

A. I. Nº - 298963.0006/19-9  
AUTUADO - CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO EIRELI  
AUTUANTE - ANTÔNIO CALMON ANJOS DE SOUZA  
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08/05/2023

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0070-03/23-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM NÃO INCIDÊNCIA. O Autuado não apresentou, em sua impugnação, elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS MAIORES QUE AS SAÍDAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS. É devido o ICMS sobre a diferença de maior expressão monetária, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Ajuste realizado pelo Autuante reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente procedente. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS NÃO REGISTRADAS. MULTA. Constatado nos autos o não descumprimento de obrigação principal e configurado o cometimento de infração a obrigação acessória. Aplicada corretamente a multa cabível. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. O Impugnante não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2019, exige crédito tributário no valor de R\$ 28.472,11, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.04. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de junho a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$ 1.123,29, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 04.05.05. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2014, no valor de R\$ 20.911,25, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 - 05.05.01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$ 5.706,66, acrescido da multa de 100%;

Infração 04 - 07.15.01. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses junho e julho, outubro e novembro de 2014, no valor de R\$ 730,91, acrescido da multa de 60%.

O Autuado impugna o lançamento fls. 09 a 13, nos termos a seguir resumidos.

Em relação à Infração 01, depois de reproduzir o teor do art. 310, inciso I, alínea “a”, do RICMS-BA/12, afirma que sua atividade não se enquadra no referido dispositivo regulamentar, pois atua como “Mercadinho”, não industrializando ou exercendo produção rural, extração ou geração. Frisa que, conforme demonstrativo anexo ao Auto de Infração, se trata de aquisições de “iogurtes”, não existindo a indicação precisa que dê conta da “não incidência”. Assinala que, caso a fundamentação do Auto de Infração, seja modificada, pugna pela reabertura do prazo de defesa.

Quanto à Infração 02, afirma que não recebeu os demonstrativos analíticos da apuração, ficando impedida de exercer o direito de defesa. Registra que esse item, por erro material, é nulo de pleno direito.

Observa ainda que esse item se encontra viciado também porque não foi apresentado o demonstrativo de apuração do preço médio unitário, o que enseja insegurança na apuração da base de cálculo. Acrescenta destacando que considerando que a acusação cobre ICMS sobre “entradas”, haveria que se comprovar que os preços médios unitários foram apurados com base nos valores das aquisições, os quais comporiam a “omissão de receita” presumida.

Prossegue mencionando que a autuação incluiu produtos sujeitos à redução de base de cálculo, como óleo (art. 268, XXII), leite (art. 268, XXV e XXIX), achocolatado (ar. 268, inciso XL), papel higiênico (art. 268, XLIII) etc., como também não considerou os termos da IN 56, para fins de apuração da proporcionalidade com a mercadorias isentas, não tributadas e com bases reduzidas.

Destaca que o CONSEF já decidiu pela nulidade em casos semelhantes, consoante de ementas de julgados que cita como exemplos: CJF Nº 0205-11/18, CJF Nº 0013-11/04 e CJF Nº 0072-12/15.

Conclui requerendo a nulidade ou a improcedência desse item da autuação.

Relativamente à Infração 03 que trata de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”), afirma que estaria absorvida pela Infração 02. Prossegue aduzindo não existir compatibilidade entre a cobrança de 1% (alíquota inexistente) e a aplicação da multa de 100%, que se encontra prevista na Lei para os casos de presunção de omissão de receita, conforme o citado art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96. Sustenta ter existido uma clara confusão entre falta de registro de notas (obrigação acessória) com presunção de omissão de receita (obrigação principal), sobre o mesmo exercício de 2014, sendo nulo o item, já que o lançamento não pode ser modificado.

Com referência à Infração 04: “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização”, assevera que, não havendo no processo qualquer indício de que as mercadorias não foram tributadas nas saídas, no máximo haveria que se aplicar a multa de 60%, conforme art. 42, § 1º, da Lei 7014/96.

Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Conclui requerendo a nulidade ou improcedência da Autuação, ou no máximo a procedência parcial, sendo condenada apenas, na Infração 04, ao pagamento da multa de 60%.

O Autuante presta a informação fiscal fls. 23 e 24. Em relação à Infração 01, observa que o Impugnante utilizou créditos de mercadoria que recebeu no exercício de 2014 com substituição tributária a mercadoria foi iogurte. Frisa que a tributação nessa condição só possui uma única fase, não podendo o contribuinte utilizar-se créditos pelas entradas e tampouco lançar débitos pelas saídas.

No que diz respeito à Infração 02, assinala que foi efetuado um levantamento de estoques em que foi apurado omissão de entradas cuja presunção legal é de que o contribuinte realizara operações de saídas anteriores sem oferecê-las à tributação. Informa que o Impugnante assinou recibo, fl. 06, confirmando recebimento de todos os demonstrativos que embasaram toda a autuação, inclusive desta infração. Afirma não haver, pois, como entender que o contribuinte não os tenha recebido. Destaca que a argumentação defensiva de proporcionalidade é afastada pela presunção de que mercadoria tributadas deixaram de ser tributadas anteriormente e com esses recursos omitidos pagou-se as entradas não contabilizadas. Pondera que não se deixa de oferecer mercadorias isentas à tributação, diz ser isto um contrassenso.

No tocante à Infração 03, assinala que o Defendente alegou que esta infração teria sido absorvida pela Infração 02. Esclarece que a Infração 02 trata da cobrança da obrigação principal, falta de pagamento do imposto, inclusive não destas operações, mas de operações anteriores, já multa de 1%, refere-se a falta de registro destas entradas.

Quanto à Infração 04, destaca que o Impugnante questiona a aplicação da multa de 60%, e observa que, como Auditor não pode interferir no sistema de lançamento de crédito que traz as infrações e suas respectivas multas.

Conclui pugnando pela procedência da autuação.

Essa 3ª JJF, em pauta suplementar deliberou pela conversão dos autos em diligência para que o Autuante elaborasse um novo demonstrativo relativo à Infração 02, aplicando a proporcionalidade prevista na IN nº 56/07 e que fosse entregue cópia ao Autuado com reabertura do prazo de defesa de 60 dias e que fizesse constar nos autos a certificação, assinada pelo Autuado, do acesso do CD e a indicação e identificação dos arquivos e do pleno acesso ao seu conteúdo.

O Autuante apresenta o resultado da Diligência informando que o procedimento fiscal foi refeito em consonância com as imposições determinadas pela IN nº 56/07. Destaca que devido a dificuldade de contatar o contribuinte, tanto por causa da COVID-19 quanto pelo não atendimento de solicitações telefônicas, foi entregue e dado ciência do resultado dos trabalhos através do Domicílio Tributário Eletrônico, cuja cópia de envio com anexos referentes à totalidade das apurações segue anexada a presente informação, fl. 32. Conclui esclarecendo que o valor histórico do débito foi reduzido para R\$ 7.175,16.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o Impugnante se manifesta às fls. 35 a 37, observando inicialmente que a diligência se referiu à Infração 02. Diz que a planilha sobre os “preços médios unitários” inclui uma coluna com MVA de até 328% que não encontra amparo legal, assim como não se demonstrou de forma analítica os valores, o que leva a nulidade da apuração. Arremata frisando que também não se comprovou como foi feita a proporcionalidade, sendo certo que seu estabelecimento trabalha com produtos nessa condição.

Continua assinalando, conforme já referido em sua defesa que incluiu produtos sujeitos à redução de base de cálculo.

Depois de reproduzir as ementas de diversos julgados pelas Câmaras desse CONSEF sobre esse tema para respaldar sua tese, pugna pela nulidade ou improcedência da Infração 02.

O Autuante presta nova informação, fl. 42, frisando que o Defendente se insurge contra o item 03 da autuação, que indica omissão de saídas obtidas mediante falta de registro de notas fiscais de entradas através de levantamento quantitativo de estoques. Apresenta seus argumentos para cada uma das alegações do Autuado a seguir reproduzidos:

**1 - Alega a defesa coluna de MVA cujos valores variam.**

Informa que esses valores não foram utilizados para acrescer o valor cobrado, portanto, assegura que o contribuinte não foi prejudicado por esse fato;

**2 - Alega a falta de demonstração da proporção entre as mercadorias tributadas e não tributadas.**

Destaca que foi apresentado ao contribuinte um demonstrativo em formato *Excel*, cujo título é Demonstrativo de Proporcionalidade e ICMS Devido”;

**3 - Alega que foram incluídos no levantamento fiscal itens amparados por redução de base de cálculo.**

Afirma que a Omissão de Saídas apurada é formulada por presunção de saídas anteriores que não foram oferecidas a tributação, portanto qualquer que seja a condição do item escolhido para levantamento fiscal, inclusive mercadoria isenta, não representa uma saída no exercício fiscalizado, e sim, saídas de mercadorias tributáveis em exercício anteriores que não foram oferecidos à tributação. Diz ser irrelevante analisar os benefícios que amparem estes itens, porque não são eles os cobrados, mas outros itens que deveriam pagar ICMS em saídas anteriores e que não foram tributados.

**4 - Em relação à Infração 04, o Autuado pede a manutenção somente da multa.**

Observa que o Autuado sem mais considerações solicita pagar somente a obrigação acessória e a dispensa do pagamento referente a obrigação principal. Assevera que a cobrança de uma é decorrente da outra e não há alegação que possa fundamentar a dispensa solicitada.

Em busca da verdade material essa 3ª JJF converteu os autos em nova diligência, fl. 47, para que o Autuante enfrentasse a alegação do Autuado de que na Infração 02 foram incluídos no levantamento fiscal operações com mercadorias sujeitas a redução da base de cálculo e, se necessário, que fosse promovido os ajustes pertinentes e o correspondente demonstrativo de apuração e de débito.

O Autuante apresenta o resultado da diligência às fls. 52 a 54, destacando que o Impugnante alega a inclusão no levantamento fiscal dos itens, e Óleo Comestível, Leite, Papel Higiênico e Achocolatado.

Depois de analisar os itens apontados pelo Defendente e reproduzir a legislação de regência apresenta a conclusão de que, no levantamento fiscal somente o item Achocolatado, no exercício de 2014, possui benefício da redução de base de cálculo, nas operações internas, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, consoante previsão estatuída no inciso XL, do art. 268, do RICMS-BA/12.

Apresenta à fl. 54, demonstrativo aplicando a redução da base de cálculo prevista na legislação supramencionada sobre as operações com Achocolatado, apurando o valor de R\$ 3,14.

Conclui destacando que, ao proceder a informação fiscal às fls. 31 a 33, apresentou demonstrativo da Infração 02, no valor de R\$ 7.175,16, o qual não foi considerado a referida redução de cálculo do “Achocolatado em pó” e feitos os ajustes aludidos do valor da exigência deve ser reduzida para R\$ 7.714,01, consoante Demonstrativo - Proporcionalidade e ICMS devido acostado à fl. 55.

Constam às fls. 59 e 60, intimação do Autuado via DT-e para ciência do resultado da diligência. Entretanto, o Autuado não se manifesta nos autos no prazo regulamentar.



**VOTO**

Ao compulsar os autos, constato que todos os elementos que compõem o presente PAF, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisito essencial algum na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos, o Autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido.

Ademais, também não vislumbro óbice algum ao exercício do contraditório e da plena defesa pelo Autuado, conforme se depreende da impugnação e manifestações do Impugnante, bem como das intervenções do Autuante ao proceder as informações fiscais no decurso do contraditório instalado.

Em síntese, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, afiguram-se em total consonância com a legislação de regência e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade a autuação.

No mérito, o presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

A Infração 01, trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, conforme demonstrativo constante da mídia CD, fl. 07, que elenca as aquisições do Autuado de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária constantes do item 21[NCM 0403 - Iogurtes], do Anexo 01, do RICMS-BA/12, cuja cópia foi entregue ao Autuado via DTE, fl. 06.

A exigência objeto da autuação decorre de expressa previsão legal, *in verbis*:

“Lei 7.014/96

[...]

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

[...]

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.”

“RICMS-BA/12

[...]

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

[...]

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.”

Em sede de Defesa, citando a alínea “a”, do inciso I, do art. 310, do RICMS-BA/12, citada no enquadramento legal, o Impugnante afirmou que sua atividade não se enquadra nesse dispositivo, por ser um Mercadinho. Frisou que, de acordo com o demonstrativo anexo ao Auto de Infração, se trata de aquisições de “Iogurtes” e que, inexistente a indicação precisa que se dê conta da não incidência.

Ao prestar informação fiscal o Autuante assinalou que o Impugnante utilizou créditos da mercadoria iogurte adquiridas no exercício de 2014 com substituição tributária. Explicou que a tributação, nessa condição, só possui uma fase, não podendo o contribuinte utilizar-se de créditos pelas entradas.

Ao compulsar as peças que compõem esse item da autuação verifico que a descrição dos fatos e o demonstrativo acostado aos autos identificam e discriminam de forma clara e inequívoca a acusação fiscal.

O enquadramento legal constante do Auto de Infração, além da expressa indicação do § 2º, do art. 29, da Lei 7.014/96, que é o fulcro da autuação, acrescentou, por equívoco, a alínea “a”, do inciso I, do art. 310, RICMS-BA/12, quando o correto seria o inciso II, do referido artigo regulamentar.

Por entender que esse equívoco, no presente caso, não impede a perfeita compreensão do enquadramento legal, eis que, a análise conjunta, da clara indicação da expressa previsão legal estatuída pelo § 2º, do art. 29, da Lei 7.014/96, com a descrição dos fatos e o demonstrativo de apuração, não deixa dúvida alguma quanto ao enquadramento da infração cometida pelo Autuado.

Aliás, essa é a inteligência que se extrai do art. 19, do RPAF-BA/12, *in verbis*:

*Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

Pelo expendido, entendo restar evidenciado o acerto da autuação.

Concluo pela subsistência da Infração 01.

A Infração 02 cuida da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2014, no valor de R\$ 20.911,25, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo constante da mídia CD, fl. 07.

Nas razões defensivas, o sujeito passivo pugnou pela nulidade do lançamento alegando que não recebeu os demonstrativos analíticos da apuração e dos preços médios adotados, que foram incluídos produtos sujeitos à redução de base de cálculo e não foi aplicada a proporcionalidade prevista na IN nº 56/09.

O Autuante ao proceder a informação fiscal manteve a autuação asseverando que o Impugnante recebera todos os demonstrativos da autuação, conforme se verifica, fl. 06 a confirmação do recebimento de todos os demonstrativos que embasaram toda a autuação, inclusive dessa autuação.

Essa 3ª JJF, converteu os autos em diligência, fl. 26, para que o Autuante refizesse o levantamento fiscal aplicando a proporcionalidade prevista na IN nº 56/07 e que fosse intimado o Autuado para entrega do novo demonstrativo informando a reabertura do prazo de defesa de 60 dias para manifestação.

O Autuante apresentou o resultado da diligência, fl. 31 e CD, a fl. 33, informando o refazimento do demonstrativo e destacando que o valor do débito, com a aplicação da proporcionalidade prevista na IN nº 56/07, foi reduzido para R\$ 7.175,16.

Em manifestação acerca do resultado da diligência, o Autuado voltou a pugnar pela nulidade ou improcedência desse item da autuação. Alegou que na planilha de apuração dos preços médios elaborada pelo autuante incluiu uma coluna contendo MVA de até 328%, sem amparo legal, assim como não foi demonstrada de forma analítica os valores apurados. Frisou que não foi

demonstrada também como foi efetuada a proporcionalidade aplicada e que ainda foram incluídos no levantamento sujeitos à redução de base de cálculo prevista no RICMS-BA/12.

Ao compulsar o novo demonstrativo do levantamento de estoques efetuado pelo Autuante em atendimento ao pedido de diligência, constato que foi devidamente aplicada a proporcionalidade prevista no IN nº 56/07 e a demonstração de sua apuração encontra-se explicitada na planilha “Dem. Proporcionalidade e ICMS”. Verifico também que não procede a alegação do Defendente em relação à planilha “Cálculo dos Preços Médios elaborada pelo Autuante e constante do CD, fl. 33, uma vez que coluna “MVA” contendo a indicação de diversos percentuais não tem qualquer influência no cálculo dos preços médios, encontram-se devidamente apurados e explicitado qual o critério adotado de acordo com o previsto na legislação de regência.

Quanto à alegação permanência da inclusão no levantamento fiscal de produtos sujeitos à redução da base cálculo - Óleo Comestível, Leite, Papel Higiênico e Achocolatado, também foi objeto da última diligência solicitada por essa 3ª JJF, na qual o Autuante concluiu pela procedência parcial da alegação da Defesa. Somente acolheu a alegação no tocante ao item Achocolatado para o qual é prevista a redução da base de cálculo de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, conforme novo demonstrativo elaborado.

Denegou o pedido em relação ao óleo comestível, esclarecendo que a redução prevista no inciso XXII, do art. 268, do RICMS-BA/12, somente é aplicável ao óleo refinado de soja e de algodão. Quanto à mercadoria Leite Longa Vida, esclareceu que somente são alcançadas pelo previsto no inciso XXV, do art. 268, do RICMS-BA/12, os Leites produzidos neste Estado e que os objeto da autuação são produzidos em Pernambuco, Rio Grande do Sul, Goiás e Minas Gerais. Em relação ao item Papel Higiênico, explicou que o benefício previsto no inciso XLIII, do art. 268, do RICMS-BA/12, alcança apenas as operações internas realizadas de estabelecimento industrial ou atacadista.

Nos termos expendidos, por constatar que os ajustes e correções realizados estão de acordo com a legislação de regência, acato o novo levantamento efetuado pelo Autuante, visto que decorrente também da correta aplicação da proporcionalidade prevista na IN nº 56/07 e resultou no débito remanescente de R\$ 7.174,01, consoante demonstrativos acostados às fls. 54 e 55.

Concluo pela subsistência parcial do item 02 da autuação.

A Infração 03 - 05.05.01, imputa ao sujeito passivo a omissão de saídas tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2014, conforme demonstrativos em arquivos eletrônicos constantes da mídia CD, acostada aos autos, fl. 07, e cópia entregue ao Autuado, fl. 06, das planilhas de apuração desse item da autuação.

Em sede de Defesa o Impugnante afirmou que esse item da autuação estaria absorvido pela Infração 02 e sustentou também haver incompatibilidade entre a cobrança de 1% (Alíquota inexistente) e a aplicação da multa de 100%. Asseverou ser nula a infração, por existir uma clara confusão entre a falta de registro de notas fiscais (obrigação acessória) com presunção de omissão de receita (obrigação principal) no mesmo exercício de 2014.

O Autuante ao proceder a informação fiscal explicou que a Infração 02 trata da cobrança da obrigação principal, falta de pagamento do imposto, inclusive não destas operações, mas de operações anteriores, já multa de 1%, apurada na Infração 03 se refere a falta de registro destas entradas.

Ao compulsar os elementos que alicerçam a acusação fiscal, verifico que, apesar de constar na acusação fiscal se tratar de omissão de saídas tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2014, com enquadramento legal no inciso III, do art. 42, da Lei 7.014/96 e constar no demonstrativo da apuração a relação de notas fiscais de entradas não registradas com a aplicação da multa de 1%, sobre o valor das mercadorias não registradas na escrita fiscal

Logo, depois de constatar o não cometimento da acusação fiscal consignada na imputação da Infração 03, resta evidenciado nos autos que não se configurou a irregularidade à obrigação tributária principal apontada nesse item da autuação.

Entretanto, diante da determinação expressa no art. 157, do RPAF-BA/99, ou seja, verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal e remanescendo comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração subsistente, no que concerne à obrigação acessória. Por isso, deve ser mantida a exigência da multa de 1%, no valor de R\$ 5.706,69, consoante demonstrativo elaborado pelo Autuante, constante do CD, acostado à fl. 07, em decorrência do não registro das notas fiscais de saída, conforme previsto no inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 03, no valor de R\$ 5.706,69.

A Infração 04 acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de junho, julho, outubro e novembro de 2014, conforme demonstrativo “Antecipação Parcial”, constante do CD, acostado à fl. 07.

Nas razões defensivas, o Autuado aduz que no máximo deveria ser aplicada a multa de 60%, por inexistir nos autos qualquer indício de que as mercadorias não foram tributadas nas saídas.

A antecipação parcial do ICMS está prevista no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

*“Art. 12 - A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II, do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”*

Na presente ação fiscal foi constatado pelo Autuante, que no período fiscalizado, relativamente ao ICMS da Antecipação Parcial, a obrigação principal não foi cumprida. Portanto, uma vez comprovada a falta de pagamento ou tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo.

Logo, no presente caso a acusação fiscal afigura-se devidamente materializada.

No que diz respeito ao pleito da Defesa para a conversão da exigência relativamente ao imposto comprovadamente não antecipado tempestivamente, em multa equivalente a 60% do ICMS não recolhido regularmente, entendo que não pode ser atendido. Eis vez que, o Impugnante não carrou aos autos qualquer elemento para comprovar, de forma inequívoca, ter recolhido o imposto referente às operações arroladas no levantamento fiscal em suas respectivas saídas posteriores, como expressamente é exigido, nos termos do art. 42, § 1º, c/c a alínea “d”, do inciso II, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

*“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*[...]*

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*[...]*

*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;*

*[...]*

*§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II;*

*... (Grifo nosso).”*



Em suma, mesmo dispondo, através de sua documentação e escrituração fiscais, de elementos para comprovar e consubstanciar sua mera alegação da inexistência de indício de que as mercadorias não foram tributadas nas saídas, o Autuado nada apresenta em seu socorro capaz de elidir a acusação fiscal.

Pelo expendido, a Infração 04 é subsistente.

Concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, nos termos do demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO			
INFRAÇÃO	Auto de Infração	JULGAMENTO	RESULTADO
01	1.123,29	1.123,29	PROCEDENTE
02	20.911,25	7.174,01	PROC. EM PARTE
03	5.706,66	5.706,66	PROCEDENTE
04	730,91	730,91	PROCEDENTE
<b>TOTAL</b>	<b>28.472,11</b>	<b>14.734,87</b>	

Ante ao exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298963.0006/19-9**, lavrado contra **CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.569,36**, acrescido das multas 100% sobre R\$ 7.174,01, e de 60% sobre R\$ 1.854,20, previstas, respectivamente, no inciso III, na alínea “a” do inciso VII, e na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 5.706,66**, prevista no inciso IX, do art. 42, da já citada lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2023.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA