

A. I. Nº - 298932.0011/20-8  
AUTUADO - CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.  
AUTUANTES - ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO/NILDA BARRETO DE SANTANA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.07.2021

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0063-05/21-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte reconhece que houve recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, quando da entrada de mercadorias relacionadas a telefonia celular em seu estabelecimento. Não comprovada a alegação defensiva de que o montante do imposto não recolhido fora pago na saída das mercadorias. Verificado que as mercadorias objeto da autuação não foram tributadas quando das respectivas operações de saídas. Não há nos autos documentos e/ou elementos fático-probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal. Não elidida a presunção de legitimidade do lançamento de ofício prevista no Art. 143 do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99). Infração 01 totalmente subsistente. NULIDADE: Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 08/06/2020, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$2.345.053,52 (dois milhões, trezentos e quarenta e cinco mil, cinquenta e três reais e cinquenta e dois centavos), em decorrência da seguinte imputação:

*Infração 01 - 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro, de 2018; e janeiro a agosto e outubro a dezembro, de 2019. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.*

Complementando o enunciado da Infração 01, consta a seguinte observação: “Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Total - Exercícios 2018 e 2019, em anexo.”.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), em 03/07/2020 e ingressou com defesa administrativa em 15/09/2020, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 34 a 48. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por advogado legalmente constituído, conforme documento de fl. 49.

Na peça impugnatória, inicia tecendo comentários sobre: a tempestividade da impugnação, a imputação fiscal, a qual reproduz, e o enquadramento legal da infração e da multa aplicada.

Na sequência, diz que a exação está deslegitimada pelo fato do ICMS ter sido integralmente recolhido na saída (revenda) das mercadorias.

Diz que concorda que houve recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação quando da entrada de mercadorias relacionadas a telefonia celular em seu estabelecimento. Mas que embora não tenha havido o recolhimento integral do ICMS ST por antecipação integralmente por ocasião da entrada das mercadorias, o fato é que o montante supostamente não recolhido foi pago na

saída das mercadorias, sob o código de receita nº 1006. Que, na prática, houve, tão somente, um equívoco no momento de recolhimento do ICMS, de modo que não houve prejuízo ao erário. E que em razão de não ter recolhido integralmente o ICMS na entrada, entendeu por bem recolher na saída das mercadorias para não prejudicar o fisco.

Aduz que a partir do momento que houve o recolhimento na saída da mercadoria, extinguiu-se a obrigação tributária relativamente aquela obrigação (art. 113, § 1º do CTN). Que exigir o imposto ciente de que este foi recolhido em outro momento é avalizar o enriquecimento ilícito do fisco e afrontar princípios constitucionais tais como o de não confisco, isonomia, legalidade e capacidade contributiva. E que o princípio da verdade material abarca exatamente este tipo de casuística que, se a situação incorrida não gerar nenhum prejuízo ao erário, como é o presente caso, não há o que se falar em tributo a recolher. Cita e transcreve lições de James Marins e trecho do Acórdão JJF nº 0102-12/07 (doc. 03) e o art. 2º do RPAF/BA.

Disserta sobre os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

Afirma que foi notória a inobservância ao direito à ampla defesa, bem como ao contraditório e ao princípio da legalidade. Cita os arts. 50, LV, e 37, caput, da CF, e comentários de Ricardo Lobo Torres e Odete Medauar, sobre o tema.

Argumenta que é preciso observar que os atos da administração devem observar os limites insertos no art. 37, caput, da CF, entre os quais se destaca o da legalidade. E que o ato administrativo contrário ao mandamento legal não tem validade, é nulo de pleno direito. Faz referência e reproduz ensinamento do Prof. Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro).

Defende que, *in casu*, foi flagrante a contrariedade ao princípio da ampla defesa, pois as autuantes limitaram-se a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias e o crédito que o contribuinte faria jus caso recolhesse antecipadamente, ferindo o princípio da não-cumulatividade. Cita novamente Hely Lopes Meirelles (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2ª ed., J. Tronfino, R), 1950, p. 149) e o art. 5º, LV, da CF/88. Que, sendo a Denúncia Fiscal meio de constituição do crédito tributário, como ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal (art. 142 do CTN), não pode trazer dúvidas nem dificuldades sobre a compreensão dos fatos, sob pena de agredir o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte. E que para se afastar qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar de provas.

Acrescenta que tais provas devem ser produzidas pelo fisco (art. 333, I do CPC) e não pelo contribuinte. Que o fisco tem o dever de lançar nos moldes do art. 142 do CTN (TRF da 2ª Região, AC nº 362-6-RJ, Relator Juiz Frederico Gueiros, DJ 14/07/94, p. 37.777). Faz referência e replica trechos da doutrina do Professor Paulo Celso B. Bonilha ("Da prova no Processo Tributário", Ed. Dialética, 1997, p. 76) e do Prof. Ives Gandra da Silva Martins (Direito Econômico e Empresarial", ed. 1986, pág. 97/98) e apresenta jurisprudência dos Tribunais Superiores, de que o lançamento tributário deve proceder da prova (STJ, RESP nº 48.516-9, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 13/10/1997, p. 51.553).

Assevera que as autuantes não forneceram as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS. Que este fato, além de prejudicar a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário perseguido, contraria o princípio da legalidade e, sobretudo dificulta a ampla defesa do contribuinte. E que, diante dos argumentos expostos, nada mais resta senão julgar o lançamento nulo, por vício material.

Repisa que se houvesse a comprovação de que não houve recolhimento algum de ICMS nas saídas das mercadorias, haveria que se falar em prejuízo ao erário e em tributo a recolher pelo Impugnante. Que, contudo, não houve essa prova, incidindo em nulidade do procedimento e na inexigibilidade dos valores lançados. E que o fisco não se desincumbiu dessa sua obrigação e

resolveu transferir o ônus da prova para a Empresa. Faz referência, reproduzindo trechos de decisão do TRF da 2ª Região, AC nº 368-6-RJ, Relator Juiz Frederico Gueiros, DJ 14/07/94, p. 37.777 e de lição do Prof. Paulo Celso B. Bonilha ("Da prova no Processo Tributário").

Argui que é de ser levado em consideração também o benefício da dúvida conforme art. 112 do CTN, que reproduz. E que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Transcreve trechos de decisões dos Tribunais Superiores sobre esta matéria (STF, RE nº. 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825) e (STJ, RESP nº. 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561)

Finalmente requer a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração.

Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 53 a 58, as autuantes iniciam informando que foram encontradas diversas irregularidades na escrituração fiscal e na emissão dos documentos fiscais o que resultou na lavratura de cinco autos de infração e duas notificações fiscais, as quais indica, tendo o contribuinte reconhecido os lançamentos de um dos AIs e das NFs, contestando os demais autos de infração. Que o autuado é sediado em Pernambuco e possui nove estabelecimentos filiais na Bahia, sendo um atacadista e oito varejistas, nas quais exerce a atividade de revenda de material de papelaria, material de informática, celulares e eletroeletrônicos. E que o estabelecimento autuado exerce a função de Centro de Distribuição (CD), abastecendo as demais filiais baianas e efetuando revenda direta de mercadorias para outras pessoas jurídicas.

Registram ainda que o Centro de Distribuição é beneficiário do Decreto 7.799/00 desde 26/07/2006, sendo que, a partir de 23/10/2018 foi alçado à condição de substituto tributário na forma do art. 7º-B do Decreto 7.799/00 (Parecer DITRI 34.664/2018). Que a utilização do benefício adicional mencionado, iniciou a partir de 01/11/2018, exclusivamente para os itens de papelaria (NFs de saídas e ICMS recolhido sob o código de receita 1006). E que, para os itens de telefonia celular, continuou recolhendo o ICMS ST por antecipação tributária (NFs de saídas sem destaque do ICMS ST e ICMS recolhido sob o código de receita 1145). Ver fls. 09 a 11 e amostra de NFs de saída em anexo.

Antes de adentrar nas razões de mérito da peça defensiva, as autuantes reproduzem o enunciado da infração.

Consignam que na defesa o *Impugnante*:

*Concorda que houve recolhimento a menor de ICMS ST por antecipação quando da entrada de mercadorias relacionadas a telefonia celular. Mas que embora não tenha havido o recolhimento integral do ICMS ST por antecipação, por ocasião da entrada das mercadorias, o montante supostamente não recolhido foi pago na saída das mercadorias, sob o código de receita nº 1006 (fl. 36).*

*Entende que “In casu, foi flagrante a contrariedade do princípio da ampla defesa, que também importa na nulidade do processo administrativo tributário, pois o Autuante limitou-se a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado pelo Impugnante quando da revenda das mercadorias, tampouco do crédito que o mesmo faria jus caso recolhesse antecipadamente, ferindo, portanto, o próprio princípio da não-cumulatividade.” (fl. 41).*

*Considera que o fisco “... resolveu transferir o ônus da prova para a Empresa. Contudo, o julgador tributário não pode validar a prática de acusar por acusar e esperar que o contribuinte se defenda.” (fl. 45).*

Asseveram as autuantes que tais alegações não condizem com a realidade dos fatos encontrados na escrituração fiscal da empresa, nem nas NFs emitidas pelo contribuinte no período fiscalizado. Que, a partir de Novembro/2018 o autuado tornou-se substituto tributário por retenção do ICMS ST na saída da mercadoria e optou por dar tratamento diferenciado às mercadorias telefonia celular e itens de papelaria. Que em relação a telefonia celular resolveu continuar recolhendo o ICMS ST

por antecipação. E que relativamente a itens de papelaria, resolveu recolher o ICMS ST por retenção.

Acrescentam que as opções pelos tratamentos tributários acima descritos, ficaram evidenciados pela forma de escrituração das NFs de entrada (escriturou sem aproveitamento do crédito em uma situação e com aproveitamento do crédito em outra situação) e da emissão das NFs de saída (emitiu sem destaque de imposto em uma situação e com destaque de imposto em outra situação).

Complementam explicando que se o contribuinte optasse por ser o substituto tributário na saída da mercadoria – telefonia celular – deveria ter adotado os mesmos procedimentos adotados para os itens de papelaria. Descrevem os procedimentos referenciados.

Aduzem que o autuado, pelo contrário, optou por considerar telefonia celular sujeita à antecipação total na entrada, tanto é que efetuou o recolhimento de ICMS Antecipação Total nos valores aproximados de R\$755 mil e R\$1.304 mil para 2018 e 2019 respectivamente. Que na arrecadação do contribuinte, o código de receita 1006, aparece a partir de Nov/18 e sob esse código de receita, foi recolhido aproximadamente R\$33 mil e R\$239 mil para os exercícios 2018 e 2019 respectivamente. E que estes valores estão bem aquém do apurado pelo fisco na infração “ICMS Antecipado Recolhido a Menor”, que foi da ordem de R\$1.749 mil e R\$596 mil.

Afirmam que restou ainda evidenciado na escrituração fiscal, que os recolhimentos de ICMS do código de receita 1006 estavam correlacionados aos itens de papelaria e foram apropriados nos demonstrativos das notificações fiscais NF 2989320007/20-0 e NF 2989320016/20-0, já que para esse item de mercadoria, houve destaque de ICMS ST nas respectivas NFs de saída.

Argumentam que se o ICMS ST tivesse sido recolhido por retenção (destaque do valor na NF de saída) não haveria motivo para a empresa se creditar de Ressarcimento do ICMS sobre as operações interestaduais, conforme consta no livro RAICMS/2019. E que não procede a alegação de que o fisco “*resolveu transferir o ônus da prova para a Empresa*” pois, os fatos que ensejam esse lançamento estão devidamente registrados na escrituração fiscal e nas NFs emitidas pelo próprio contribuinte.

Por fim, se colocam à disposição para outros esclarecimentos relativos ao lançamento tributário.

Em nova peça defensiva (fls. 78 e 79), o impugnante se manifesta sobre a informação fiscal (fls. 53 a 58), afirmando que dos argumentos defensivos apresentados, o fisco nada contra-argumentou. E que, na verdade, apenas contextualizou, mais uma vez, a fiscalização em si.

Reiterou seus principais argumentos defensivos, reafirmando que muito embora não tenha havido o recolhimento integral do ICMS ST por antecipação, por ocasião da entrada das mercadorias, o fato é que o respectivo montante supostamente não recolhido foi devidamente pago na saída das mercadorias, sob o código de receita nº 1006. E que o fisco não comprovou — como deveria — que o contribuinte não recolheu o imposto na saída.

Insiste no pedido pela improcedência ou nulidade do Auto de Infração.

Em face da Manifestação Fiscal de fls. 78 e 79, as autuantes registram (fl. 82) que nenhum fato novo foi acrescido, apenas a reafirmação dos itens já questionados anteriormente. E que consideram que as explicações constantes na informação fiscal são suficientes para o esclarecimento dos fatos.

Este é o Relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$2.345.053,52 (dois milhões, trezentos e quarenta e cinco mil, cinquenta e três reais e cinquenta e dois centavos), e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e

inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo, são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

*(...)”*

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

*(...)*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*(...)”*

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.*

*(...)”*

Na peça impugnatória, o autuado suscita a nulidade da autuação por vício material, arguindo que sua existência prejudica a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário, contraria o princípio da legalidade e dificulta a ampla defesa, pois as autuantes: (i) limitaram-se a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias e o crédito que o mesmo faria jus caso recolhesse antecipadamente; e (ii) não forneceram as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS.

Compulsando os autos, verifico que, ao contrário do que afirma a defesa, a infração em combate foi apurada mediante os demonstrativos acostados às fls. 23 a 28, os quais, também se encontram encartados na mídia de CD (fl. 29), demonstrativos estes que contemplam todos os elementos que fundamentam a acusação fiscal, e possibilitaram ao contribuinte o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Que, combinados com as NFs (fls. 59 a 71) juntadas ao informativo fiscal de fls. 53 a 58, compõem um conjunto de elementos fático-probatórios capaz de dar supedâneo à imputação fiscal. E que o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal (fls. 53 a 58) e sobre esta se manifestou às fls. 78/79. Passíveis, portanto, de análise de mérito na fase de julgamento do lançamento em lide. Não acolho a nulidade suscitada.

Destarte, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) o lançamento

de ofício foi efetuado por autoridade competente para fazê-lo; (ii) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (iii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iv) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (v) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o crédito tributário exigido e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Passo então a julgar o mérito da acusação fiscal.

No que tange ao mérito da autuação, referente à Infração 01, que versa sobre o “... recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior ...”, constato que os argumentos trazidos pela defendente são os mesmos que embasaram a nulidade por ele suscitada e já enfrentada linhas acima, e se resumem a afirmações de que, as autuantes: (i) se limitaram a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias, e o crédito que o mesmo faria jus caso recolhesse antecipadamente; e (ii) não forneceram as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS.

No tocante ao argumento da “não consideração do recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias”, vejo que a afirmação contida na peça defensiva, de que “... o montante supostamente não recolhido foi pago na saída das mercadorias, sob o código de receita nº 1006 ...”, (fl. 36), não se sustenta, vez que, conforme dados registrados no sistema INC – Sistema de Informação do Contribuinte, da SEFAZ/BA, conforme verificado por esta Relatoria, os montantes totais relativos a este código de receita, nos exercícios de 2018 e 2019, perfazem, respectivamente, os valores de R\$33.466,67 e R\$175.796,84, enquanto os valores apurados na ação fiscal perfazem os montantes de R\$1.749.075,62 (2018) e R\$595.977,90 (2019), portanto, valores muito superiores aos efetivamente recolhidos e classificados no mencionado código de receita (vide comparativo abaixo). Ademais, observo que o autuado apenas argumenta sem, contudo, apontar, mesmo que exemplificativamente, uma única ocorrência no caso concreto. Tais fatos, fragilizam sobremaneira a argumentação defensiva, a qual não acolho:

| ANO                | COD.RECEITA 1145        | COD.RECEITA 1006      | TOTAL                   | A.I.                    |
|--------------------|-------------------------|-----------------------|-------------------------|-------------------------|
| <b>2018</b>        |                         |                       |                         |                         |
| JAN                | R\$ 32.099,36           | R\$ -                 | R\$ 32.099,36           | R\$ 287.733,10          |
| FEV                | R\$ 54.942,81           | R\$ -                 | R\$ 54.942,81           | R\$ 47.515,81           |
| MAR                | R\$ 34.106,59           | R\$ -                 | R\$ 34.106,59           | R\$ 101.419,79          |
| ABR                | R\$ 84.237,94           | R\$ -                 | R\$ 84.237,94           | R\$ 90.653,53           |
| MAI                | R\$ 37.343,60           | R\$ -                 | R\$ 37.343,60           | R\$ 26.886,58           |
| JUN                | R\$ 40.257,98           | R\$ -                 | R\$ 40.257,98           | R\$ 218.004,32          |
| JUL                | R\$ 64.815,00           | R\$ -                 | R\$ 64.815,00           | R\$ 132.874,35          |
| AGO                | R\$ 12.951,31           | R\$ -                 | R\$ 12.951,31           | R\$ 73.067,60           |
| SET                | R\$ 88.641,87           | R\$ -                 | R\$ 88.641,87           | R\$ 11.632,37           |
| OUT                | R\$ 95.118,08           | R\$ -                 | R\$ 95.118,08           | R\$ 250.929,06          |
| NOV                | R\$ 80.929,85           | R\$ 10.411,12         | R\$ 91.340,97           | R\$ 306.374,19          |
| DEZ                | R\$ 129.768,28          | R\$ 23.055,55         | R\$ 152.823,83          | R\$ 201.984,92          |
| <b>TOTAL</b>       | <b>R\$ 755.212,67</b>   | <b>R\$ 33.466,67</b>  | <b>R\$ 788.679,34</b>   | <b>R\$ 1.749.075,62</b> |
| <b>2019</b>        |                         |                       |                         |                         |
| JAN                | R\$ 102.604,85          | R\$ 19.841,60         | R\$ 122.446,45          | R\$ 189.681,60          |
| FEV                | R\$ 124.538,41          | R\$ 23.832,54         | R\$ 148.370,95          | R\$ 49.510,93           |
| MAR                | R\$ 71.812,98           | R\$ 12.627,53         | R\$ 84.440,51           | R\$ 40.562,97           |
| ABR                | R\$ 59.976,56           | R\$ 14.406,07         | R\$ 74.382,63           | R\$ 0,64                |
| MAI                | R\$ 51.635,83           | R\$ -                 | R\$ 51.635,83           | R\$ 421,56              |
| JUN                | R\$ 115.671,01          | R\$ 12.707,32         | R\$ 128.378,33          | R\$ 65,60               |
| JUL                | R\$ 205.486,31          | R\$ 17.409,28         | R\$ 222.895,59          | R\$ 128,01              |
| AGO                | R\$ 26.312,91           | R\$ 13.950,08         | R\$ 40.262,99           | R\$ 130.521,09          |
| SET                | R\$ 116.675,33          | R\$ 18.196,17         | R\$ 134.871,50          | R\$ -                   |
| OUT                | R\$ 99.909,62           | R\$ 13.957,24         | R\$ 113.866,86          | R\$ 421,13              |
| NOV                | R\$ 151.882,66          | R\$ 15.518,83         | R\$ 167.401,49          | R\$ 84.664,18           |
| DEZ                | R\$ 177.896,00          | R\$ 13.350,18         | R\$ 191.246,18          | R\$ 100.000,19          |
| <b>TOTAL</b>       | <b>R\$ 1.304.402,47</b> | <b>R\$ 175.796,84</b> | <b>R\$ 1.480.199,31</b> | <b>R\$ 595.977,90</b>   |
| <b>TOTAL GERAL</b> | <b>R\$ 2.059.615,14</b> | <b>R\$ 209.263,51</b> | <b>R\$ 2.268.878,65</b> | <b>R\$ 2.345.053,52</b> |

No que concerne ao segundo ponto defensivo, de que não haveria nos autos “...as provas

necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS ...”, entendendo que os demonstrativos acostados às fls. 23 a 28, os quais também se encontram encartados na mídia de CD (fl. 29), demonstrativos estes que contemplam todos os elementos que fundamentam a acusação fiscal, inclusive os valores de ICMS pagos e devidamente abatidos, conforme documento de fls. 23, e as NFs (fls. 59 a 71), as quais se encontram registradas nos Registro de Saídas (EFD) do contribuinte, nos CFOPs: (i) 5.405 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído); e (ii) 5.409 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), sem destaque de ICMS, próprio e/ou ST, conforme exemplo abaixo consignado, comprovam, desenganadamente, que as mercadorias objetos da autuação não foram tributadas quando das respectivas operações de saídas. Razão defensiva também não acolhida:

“(...)

| REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS |            |        |        |               |         |                |          |                      |           |  |         |                         |                                  |               |
|---|------------|--------|--------|---------------|---------|----------------|----------|----------------------|-----------|--|---------|-------------------------|----------------------------------|---------------|
| CONTRIBUINTE CIL - COMERCIO DE INFORMATICA LTDA<br>CNPJ/CPF: 24.073.694/0002-36   |            |        |        |               |         |                |          |                      |           | PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/11/2018 a 30/11/2018 |         |                         |                                  |               |
| INSCRIÇÃO ESTADUAL: 37076287  |            |        |        |               |         |                |          |                      |           | UF: BA MUNICÍPIO: Salvador - BA              |         |                         |                                  |               |
| Data emissão  | Data Saída | Nº Doc | Modelo | Nº caixa      | ECF/SAT | Série          | Subsérie | Situação             | CNPJ/CPF  | IE   | UF      | Município               | Razão social                     |               |
| Inicial   | Fiscal     |        |        |               |         |                |          |                      |           |  |         |                         |                                  |               |
| CST/ICMS  |            | CFOP   |        | Aliquota ICMS |         | Valor Operação |          | Base de Cálculo ICMS |           | Valor ICMS                                   |         | Base de Cálculo ICMS ST |                                  | Valor ICMS ST |
|   |            |        |        |               |         |                |          |                      |           |  |         |                         |                                  | Valor IPI     |
| 08/11/2018  | 08/11/2018 | 476746 | 55     |               |         | 000            | 00       | 24.073.694/0030-99   | 011193195 | BA   | 2910800 |                         | CIL COMERCIO DE INFORMATICA LTDA |               |
|   |            | 060    | 5409   |               | 0,00    | 29.480,43      |          | 0,00                 |           | 0,00   |         | 0,00                    |                                  | 0,00          |

(...)

(...)

Neste diapasão, julgo que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo, pelo lançamento e recolhimento do ICMS apurado nos levantamentos fiscais consubstanciados nos documentos de fls. 23 a 28, encartados na mídia de CD de fl. 29, e documentos de fls. 59 a 71, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita à fl. 01 deste PAF, em especial pelo fato do contribuinte não ter trazido aos autos quaisquer documentos e/ou elementos fático-probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal de número 01, descrita na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, §5º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia ao autuado apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal correspondente à Infração contestada, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)

Destarte, como nenhuma prova documental capaz de elidir a exigência fiscal fora apresentada nas peças de defesa interpostas (fls. 34 a 48 e 78 e 79), considero que houve apenas a negativa do cometimento da Infração 01, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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

(...)

*In fine*, concluo que a ação fiscal cujos resultados se apresentam demonstrados nos autos, apurou “*Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior*”, cujos demonstrativos e documentos de fls. 23 a 28, estes contidos na mídia de CD de fl. 29, e documentos de fls. 59 a 71, juntados à informação fiscal (fls. 53 a 58), propiciam a substância necessária para legitimar a Infração 01, descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como totalmente subsistente.

Pelas razões acima expostas, 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 **298932.0011/20-8**, lavrado contra **CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.345.053,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR