguir obter os comprovantes de

pagamento do ICMS por antecipação, oportunidade em que anexará os comprovantes aos presentes autos.

Diz que não existe relação jurídica entre o substituído e o Estado a fim de ensejar a cobrança do imposto porventura devido pelo substituto em sede de antecipação. Neste sentido é o entendimento consolidado pelo STJ em exame Recurso Especial Representativo de Controvérsia.

Afirma que reconhecida a inexistência de relação sentido *stricto* e os protocolos existentes, estabelecem expressamente que o único sujeito passivo da relação jurídico tributária é o substituto, portanto, o reconhecimento da nulidade da autuação impugnada é medida que se impõe.

Infração 06: Informa que ainda está empreendendo diligências em seus arquivos para localizar os comprovantes de recolhimento, bem como revisando as operações para verificar se, de fato, as mesmas são sujeitas ao recolhimento da antecipação parcial, como restou exigido. No momento já conseguiu levantar os comprovantes de recolhimento que acostou aos autos, os quais pede exame e a devida exclusão da apuração exigida na infração.

Por fim, requer: (i) a nulidade da autuação, diante da comprovada dificuldade de compreensão das operações que motivaram as infrações; (ii) a improcedência das infrações cuja responsabilidade foi afastada, bem como, comprovado o recolhimento do imposto, além da inexistência de qualquer creditamento indevido ou a mais de ICMS.

O autuante presta informação fiscal às fls. 280 a 282 dos autos. Diz que foram descritas seis infrações, todas bem fundamentadas, com fato gerador, base de cálculo e alíquota do ICMS definidos, devidamente apuradas e com o crédito tributário constituído na presente ação fiscal.

Repete o argumento do autuado suscitando a nulidade da autuação, e diz que embora o defendente reconheça como devidas as infrações 01, 02 e 03, por não serem contestadas, sem qualquer razão, pede a nulidade do presente Auto de Infração. Dizer que não conseguiu identificar as mercadorias constantes nos documentos fiscais que foram listados de maneira didática e objetiva nos demonstrativos, por não constar neles a nomenclatura das mercadorias é uma inverdade. Primeiro, porque não houve por parte do preposto fiscal qualquer cobrança rigorosa de débito tributário; segundo, pelo simples fato de não constar nas planilhas as NCM das mercadorias não é motivo para se invalidar um lançamento de tributo.

Informa que nos demonstrativos constam todos os dados necessários e suficientes para identificar com segurança a infração, o infrator e o valor correspondente ao débito tributário. Eventuais incorreções ou omissões e a inobservância de exigências meramente formais não causam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível identificar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, como está determinado no art. 18, § 1º do RPAF-BA/99.

Referente à infração 04, informa que na DMA original enviada no dia 13/12/2016, o valor de R\$4.102,18, teve sua quitação realizada através de Débito Declarado juntamente com o valor do imposto apurado no mês de outubro de 2016 (fl. 102 do PAF).

Esclarece que após iniciada a ação fiscal, o autuado procedeu, no dia 24/09/2019, a uma retificação da DMA relativa ao mês 11/2016, passando o imposto a recolher de R\$4.102,18 para o valor de R\$30.247,90, portanto, gerando uma diferença de imposto a recolher de R\$26.145,72. Como não foi oferecido espontaneamente à tributação, fora corretamente exigido nesta infração.

Observa que a defesa descreve fielmente todo o cumprimento da obrigação acessória que redundou no envio da DMA retificadora, contudo, em momento algum relatou sobre o cumprimento da obrigação principal, até porque, como não houve pagamento da diferença apurada entre a DMA original e a DMA retificadora do mês de novembro de 2016, o que resultou na infração, não teria mesmo o que apresentar em sua defesa.

Infração 05: Reproduz as alegações defensivas e diz que, no entendimento do autuado, todos os produtos que foram adquiridos no período fiscalizado e oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais devem ser sumariamente excluídos da base de cálculo considerada para fins de apuração do imposto lançado através do presente Auto de Infração, em respeito aos protocolos mencionados e art. 290 do RICMS-BA.

Informa que esta infração é decorrente da falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias tributáveis (brinquedos NCM 9503) provenientes dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, unidades federativas não signatárias de acordo interestadual no ano de 2015 com o Estado da Bahia. Diz que somente os Estados de São Paulo e Minas Gerais eram signatários de acordos interestaduais firmados com a Bahia naquele ano, quanto às aquisições de brinquedos (NCM 9503).

Esclarece que as empresas estabelecidas nos estados de SC, RS e RJ estavam desobrigadas de efetuar nas operações de saídas de brinquedos para o Estado da Bahia a retenção do imposto. Como essas mercadorias constavam no item 7 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, apenas os adquirentes delas na qualidade de sujeito passivo por substituição estavam obrigados a calcular e recolher a antecipação tributária.

Infração 06: Informa que os pagamentos relativos aos documentos fiscais de números e respectivos valores históricos: 1121, R\$635,26; 1314, R\$429,98; 2925, R\$419,32; 44816, R\$431,84; 216103, R\$539,09 e 216108, R\$547,38 não foram considerados quando da execução da fiscalização, serão agora abatidos do valor do imposto devido nesta infração, de acordo com a nova planilha elaborada na informação fiscal.

Como os seis DAEs apresentados pelo defendant constam devidamente recolhidos na arrecadação da SEFAZ, cujo montante original é de R\$3.002,87, esse valor será excluído do total desta infração, que passa de R\$33.399,20 para R\$30.396,33, conforme Relação de DAEs – Ano de 2016 e do NOVO DEMONSTRATIVO, todos apensados ao PAF (fls. 277 a 279).

Ressalta que todas as formalidades legais foram cumpridas no decorrer da fiscalização, principalmente quanto à lavratura do Auto de Infração, nele constando todos os requisitos necessários que asseguraram ao contribuinte o direito à sua defesa e ao contraditório.

Pelas razões e argumentos expostos, afirma que o valor histórico do Auto de Infração, depois de descontado o valor pago pelo autuado, fica alterado para R\$101.416,00.

Consta à fl. 285 do PAF, que o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, conforme Aviso de Recebimento datado de 18/02/2020. O presente processo foi encaminhado ao CONSEF para julgamento, com a informação de que, decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

VOTO

O defendant afirmou que não conseguiu verificar, com precisão, as operações e mercadorias incluídas na exação, pelo que impossibilitou o exercício, de forma plena, do seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Dessa forma, suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando ausência de informações importantes no demonstrativo anexo à exação.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e consta que foram fornecidas ao defendant as cópias dos mencionados demonstrativos. Não houve prejuízo ao defendant, porque a indicação das infrações e a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foram efetuadas de forma comprehensível, 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.

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. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pelo defendant.

Quanto ao mérito, o autuado apresentou contestação somente em relação às infrações 04 a 06, e não fez qualquer referência aos itens 01 a 03 do presente Auto de Infração. Assim, quanto às infrações não impugnadas, não há lide a ser decidida.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de novembro de 2016. Demonstrativo às fls. 100/101 do PAF.

O defendant alegou que a irregularidade apurada decorre de inconsistência já sanada. O valor de R\$4.102,18 é referente a uma primeira apuração realizada no mês 12/2016. Foi promovida nova apuração que foi gerada/salva em 01/2017 no valor correto de R\$30.247,90, mesmo valor que foi entregue o SPED Fiscal, mas terminou não se fazendo o necessário ajuste na DMA (já retificada).

Na informação fiscal, o autuante disse que o autuado procedeu, no dia 24/09/2019, a uma retificação da DMA relativa ao mês 11/2016, passando o imposto a recolher de R\$4.102,18 para o valor de R\$30.247,90, portanto, gerando uma diferença de imposto a recolher de R\$26.145,72. Contudo, em momento algum relatou sobre o cumprimento da obrigação principal, até porque, não houve pagamento da diferença apurada entre a DMA original e a DMA retificadora do mês de novembro de 2016, o que resultou na infração.

Observo que assiste razão ao autuante, considerando que apesar de ter retificado as informações prestadas por meio de DMA, apurando o valor correto do ICMS devido, de R\$30.247,90, a diferença apurada não foi comprovada pelo defendant. Neste caso, como se trata de comprovação não carreada aos autos pelo autuado, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Infração 05: 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, março, maio, novembro e dezembro de 2015. Demonstrativo à fl. 109 do PAF.

Observo que apesar de não constar no levantamento fiscal a descrição das mercadorias e respectivos códigos de NCM, o autuante juntou aos autos cópias das notas fiscais (fls. 110 a 130), nas quais se encontram todos os dados relativos às operações realizadas que foram objeto da exigência fiscal, e os emitentes dos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro.

O defendant alegou que o art. 290 do RICMS-BA/2012 prevê a desoneração das operações internas subsequentes à comercialização do produto como pagamento de ICMS realizado por antecipação. Disse que o Protocolo nº 108/2009 expressamente estabelece a responsabilidade do remetente pela retenção, e o Protocolo 29/2010 foi firmado entre os Estados da Bahia e de Minas Gerais.

Também alegou que a integralidade dos produtos remetidos por fornecedores situados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais devem ser sumariamente excluídos da base de cálculo considerada para fins de apuração do imposto lançado através do presente Auto de Infração, em respeito aos supramencionados protocolos e ao art. 290 do RICMS-BA.

O autuante informou que em relação às aquisições de mercadorias tributáveis (brinquedos NCM 9503) são provenientes dos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, unidades federativas não signatárias de acordo interestadual no ano de 2015 com o Estado da Bahia. Somente os Estados de São Paulo e Minas Gerais eram signatários de acordos interestaduais firmados com a Bahia naquele ano.

Como as empresas estabelecidas nos Estados de SC, RS e RJ estavam desobrigadas de efetuar nas operações de saídas de brinquedos para o Estado da Bahia a retenção do imposto, e essas mercadorias constavam no item 7 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, apenas os adquirentes delas na qualidade de sujeito passivo por substituição estavam obrigados a calcular e recolher a antecipação tributária.

Observo que em relação às mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, no item 7 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012 para o período fiscalizado (2015), se encontram os seguintes produtos: Brinquedos, triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo – NCM 9503.

Quanto à existência de Acordo Interestadual/Estudos signatários, consta a indicação do Protocolo ICMS 108/09 - BA e SP e o Protocolo ICMS 29/10 – BA e MG.

No caso em exame, considerando que as mercadorias são provenientes dos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, concordo com a informação do autuante de que as mencionadas unidades federativas não são signatárias de acordo interestadual no ano de 2015 com o Estado da Bahia, e somente os Estados de São Paulo e Minas Gerais eram signatários de acordos interestaduais firmados com a Bahia naquele ano.

Vale ressaltar, que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como, no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Se o Estado onde se localiza o vendedor participa de acordo interestadual, o ICMS referente à substituição tributária já deveria ser destacado na nota fiscal. Dessa forma, se comprovado que houve a retenção, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. Por outro lado, na situação em que o Estado onde está localizado o vendedor não é signatário de acordo interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do tributo é do adquirente neste Estado, podendo o recolhimento ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente, se o contribuinte estiver credenciado. Portanto, ficou caracterizado que o autuado é o sujeito passivo responsável pelo pagamento do imposto apurado no presente Auto de Infração, considerando que a autuação recaiu sobre o efetivo destinatário das mercadorias. Mantida a exigência fiscal.

Infração 06: 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 março, junho, setembro a dezembro de 2015; abril, maio, setembro a dezembro de 2016.

O autuado informou que ainda está empreendendo diligências em seus arquivos para localizar os comprovantes de recolhimento, bem como revisando as operações para verificar se, de fato, as mesmas são sujeitas ao recolhimento da antecipação parcial, como restou exigido. No momento já conseguiu levantar os comprovantes de recolhimento que acostou aos autos, os quais pede exame e a devida exclusão da apuração exigida na infração.

Após analisar os documentos acostados aos autos pelo defensor, o autuante informou que os pagamentos relativos aos documentos fiscais de números e respectivos valores históricos: 1121, R\$635,26; 1314, R\$429,98; 2925, R\$419,32; 44816, R\$431,84; 216103, R\$539,09 e 216108, R\$547,38 não foram considerados quando da execução da fiscalização, mas serão agora abatidos do valor do imposto devido nesta infração, de acordo com a nova planilha elaborada.

Como os seis DAEs apresentados pelo defensor constam devidamente recolhidos na arrecadação da SEFAZ, cujo montante original é de R\$3.002,87, esse valor será excluído do total desta infração, que passa de R\$33.399,20 para R\$30.396,33, conforme Relação de DAEs – Ano de 2016 e do Novo Demonstrativo, todos apensados ao PAF (fls. 277 a 279).

Vale ressaltar, que conforme fl. 285 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, conforme Aviso de Recebimento datado de 18/02/2020. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

Concluo que é devido o imposto na forma apurada na revisão fiscal efetuada pelo autuante, considerando que a defesa não comprovou o recolhimento integral do imposto apurado, sendo devido o pagamento do ICMS a título de antecipação parcial na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Infração parcialmente subsistente, no valor total de **R\$30.396,33**, conforme demonstrativo à fl. 279 dos autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232957.0007/19-2, lavrado contra **MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.416,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$100.678,14 e 100% sobre R\$737,86, previstas no art. 42, incisos III, II, “b” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA