

A. I. N° - 207160.0010/17-1
AUTUADO - HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA - ME
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0098-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. ENTRADA DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Considerações de defesa elidem em parte a atuação. Em sede de Informação Fiscal o agente Autuante, diante das observações de arguição de defesa da autuada, elaborou novos demonstrativos contemplando as exclusões solicitadas na impugnação por achá-las pertinentes. Dado ciência ao Contribuinte Autuado do saldo remanescente da atuação, por DT-e, que se manteve silente. Nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629 de 09/07/99 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. Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a cobrança do débito remanescente da atuação, como também não se observa qualquer fato que desabone a alteração do débito original da atuação, restar subsistente parcialmente a atuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$514.390,98, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento 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, conforme demonstrativos fiscais de fls. 13/63. Lançado ICMS no valor de R\$514.390,98, com enquadramento no art. 8º, inciso II e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7014/96.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 71 a 76, com documentos anexos acostados aos autos de fls. 77/276, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

Diz tratar-se de uma empresa situada na Rua do Pineiro, nº 06, bairro Rio Vermelho, Salvador - BA, CEP: 41.950-450, inscrita no CNPJ nº 07.155.464/0001-16 e Inscrição Estadual nº 65.278.303, onde, dentro do prazo legal definido no RPAF, apresenta defesa administrativa ao Auto de Infração nº **207160.0010/17-1**, em tela, de acordo com as razões expostas a seguir:

I. DOS FATOS

Registra que, em 05/10/2017, foi autuada, conforme auto de infração nº 207160.0010/17-1. Neste, foi

apontada a provável irregularidade cometida relacionada à falta de recolhimento do ICMS devido por Antecipação Tributária nas aquisições de mercadorias com previsão sob tal regime.

Consigna que adquire no Estado da Bahia e em outros Estados brasileiros materiais para construção, elétricos e ferramentas.

II. DO MÉRITO

II.1 Falta de entrega de demonstrativos analíticos:

Diz que não recebeu do autuante demonstrativo analítico intitulado “*Antecipação parcial por Notas fiscais 2014*”, para que procedesse as devidas conferências. Foi entregue somente o “*Antecipação parcial por Notas fiscais 2015.csv*” e “*Antecipação parcial Resumo 2015.pdf*”.

Em sendo assim, aduz que não conseguiu contato com o mesmo em tempo hábil para entrega dos referidos arquivos. Registra, então, que os argumentos defensivos abrangem, especialmente, os valores apontados no exercício de 2015.

II.2 Contribuintes inscritos no Estado da Bahia – Substituto Tributário:

Frisa que o fornecedor AMANCO (MEXICHEM BRASIL INDUSTRIA DE TRANSFORMACAO PLASTICA LTDA) é inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS. Possui várias inscrições referentes aos Estados brasileiros onde está estabelecida: 11.304.452 (SP), 129.623.665 (SC), 129.626.518 (PE).

Entende que uma vez inscrita no Estado da Bahia como contribuinte Substituto Tributário o sujeito passivo das referidas operações não lhe pode ser atribuído. Assim, requer a exclusão das notas fiscais emitidas pela AMANCO cuja origem tenha sido os Estados de São Paulo, São Catarina e Pernambuco.

II.3 Entradas que não se destinaram à comercialização (CFOP 6910 e 6949):

Diz que é prática normal que os fornecedores enviam ao lojista mercadorias a título de bonificação, CFOP 6910 e/ou 6949, que na verdade se destinam a montagem de mostruários ou substituição de mercadorias com defeito de fabricação e amostras grátis (demonstração).

Registra que não cobram a devolução da peça objeto do defeito de fabricação, em função do seu valor diminuto, que é descartada pelo próprio lojista uma vez inservíveis. Obviamente, essas remessas são realizadas de tempos em tempos, ao atingir uma quantidade que justifique. Não se enviará uma mercadoria toda vez que acusado defeito de fabricação, por exemplo.

II.4 Mercadorias não enquadradas na Substituição Tributária:

Pontua que o artigo 289 do Decreto nº 13.780/2012 remete ao seu Anexo I a relação das mercadorias que estão sujeitas à Substituição Tributária, que destaca

Assim, diz deparar, no demonstrativo referente ao exercício de 2015, que provavelmente deve ter se repetido no de 2014, muitas mercadorias que não estão relacionadas no Anexo I.

Observa o fato de que no citado demonstrativo, não há informação do Estado de origem da nota fiscal, sua respectiva chave (NF-e), assim como nem mesmo o NCM da mercadoria, provavelmente a informação mais importante, o CNPJ ou Inscrição Estadual do emitente.

Pede, assim, comprovar tal fato no arquivo “*Antecipação parcial por Notas fiscais 2015.csv*”, que provavelmente deve ter sido anexado pelo autuante ao Auto de Infração nº 207160.0010/17-1.

Registra que tal fato impossibilita e não permite identificar com certeza a operação nos seus registros fiscais o que se traduz num cerceamento ao seu direito à ampla defesa. Indaga, assim, ao próprio autuante: a partir da omissão dessas informações no demonstrativo, é possível ter certeza das declarações ali prestadas (no demonstrativo)? Isto porque uma determinada numeração e nota fiscal é aplicada a diversos contribuintes e de diversos Estados brasileiros.

Retornando à descrição das mercadorias relacionadas no demonstrativo “*Antecipacao parcial por Notas fiscais 2015.csv*”, no Anexo I, do Decreto nº 13.780/2012, diz que não localiza as seguintes mercadorias (uma vez que não temos o NCM da mercadoria): “*eletroduto, mangueira metálica,*

ducha higiênica, pisto ajet, suporte pistola ajet, maçanetas, chuveiro, mangueira cristal (MG Cristal 3/8mm), dispensador, espátula, disco diamantado, suporte universal para TV, embreagem completa para roçadeira, juntas do motor para roçadeiras, adaptadorzinho com filtro ABS, refil carvão ativado, expositor assento sanitário.”

II.5 Tributação nas saídas das referidas mercadorias:

Outro fato relevante, motivo de acolhimento pelas Juntas de Julgamento Fiscal e Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, é quanto à tributação das referidas mercadorias nas saídas em detrimento do recolhimento do ICMS Antecipação Tributária na entrada.

Não que tal fato tenha sido premeditado. Nem poderia. A punição é severa com a conversão da exigência do imposto que é reclamado em multa de 60% do valor que deveria ser recolhido.

E foi exatamente o que ocorreu. Diz que considerou as referidas mercadorias como se não enquadradas no regime de substituição tributária. Desta forma, deu tratamento como se fossem normalmente tributadas. Ou seja, não calculou não recolheu o ICMS antecipação tributária nas aquisições. No entanto, nas saídas, também as considerou como tributadas, acrescentou sua margem de lucro e tributando à alíquota de 17%.

Acaso fosse possível demonstrar a movimentação mensal (a empresa registra no livro de Registro de Inventário a posição dos seus estoques anualmente), restaria comprovado que, inclusive, recolheu o imposto em data antecipada (vencimento do ICMS normal, dia 9 do mês seguinte) ao invés da data prevista na legislação tributária (25 do mês seguinte). E com lucro (margem de valor agregado) superior ao previsto na legislação, em muitos casos.

Registra que anexa cópia dos livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, onde pode visualizar a utilização dos CFOP de aquisição e vendas de mercadorias tributadas acusando sempre saldo devedor.

III. DOS PEDIDOS

Reitera, quanto ao ano de 2014, seu cerceamento ao direito da ampla defesa pela falta de entrega dos demonstrativos referentes àquele ano, considerando as infrutíferas tentativas de obtê-lo junto ao autuante em tempo hábil.

Requer a exclusão dos valores reclamados das aquisições realizadas junto AMANCO (MEXICHEM BRASIL INDUSTRIA DE TRANSFORMACAO PLASTICA LTDA) pelo fato de ser inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, como contribuinte Substituição Tributária, com as seguintes Inscrições Estaduais, referentes aos Estados brasileiros onde está estabelecida: 11.304.452 (SP), 129.623.665 (SC), 129.626.518 (PE).

Exclusão das notas fiscais cujo CFOP que abriga as operações seja 6910, 6911 e 6949, por não se caracterizarem como aquisições destinadas à comercialização pela Impugnante.

Exclusão das mercadorias citadas acima (Item “II.4) por não estarem relacionadas no Anexo I do Decreto nº 13.780/2012.

Entende, ainda, que o demonstrativo apresentado referente ao ano de 2015, assim como acredita deva ocorrer o mesmo com o de 2014, não é suficiente para apontar com segurança a base de cálculo da infração. Isto porque, nele, falta informações imprescindíveis para que a Impugnante exerça seu direito à ampla defesa, quer seja: *“identificação do CNPJ ou Inscrição Estadual do fornecedor, Estado brasileiro de origem, número da chave da NF-e e, principalmente, a NCM da mercadoria com o fim de ser confrontado com o relacionado no Anexo I, do citado Decreto nº 13.780/12”*.

Por fim, ultrapassada da nulidade dos demonstrativos, que sejam excluídas as operações suscitadas acima e do valor remanescente, convertida na multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente (a Impugnante tributou as mercadorias regularmente nas saídas), uma vez que não se configurou falta de recolhimento do imposto ao Erário.

Pelo exposto, requer a **Impugnante** a nulidade ou procedência parcial do feito.

O agente Fiscal Autuante em sua informação fiscal às fls. 1.862/1.864, após apresentar a descrição dos fatos, conforme descrito na inicial dos autos, bem assim, de forma sumariamente resumida, as considerações de defesa, assim manifesta nos autos:

i. DA INFORMAÇÃO FISCAL

Diz que, diante da observação da autuada, elaborou novos demonstrativos contemplando as exclusões solicitadas na impugnação por achá-las pertinentes. Tais demonstrativos aduz encontrar anexos à presente Informação Fiscal, em mídia (CD) de fl. 1.869 à disposição do contribuinte autuado.

ii. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer o julgamento pela procedência parcial do presente Auto de Infração, salvo melhor juízo deste Egrégio Colegiado, na forma do demonstrativo abaixo:

Discriminação	Valor Histórico Auto de Infração Fl. 13 e Fl.63	Valor Histórico Informação Fiscal Fl. 1.865
Infração 01 - 07.01.01 (Ano 2014)	332.093,91	191.060,70
Infração 01 - 07.01.01 (Ano 2015)	211.265,66	79.722,93
Total da Infração 01	543.359,57	270.783,63

À fl. 1.880 vê Termo de Ciência, através Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e nº 20211154650017, emitido em 16/02/2021, com data de ciência do Contribuinte Autuado, mesma data, na forma da autenticação de nº 202102160001180241BF370D, descrita no próprio documento, conforme os termos abaixo descritos, em que se manteve silente.

“NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, ESTAMOS ENCAMINHANDO PARA SEU CONHECIMENTO A INFORMAÇÃO FISCAL ELABORADA PELO PREPOSTO FISCAL REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº207160.0010/17-1.

A AUTUADA PODERÁ MANIFESTAR-SE, QUERENDO, NO PRAZO MÁXIMO DE 10(DEZ) DIAS”

À fl. 1.884 verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata de Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na Unidade INFAZ VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter deixado de efetuar o recolhimento 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, conforme demonstrativos fiscais de fls. 13/65. Lançado ICMS no valor de R\$514.390,98, com enquadramento no art. 8º, inciso II e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7014/96.

Registra o sujeito passivo que não recebeu do autuante demonstrativo analítico intitulado “*Antecipação parcial por Notas fiscais 2014*”, para que procedesse as devidas conferências. Por sua vez, em relação ao 2015, em que não argui qualquer falta de entrega dos demonstrativos de constituição do lançamento fiscal, pontua o seguinte equívocos que teria cometido o agente Fiscal na autuação:

Primeiro, quanto ao fornecedor AMANCO (MEXICHEM BRASIL INDUSTRIA DE TRANSFORMACAO PLASTICA LTDA) diz que possui inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS. Entende que, uma vez inscrita no Estado da Bahia como contribuinte Substituto Tributário o sujeito passivo das referidas operações não lhe pode ser atribuído. Assim, requer a exclusão das notas fiscais emitidas pela AMANCO cuja origem tenha sido os Estados de São Paulo, São Catarina e Pernambuco.

Segundo, diz haver no demonstrativo de débito da autuação o registro de entradas que não se

destinaram à comercialização - CFOP 6.910 Remessa em bonificação, doação ou brinde e CFOP 6.949 Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado – Frisa que é prática normal que os fornecedores enviam ao lojista mercadorias a título de bonificação, CFOP 6910 e/ou 6949, que na verdade se destinam a montagem de mostruários ou substituição de mercadorias com defeito de fabricação e amostras grátis (demonstração).

Terceiro, registra que os fornecedores não cobram a devolução da peça objeto do defeito de fabricação, em função do seu valor diminuto, que é descartada pelo próprio lojista uma vez inservíveis. Obviamente, essas remessas são realizadas de tempos em tempos, ao atingir uma quantidade que justifique. Não se enviará uma mercadoria toda vez que acusado defeito de fabricação, por exemplo.

Por fim, consigna a existência, no demonstrativo de débito, de mercadorias não enquadradas na Substituição Tributária. Pontua que o artigo 289 do Decreto nº 13.780/2012 remete ao seu Anexo I a relação das mercadorias que estão sujeitas à Substituição Tributária. Diz, então, que não localiza as mercadorias a seguir relacionada no citado Anexo. São elas: “eletroduto, mangueira metálica, ducha higiênica, pisto ajet, suporte pistola ajet, maçanetas, chuveiro, mangueira cristal (MG Cristal 3/8mm), dispensador, espátula, disco diamantado, suporte universal para TV, embreagem completa para roçadeira, juntas do motor para roçadeiras, adaptadorzinho com filtro ABS, refil carvão ativado, expositor assento sanitário”.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante, destaca que, diante das observações de arguição de defesa da autuada, elaborou novos demonstrativos contemplando as exclusões solicitadas na impugnação por achá-las pertinentes. Tais demonstrativo são apensados aos autos, em CD/Mídia de fl. 1.869, que aduz ter sido colocado à disposição do contribuinte autuado.

Em seguida, pede o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela, na forma do demonstrativo abaixo:

Discriminação	Valor Histórico Auto de Infração Fl. 13 e Fl.63	Valor Histórico Informação Fiscal Fl. 1.865
Infração 01 - 07.01.01 (Ano 2014)	332.093,91	191.060,70
Infração 01 - 07.01.01 (Ano 2015)	211.265,66	79.722,93
Total da Infração 01	543.359,57	270.783,63

Sobre o destaque de ter colocado à disposição do Contribuinte Autuado os novos demonstrativos de débito da autuação, à fl. 1.880 dos autos, vê-se Termo de Ciência, através Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e nº 20211154650017, emitido em 16/02/2021, com data de ciência do Contribuinte Autuado, mesma data, na forma da autenticação de nº 202102160001180241BF370D, descrita no próprio documento, conforme os termos abaixo descritos, onde se manteve silente:

“NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, ESTAMOS ENCAMINHANDO PARA SEU CONHECIMENTO A INFORMAÇÃO FISCAL ELABORADA PELO PREPOSTO FISCAL REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº207160.0010/17-1.

A AUTUADA PODERÁ MANIFESTAR-SE, QUERENDO, NO PRAZO MÁXIMO DE 10(DEZ) DIAS”

Compulsando o CD/Mídia de fl. 1.869, em que se encontra os novos demonstrativos de débito do Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela, observo, dentre outros, os registros dos demonstrativos “Substituição Tributária - Antecipação a menor ou falta de antecipação - ICMS ST não antecipado ou antecipado a menor - Demonstrativo analítico: Ano 2014 e Ano 2015”, como também o demonstrativo “Substituição Tributária - Antecipação a menor / falta de antecipação – Resumo: Ano 2014 e 2015”, em que foram colocados à disposição do Contribuinte Autuado, através DT-e, para manifestar, querendo, no prazo de 10(dez), o que não fez qualquer manifestação em relação aos valores remanescentes da autuação.

Há de ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 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.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a cobrança do débito remanescente da atuação, como também não se observa qualquer fato que desabone a alteração do débito original da atuação, vejo, então, restar subsistente parcialmente Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, conforme demonstrativo de débito a seguir relacionado, amparado na planilha de fl. 1.865 elaborada em sede de Informação Fiscal:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
31/01/2014	09/02/2014	8.198,88
28/02/2014	09/03/2014	3.483,04
31/03/2014	09/04/2014	11.625,37
30/04/2014	09/05/2014	7.959,57
31/05/2014	09/06/2014	14.649,71
30/06/2014	09/07/2014	19.777,06
31/07/2014	09/08/2014	15.507,81
31/08/2014	09/09/2014	9.194,99
30/09/2014	09/10/2014	2.276,12
31/10/2014	09/11/2014	30.291,00
30/11/2014	09/12/2014	16.483,56
31/12/2014	09/01/2015	51.613,59
31/01/2015	09/02/2015	13.289,20
28/02/2015	09/03/2015	4.278,57
31/03/2015	09/04/2015	4.618,12
30/04/2015	09/05/2015	2.611,52
31/05/2015	09/06/2015	1.923,37
30/06/2015	09/07/2015	16.882,67
31/07/2015	09/08/2015	4.972,64
31/08/2015	09/09/2015	5.661,83
30/09/2015	09/10/2015	9.892,03
31/10/2015	09/11/2015	3.589,46
30/11/2015	09/12/2015	6.561,05
31/12/2015	09/01/2016	5.442,47
Total da Infração 01		270.783,63

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207160.0010/17-1**, lavrado contra **HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$270.783,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42. Inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios legais, conforme estabelece na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA