

**A. I. N°** - 298629.0014/19-6  
**AUTUADA** - MELHOR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - IARA ANTÔNIA DE OLIVEIRA ROSA  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 19.04.2021

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0019-05/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Infrações 01 e 02 reconhecidas e quitadas; **c)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Infração 03. Alegações empresariais desprovidas de base documental. Exigência fiscal mantida. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração 04 reconhecida e paga. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO RECOLHIDO NA ETAPA DE ENTRADA DAS MERCADORIAS. Infração 05. Alegações defensivas relativas ao recolhimento do tributo não acolhidas por ausência de suporte documental. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração 06 reconhecida e paga. Indeferido o pedido defensivo de remessa dos autos para a realização de revisão fiscal. Posterior envio do PAF para a homologação dos valores já recolhidos pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 19/12/2019, para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal total de R\$97.327,73 (noventa e sete mil, trezentos e vinte sete reais e setenta e três centavos). A peça acusatória contém as seguintes imputações fiscais.

**Infração 01 – 01.02.03** – Utilizou indevidamente crédito de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Anexo I. Valor exigido: R\$2.547,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

**Infração 02 – 01.02.05** - Utilizou indevidamente crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Anexos II e III. Valor exigido: R\$3.820,79. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

**Infração 03 – 01.02.42** - Utilizou indevidamente crédito de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito. Anexo IV. Valor exigido: R\$26.993,70. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

**Infração 04 – 03.02.02** - Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Anexos V e VI. Valor exigido: R\$17.103,99. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

**Infração 05 – 07.15.05** - Multa percentual sobre parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser

paga por antecipação, 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. Anexos VII, VII-A, VIII e VIII-A. Valor exigido: R\$43.185,36. Descumprimento de obrigação tributária com penalidade prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96.

**Infração 06 – 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. Anexos IX e X. Valor exigido: R\$3.676,89. Descumprimento de obrigação tributária acessória com penalidade prevista no art. 42, inc. IX, letra “d” da Lei nº 7.014/96.

Compõe a peça de lançamento os seguintes documentos: a) Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações; b) Recibo de arquivos eletrônicos; c) Mídia Digital contendo os anexos do Auto de Infração; e, d) Demonstrativos impressos em Papel - peças anexadas entre as fls. 09/36.

Contribuinte notificado do lançamento através de intimação pessoal, com aposição do ciente em 26/12/2019, firmada por procurador habilitado através do instrumento de procuração juntado à fl. 37 dos autos. Defesa administrativa protocolada em 26/02/2020, subscrita por advogado, com poderes de representação conferidos por procuração (doc. fl. 47).

Inicialmente o contribuinte informou que em relação às infrações 01, 02, 04 e 06, reconhece as exigências fiscais como devidas. Consta nos autos relatórios gerados pelo sistema interno da SEFAZ-Ba (SIGAT), atestando recolhimento de parte dos valores lançados neste Auto de Infração, no valor principal de R\$27.148,67 (doc. fls. 57/64).

Assim, a presente peça de defesa encontra-se concentrada no enfrentamento das infrações 03 e 05, conforme razões abaixo explicitadas.

**Infração 03** - Conforme Anexo IV do Auto de Infração, a Auditoria atribuiu a esta imputação a presença de 05 ocorrências, referentes às competências 03, 04 e 12 de 2015 e nas competências 05 e 11 de 2016, perfazendo o total de R\$26.993,70. Sustenta a defesa que do total acima, a quantia de R\$20.576,68 é indevida, conforme razões abaixo:

**Ocorrência do mês 04/2015 - R\$13.887,40:** Conforme planilhas anexadas na inicial (Doc. 02, 03 e 04 - MEMÓRIA DE CÁLCULO DE ICMS), foram devidamente discriminadas as Notas Fiscais que revelam a origem e legalidade dos créditos utilizados pelo Auditado. Argumentou que apesar do zelo na condução dos procedimentos fiscalizatórios, a Auditoria não observou o cenário documental apresentado pelas anexas planilhas, não havendo razão para a alegada utilização indevida de crédito de ICMS, do qual imputou-se o débito acima.

**Ocorrência do mês 12/2015 - R\$2.865,23:** Em relação a esta ocorrência declarou a defendente que débito imputado também não possui sustentação, já que o crédito questionado decorreu do recolhimento em duplicidade do ICMS Antecipado do mês 10/2015, e por isso foi alvo de compensação no mês 12/2015, logo após a empresa ter identificado esta situação. Afirmou ter adotado esse procedimento em conformidade com o disposto no art. 165, inc. I do Código Tributário Nacional que garante ao contribuinte o direito de se restituir dos pagamentos espontâneos de tributos indevidos ou pagos a maior.

**Ocorrência do mês 05/2016 - R\$3.824,05:** A imputação desse débito decorreu de mero erro material por parte da empresa autuada que registrou de forma equivocada o código 1145, na guia de recolhimento de ICMS Antecipado da competência de 04/2016, (vencimento em 25/05/2016), quando deveria ter registrado o código 2175. Esse equívoco, segundo a Defesa fez com que a Auditoria entendesse que a empresa autuada procedeu à utilização indevida de crédito, já que não reconheceu o recolhimento realizado. Afirmou ter juntado na inicial o DAE correspondente, para documentar as razões ora apresentadas (Doc. 05 - DAE contendo Código Errado).

Requer que os valores dessa infração sejam revisados.

**Infração 05:** Discorreu o contribuinte que a citada infração não se sustenta, vez que não foi observado pela Auditoria a existência de Notas Fiscais que demonstram os devidos pagamentos do ICMS antecipado realizados pela Autuada, conforme planilhas anexadas, docs. 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, que compõem a inicial defensiva.

Ao finalizar a peça impugnatória o contribuinte argumenta ter demonstrado a insubsistência dos resultados da ação fiscal em relação às cobranças contestadas. Pede que seja acolhida a presente defesa para que sejam revisados os débitos referentes às Infrações 03 e 05. Em relação às infrações 01, 02, 04 e 06 reiterou a manifestação anterior pela procedência dessas ocorrências que foram alvo de posterior pagamento espontâneo.

Apensada à peça defesa mídia digital (CD-R), no envelope que integra a página 49 dos autos. Constatado por esta Relatoria, na fase de instrução do presente feito, que a referida mídia não apresenta qualquer informação, estando desprovida de dados (planilhas/ textos/documentos) relacionados à presente autuação fiscal.

INFORMATIVO FISCAL prestado pela autuante, em 21/10/2020, cujo inteiro teor integra as páginas 52/54 deste PAF. Após fazer uma síntese das razões defensivas, a autuante observou que ao proceder análise da peça de defesa havia também constatado que a mídia (CD-R), anexada ao processo pelo contribuinte, se encontrava desprovida de quaisquer informações ou dados.

Em razão dessa omissão da defesa, em 21/09/2020, a autuada foi intimada, através do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE - para apresentar no prazo de cinco dias, contados a partir do primeiro dia seguinte ao recebimento da intimação, as planilhas e documentos citados na Defesa Administrativa protocolada no SIPRO sob nº 024670/2020-5, relacionadas a este Auto de Infração.

A leitura da Intimação, anexada ao PAF à fl. 51, foi efetuada em 21/09/2020, mesma data da postagem. Decorridos 10 dias após o prazo para atendimento da referida Intimação, a Auditora Fiscal fez contato com o profissional responsável pela escrita da empresa, à época da fiscalização, via telefone, sendo informada por este que não prestava mais serviços para a autuada e que a nova prestadora de serviço foi a responsável pela elaboração da peça de defesa ora em exame. Informou, na sequência, ter efetuado outras tentativas de contato com a autuada, via telefone, sem sucesso, apesar de constar, na Intimação dirigida ao contribuinte, via DTE, telefone da INFAZ Atacado, e-mail e celular da autuante.

Em razão dos fatos acima narrados, a autuante informou que as ocorrências dos meses de 04/2015 e 04/2016 da Infração 03 e a infração 05, na sua totalidade, não foram analisadas, pois as alegações empresariais estavam desprovidas de provas.

Quanto à ocorrência do mês 12/2015, declarou que a autuada se refere a recolhimento em duplicidade do ICMS Antecipado do mês de 10/2015, de forma genérica, sem especificar se esse recolhimento é de antecipação tributária total ou antecipação parcial. Observou que também nesta ocorrência não foi apresentado qualquer documento ou planilha que comprovasse as alegações defensivas.

Frente a este cenário, a autuante manteve, sem alterações, as exigências fiscais lançadas no Auto de Infração, submetendo as suas razões à avaliação deste Conselho de Fazenda do Estado.

Este é o relatório.

## **VOTO**

O Auto de Infração em exame, é composto de 06 imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte, na fase de defesa, reconheceu a procedência das infrações 01, 02, 04 e 06, efetuando o pagamento dos valores correspondentes. Consta nos autos relatórios gerados pelo sistema interno da SEFAZ-Ba (SIGAT), atestando recolhimento do imposto lançado nestes itens do Auto de Infração, no valor principal de R\$27.148,67 (doc. fls. 57/64). As quantias recolhidas deverão ser objeto de

homologação pela autoridade fiscal competente.

Concentrou-se a contestação empresarial nas infrações 03 e 05. A primeira, relacionada à apropriação indevida de créditos de ICMS, que totalizou a quantia de R\$26.993,70. A segunda, refere-se à multa de 60% sobre o valor do ICMS antecipação parcial, que deixou de ser recolhido nas entradas das mercadorias adquiridas para comercialização, mas cujas saídas foram tributadas normalmente, que apresentou o valor principal de R\$43.185,36.

A defesa afirmou que parte dos valores que compõem a infração 03, no importe de R\$20.576,68, deve ser excluída da autuação, vez que há lançamentos na escrita fiscal que têm suporte em documentos fiscais válidos (mês 04/2015); além da ocorrência de recolhimentos em duplicidade compensados pelo próprio contribuinte (mês 12/2015); e, ainda, a existência de recolhimentos de ICMS antecipação não considerados na ação fiscal, que dariam suporte aos créditos lançados (mês 05/2016). Fez referência a documentos juntados na inicial a respaldar as suas afirmações.

Na Infração 05, os argumentos empresariais foram desenvolvidos na existência de pagamentos efetuados antes da ação fiscal, relacionados às notas fiscais que compõem essa exigência. A defesa mencionou na peça de contestação documentos de arrecadação e planilhas a demonstrar a procedência das suas alegações.

Pediu revisão de todos os valores contestados.

Ocorre que os documentos que o contribuinte fez referência na inicial defensiva não foram trazidos aos autos, nem mesmo em cópias reprográficas. A mídia digital que faz parte da peça impugnatória, juntada à fl. 49, está completamente “vazia”, inexistindo dados ou informações gravadas neste artefato que atestem ou corroborem as alegações defensivas.

Diante dessas lacunas, foi oportunizado ao contribuinte sanar as omissões da peça de defesa, quando, ainda na fase de informação fiscal, a autuante intimou a empresa, através do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE - para apresentar no prazo de cinco dias, contados a partir do primeiro dia seguinte ao recebimento da intimação, as planilhas e documentos citados na Impugnação Administrativa (documento juntado à fl. 51). Decorridos 10 dias após o prazo para atendimento da referida Intimação, não houve manifestação do sujeito passivo.

A Auditora Fiscal, em mais uma ação voltada para garantir a ampla defesa e o contraditório, fez contato com o profissional responsável pela escrita da empresa, via telefone, sendo informada por este, que não prestava mais serviços para a autuada e que a nova prestadora de serviço foi a responsável pela elaboração da peça de defesa ora em exame. Outras tentativas de contato com a autuada, via telefone, foram empreendidas, sem sucesso, apesar de constar na Intimação dirigida ao contribuinte, via DTE, telefone da Inspetoria Fiscal, e-mail e telefone celular da autuante.

Portanto, estamos diante de uma peça defensiva baseada em afirmações sem qualquer respaldo em provas documentais. As alegações de pagamento e de lançamento escritural e regular de notas fiscais, para serem validadas, dependem de comprovação documental. Neste contexto, o ônus da prova recai sobre a parte que alega fato modificativo ou extintivo do direito da outra parte.

No caso concreto, o lançamento tributário está lastreado em farta base documental - a) Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações; b) Recibo de arquivos eletrônicos; c) Mídia Digital contendo os anexos do Auto de Infração; e, d) Demonstrativos em impressos em Papel - peças anexadas entre as fls. 09/36, entregues ao contribuinte mediante recibo. As alegações defensivas, por sua vez, estão desprovidas de qualquer suporte documental, não havendo razões a justificar sequer a conversão do presente feito em diligência, pedido que esta Relatoria de logo indefere.

Frente ao cenário processual descrito, aplica-se a este caso as prescrições normativas contidas nos arts. 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/Ba - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com as seguintes disposições:

**Art. 142.** *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório*

*de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

**Art. 143.** *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Ante o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298629.0014/19-6**, lavrado contra **MELHOR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.465,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” e inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações tributárias, no valor de **R\$46.862,25**, previstas no art. 42, inc. II, letra “d” e inc. IX do mesmo diploma legal, e dos demais consectários legais previstos na Lei 9.837/05.

Os valores recolhidos pelo contribuinte, deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente.

Sala das Sessões Virtuais do CONSEF, 16 de fevereiro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR