

**A. I. Nº - 269369.0019/20-2**  
**AUTUADO - NOVO BARATEIRO COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS EIRELI**  
**AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN**  
**ORIGEM - INFRAZ EXTREMO SUL**  
**PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/05/2021**

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0066-01/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, cuja vedação encontra-se expressamente prevista no art. 290 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12. Infração 1 subsistente. **b)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. **c)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. No caso das infrações 2 e 3 o autuado não impugnou expressamente estes itens da autuação, o que permite concluir, que ambas as infrações são procedentes, com base nos artigos 140, 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99. Infrações 2 e 3 procedentes. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$33.215,93, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

- 1.Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.928,59, acrescido da multa de 60%;
- 2.Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de janeiro, outubro a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.327,74, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a novembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.959,60, acrescido da multa de 60%;

O autuado apresentou defesa (fls. 52 a 58). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Observa que a exigibilidade do crédito tributário resta suspensa, consoante a legislação estadual e o art. 151, III, do CTN, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Alega a existência de erro que torna a autuação nula.

Afirma que o demonstrativo para apuração do imposto exigido, elaborado pelo autuante,

encontra-se eivado de vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis, de forma que padece de autenticidade legal para a sua exigibilidade.

Diz que os fatos imputados pelo autuante na infração 1 não correspondem a verdade, haja vista que os créditos fiscais utilizados foram exatamente os destacados nas notas fiscais de compras (DANFE), e que para comprovar o alegado está colocando à disposição da Fiscalização as notas fiscais, planilhas de cálculos e DAES pagos referentes ao período em questão.

Acrescenta que cabe ainda avaliar que todas as notas fiscais estão disponíveis no portal da NF-e da SEFAZ por se tratar de documentos digitais, não se concebendo a ideia de arbitramento para exigência de imposto, o que caracteriza insegurança jurídica.

Diz que resta claro que a intenção do autuante era tão somente de autuar, uma vez que numa simples consulta a base de dados da SEFAZ, será verificado que todas as notas fiscais de compras de mercadorias estão disponíveis à Fiscalização.

Alega que é inaceitável a imposição de autuação baseada em arbitramento e sem a mínima fundamentação legal.

Assevera que não faz nenhum sentido que seja acusado de ter utilizado crédito fiscal indevido, pois, o próprio crédito encontra-se destacado nas notas fiscais de compras de mercadorias.

Conclusivamente, diz que em face ao exposto, torna-se primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração e, consequente, inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Registra que apesar de confiante no acolhimento da preliminar de nulidade arguida, se permite entrar no mérito da autuação em face ao princípio da eventualidade. Apesar de dizer isto não apresenta qualquer outro registro ou alegação de mérito.

Reporta-se sobre as multas e juros.

Alega que são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta, além do que, habitualmente, as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói o país. Acrescenta que tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais e, consequente, sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 63 a 66). Afirma que não realizou “arbitramento da base de cálculo para cobrança de ICMS”. Assinala que na infração 1 utilizou os dados de produtos, valores e ICMS destacados nas notas fiscais relacionadas no demonstrativo que elaborou, que compõe o processo administrativo fiscal.

Salienta que pela legislação estadual referenciada no Auto de Infração é indevida a apropriação de crédito fiscal de mercadorias sujeitas a antecipação tributária. Acrescenta que o autuado não trouxe aos autos nenhuma prova que descaracterize a infração.

Observa que o autuado não se manifestou sobre as infrações 2 e 3.

Finaliza dizendo que é a Informação Fiscal.

## VOTO

Inicialmente, cabe consignar que não acolho a nulidade arguida.

A alegação defensiva de que o demonstrativo elaborado pelo autuante, encontra-se eivado de vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis, de forma que padece de autenticidade legal para a sua exigibilidade não procede.

Verifica-se, claramente, que os demonstrativos elaborados pelo autuante, acostado às fls. 17 a 41 dos autos, parcialmente em papel e na integralidade no CD acostado à fl. 43, contém todos os elementos necessários e indispensáveis ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte, haja vista que indicam nas colunas específicas o número da nota fiscal; a data; a série, a chave de acesso, o valor do documento, a base de cálculo e o valor do ICMS exigido.

Observa-se, também, que o levantamento fiscal levado a efeito pelo autuante, não se trata de arbitramento de base de cálculo, conforme aduzido pelo autuado, mas sim, de levantamento fiscal fundamentado em documentos fiscais de aquisições/compras realizadas pelo autuado, que foram escriturados na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assim como nos demais artigos do referido diploma regulamentar processual, capaz de invalidar o ato de lançamento em questão.

No que denomina de “mérito”, o autuado consigna que apesar de confiante no acolhimento da preliminar de nulidade arguida, “permite-se entrar no mérito da autuação, em face ao princípio da eventualidade”, contudo, verifica-se que apenas diz isto e não apresenta qualquer outro registro ou alegação atinente ao mérito.

Na realidade, o levantamento fiscal levado a efeito pelo autuado, arrolou as Notas Fiscais Eletrônicas de aquisições/compras realizadas pelo autuado, cujos créditos fiscais objeto da glosa foram lançados indevidamente na Escrituração Fiscal Digital – EFD da empresa.

Conforme consignado acima, apesar de os demonstrativos elaborados pelo autuante conterem todos os elementos necessários e indispensáveis ao pleno exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, o autuado não apontou um documento fiscal sequer que tivesse o crédito fiscal escriturado devidamente, legitimamente, apenas alegou, o que, efetivamente, não elide a autuação.

A alegação defensiva de que não faz nenhum sentido que seja acusado de ter utilizado crédito fiscal indevido, pois, o próprio crédito encontra-se destacado nas notas fiscais de compras de mercadorias, por certo que não há como prosperar.

Isso porque, não basta apenas haver o destaque na nota fiscal para que o crédito fiscal seja admitido. Na realidade, a admissibilidade do crédito fiscal está adstrita a sua legitimidade, ou seja, não pode o Contribuinte utilizar crédito fiscal, cuja vedação esteja expressamente estabelecida na norma de regência.

No caso da infração 1, precisamente, é o que ocorreu. Isto é, o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, cuja vedação encontra-se expressamente determinada no art. 290 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, conforme a redação abaixo reproduzida:

*Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.*

Vale observar, que o autuado não se enquadra nas exceções expressas mencionadas no dispositivo regulamentar acima transcrito, para que pudesse utilizar o crédito fiscal, objeto da glosa de que cuida este item da autuação.

Diante disso, a infração 1 é subsistente.

Quanto às infrações 2 e 3, conforme salientado pelo autuante, o autuado não impugnou expressamente estes itens da autuação, o que permite concluir que ambas as infrações são procedentes.

Neste sentido, cabe reproduzir o que estabelece o RPAF/BA/99, nos seus artigos 140, 142 e 143, conforme abaixo:

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

[...]

*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.*

Assim sendo, as infrações 2 e 3 são subsistentes.

No tocante à alegação defensiva atinente à multa aplicada, cumpre consignar, que esta penalidade tem previsão no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a este órgão julgador administrativo, para apreciar questões envolvendo inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, consoante determina o art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Do mesmo modo, não tem competência esta Junta de Julgamento Fiscal, para apreciar pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269369.0019/20-2**, lavrado contra **NOVO BARATEIRO COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$33.215,93**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR