

A. I. Nº - 233014.0091/06-0
AUTUADO - F HOLANDA DE OLIVEIRA
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 10.12.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0411-01/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. MULTA. O próprio autuado admite que não declarou informações relativas à mercadorias sujeitas ao regime de substituição e/ou antecipação tributária, por entender que descabe incluí-las na declaração. A legislação do ICMS exige que todas as mercadorias entradas no estabelecimento sejam declaradas na DME. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO POR EMPRESA ENQUADRADA NO REGIME SIMBAHIA. Autuado não apresenta impugnação quanto a este item da autuação. Infração subsistente. Contudo, retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos – 2004 e 2005 – no caso, o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. 3. CONTA CAIXA. **a)** SALDO CREDOR DE CAIXA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Saldo credor de Caixa indica que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados, e tais recursos, até prova em contrário, se consideram decorrentes de vendas de mercadorias anteriormente realizadas e também não declaradas. É sobre essas vendas anteriores (fato gerador da obrigação tributária) que recai a exigência do tributo, com base na presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor apurado o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia. Observada ainda a proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributáveis normalmente e as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante a Instrução Normativa n. 56/2007. Infração parcialmente subsistente. **b)** SUPRIMENTOS DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provado que houve ingresso de dinheiro, na conta Caixa, de origem não comprovada. O § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção de que os valores dos recursos de origem desconhecida são oriundos de vendas de mercadorias anteriormente realizadas e não contabilizadas. Observada a proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributáveis normalmente e as

mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante a Instrução Normativa n. 56/2007. Infração parcialmente subsistente. Arguição de nulidade não acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/06/2008, exige ICMS no valor de R\$15.731,52, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.058,83, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.058,83;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de dezembro de 2004 e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 109,57, acrescido da multa de 50%;
3. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de abril a outubro de 2005, julho, setembro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.571,95, acrescido da multa de 70%;
4. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, no mês de outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.050,00, acrescido da multa de 70%.

O contribuinte, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa(fls. 132 a 141), afirmando “*ipsis litteris*” que: “*Ab initio a autuada ratifica a omissão de receita apurada pelo eminente autuante, uma vez que havia na conta caixa da autuada recursos financeiros superiores aos obtidos com a venda de mercadorias tributáveis, o que, por certo, poderia supor uma presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis no que tange às infrações 01, 03 e 04.*”

Acrescenta ainda que: “*No entanto, embora pareça, num primeiro momento, que ocorreu omissão de saída de mercadorias tributáveis, isso não se comprova pelo fato desses recursos terem origem na venda de mercadorias já tributadas pelo regime de tributação por substituição tributária.*”

Prosseguindo, diz que comercializa mercadorias tributadas na origem, valendo dizer que o imposto é pago na saída destas na indústria e/ou do distribuidor/atacadista, por substituição tributária, motivo pelo qual não pode o Fisco baiano tributar uma receita que já teve o imposto pago conforme se constata nas notas fiscais que anexa (Doc. 03) à fl. 146.

Afirma que a exigência de imposto que já foi pago anteriormente sobre o mesmo fato gerador configura duplicidade de tributação, o que não se coaduna com autorização dada pela Constituição Federal, que vedo o *bis in idem*, o que certamente está latente nessa imputação.

Alega a existência de novo posicionamento adotado pela PROFAZ[PROFIS], que através de parecer da ASTEC às fls. 165/166(Doc .04), opina favoravelmente aos contribuintes baianos, que adquiriram mercadorias isentas, com o ICMS pago por antecipação ou por substituição tributária, no sentido de deduzir da receita a ser tributada pelo SimBahia, a receita referente a tais mercadorias.

Requer que seja julgado nulo o Auto de Infração pelas razões acima esposadas ou, se assim não entender este órgão julgador, a sua improcedência, pelos motivos que diz passará a expor.

Invoca o artigo 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99, bem como, o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, que ao regular a interpretação e

integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte.

Continuando, assevera que o autuante, ao lhe imputar as supostas infrações por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, seja por saldo credor da conta caixa, seja por suprimento de conta caixa de origem não comprovada ou mesmo omissão de receita não informada na DME, não observa que o imposto exigido, se refere a venda de mercadorias cujo ICMS foi pago antecipadamente, recaindo na ilegal figura jurídica tributária do *bis in idem*. Cita e transcreve os Acórdãos JJF N.0088-04/05, JJF N. 0075-02/05, Resolução n. 1104/97, no sentido de corroborar as suas razões.

Alega que negar ao contribuinte o direito de dedução de impostos já pagos em sede de substituição ou antecipação tributária, via Auto de Infração, é privar o contribuinte de uma defesa justa e destoa da finalidade do instituto do Simbahia. Cita e reproduz os Acórdãos CJF N.0007/99, CJF N.2214-11/01.

Apresenta a título exemplificativo situação hipotética, em que uma pequena empresa, aufere receita bruta com venda de mercadorias que não sofrem a Substituição Tributária, na ordem de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) e com venda de mercadorias que sofrem a Substituição Tributária na ordem de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais). Diz que referido contribuinte deverá declarar a receita bruta em sua DME, para efeitos do Simbahia, apenas a importância relativa aos produtos que não sofreram a Substituição Tributária e recolherá antecipadamente o ICMS substituto relativo às outras mercadorias caso não tenha havido o recolhimento pelo substituto tributário, utilizando-se de dois sistemas de apuração do imposto já que se encontra diante da comercialização de mercadorias de espécies diferentes uma sofrendo antecipação tributária e outras não.

Assevera que, no presente caso, o mesmo procedimento deveria adotar o autuante, descabendo a exigência do imposto por presunção, por caracterizar bitributação, vale dizer, as saídas subsequentes estão desoneradas de tributação, razão pela qual a receita da venda de tais mercadorias não pode e nem podia ser oferecida à tributação, informando na DME ou suprimindo o caixa como sendo decorrente de venda tributável.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência das infrações 01, 03 e 04.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 170, na qual contesta as alegações defensivas relativas à infração 01, dizendo que não se trata de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, mas de omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através da DME, portanto, sendo uma obrigação acessória apenada com a multa de 5%, conforme o artigo 42, inciso XII-A da Lei n. 7.014/96.

Relativamente à infração 03, acata a alegação defensiva apenas quanto ao exercício de 2005, aplicando a proporcionalidade, consoante a Instrução Normativa n. 56/2007, sendo 83,23% para mercadorias tributáveis e 16,77% para mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme demonstrativo à fl. 172, passando o débito do ICMS de R\$ 3.105,82 pra R\$ 2.584,98, conforme demonstrativo à fl. 171.

Quanto à infração 04, sustenta que houve ingresso de recursos no caixa, apresentado pelo autuado, sem a devida comprovação.

Finaliza mantendo a autuação com as alterações efetuadas.

Intimado o contribuinte para tomar ciência da informação fiscal, este se manifesta às fls. 180 a 184, afirmando que a contestação do autuante de que houve omissão de informação na DME sobre as entradas de mercadorias, corrobora com as provas que diz ter apresentado que elidem a presunção do autuante, haja vista que a receita não informada na DME se refere a mercadorias com a fase de tributação encerrada, portanto, não passíveis de tributação, como se constata no corpo das próprias notas fiscais relacionadas na peça impugnatória.

Aduz que o autuante impõe multa de 5% com fulcro no artigo 42, inciso XII-A da Lei n. 7.014/96, quando o percentual previsto é de 1%, conforme prevê a Lei n. 10.847/07, em seu artigo 2º, inciso IV, que manda aplicar o inciso XI, conforme transcreve.

Afirma que o autuante deturpa o sentido da Instrução Normativa n. 56/2007, quando afirma que acata a alegação defensiva em relação às mercadorias com fase de tributação encerrada para aplicar a proporcionalidade, tendo em vista que deve ser deduzido da receita a ser tributada pelo SimBahia, a receita referente a tais mercadorias e não sobre o percentual de mercadorias tributadas e não tributadas. Tece diversas considerações sobre o campo de ação do administrador fiscal.

Finaliza solicitando que qualquer providência relativa ao presente processo, só venha a ser adotada após a decisão do competente órgão julgador.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ITABERABA, a fim de que o autuante aplicasse a proporcionalidade no exercício de 2006, referente à infração 03, assim como na infração 04. Foi solicitado ainda que a repartição fazendária fizesse a entrega de cópias das notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA ao autuado, inclusive, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, para se pronunciar.

Cumprindo a diligência, o autuante esclareceu à fl. 196 que aplicou a proporcionalidade na forma da Instrução Normativa n. 56/2007, no exercício de 2006, referente à infração 03, passando o débito do imposto de R\$ 8.466,13 para R\$ 5.845,01, conforme demonstrativo acostado à fl. 197. No exercício de 2005, referente à infração 04, o débito passou de R\$ 4.050,00 para R\$ 3.370,82, conforme demonstrativo à fl. 202.

Intimado o contribuinte (fls. 204/205) para tomar conhecimento sobre o resultado da diligência, este acusa o recebimento, contudo, silencia.

Na sessão de julgamento do Auto de Infração, o autuado, através de advogado legalmente constituído, no exercício do direito à sustentação oral, conforme previsto no art. 64, III, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto n. 7.592, argüiu a nulidade do Auto de Infração, em razão de não ter recebido cópia das notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA.

A 1ª JJF, após análise e discussão sobre a alegação defensiva, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ITABERABA, a fim de que fosse entregue ao contribuinte, mediante recibo específico, cópia das notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA, informando-o da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Intimado o sujeito passivo (fls. 214/215), este apresentou defesa, na qual reitera em todos os seus termos a defesa inicial e requer a improcedência das infrações 01, 03 e 04.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 258, na qual diz que o autuado apresenta a mesma defesa inicial às fls. 132 a 134.

VOTO

A princípio, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquine de nulidade.

No mérito, observo que o autuado se insurge contra as infrações 01, 03 e 04, e silencia quanto à infração 02.

Relativamente às infrações impugnadas, constato que o autuado reconhece a existência das omissões apontadas ao declarar expressamente na peça de defesa vestibular: “*Ab initio a autuada ratifica a omissão de receita apurada pelo eminentíssimo autuante, uma vez que havia na conta caixa da autuada recursos financeiros superiores aos obtidos com a venda de mercadorias tributáveis,*”

o que, por certo, poderia supor uma presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis no que tange às infrações 01, 03 e 04.”(g.n).

Diz ainda o autuado que: “*No entanto, embora pareça, num primeiro momento, que ocorreu omissão de saída de mercadorias tributáveis, isso não se comprova pelo fato desses recursos terem origem na venda de mercadorias já tributadas pelo regime de tributação por substituição tributária.*”

Portanto, não está em discussão a existência das omissões nas infrações apontadas no Auto de Infração, pois reconhecidas pelo próprio impugnante, mas o entendimento deste de que tais omissões são referentes às mercadorias já tributadas pelo regime de substituição tributária, cujo imposto foi pago antecipadamente, motivo pelo qual não pode o Fisco baiano tributar uma receita que já teve o imposto pago conforme se constata nas notas fiscais que anexa, o que configura duplicidade de tributação, o *bis in idem*.

De início, é indispensável consignar que, apesar de as três infrações impugnadas, no caso, 01 03 e 04, se referirem à omissão, a infração 01 não diz respeito à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme deixa transparecer o impugnante ao apresentar as suas razões defensivas.

Na realidade, a infração 01- *Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte)* – diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória, decorrente de falta de registro de notas fiscais na DME, tratando-se de uma situação fática e não de presunção. Ou seja, o contribuinte estava obrigado a informar na DME as notas fiscais de entradas arroladas na autuação e não fez o referido registro, ficando passível de aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme o Auto de Infração em exame.

Relevante registrar que, independentemente do tratamento tributário dispensado à mercadoria, caberia ao autuado informar na DME as entradas, mesmo que o imposto tivesse sido pago antecipadamente. Considero subsistente esta infração.

No que concerne à infração 03- *Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa* -, realmente o imposto está sendo exigido com base na presunção legal de que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos, efetuou as aquisições das mercadorias não contabilizadas. Trata-se de presunção relativa, prevista no §4º do artigo 4º, da Lei 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542/02, conforme transcrito abaixo:

“Art.4º. (...)

(...)

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Sob o aspecto contábil o Caixa da empresa deve normalmente ter saldo devedor. A apresentação de saldo credor surge como uma disfunção, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não contabilizados.

Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao

contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, acima referido. Portanto, cabe ao sujeito passivo da relação tributária, querendo, apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a acusação fiscal.

No presente caso, conforme disse acima, o próprio autuado reconhece a omissão, contudo, argumenta que por se tratar de mercadorias cuja tributação se dá pelo regime de substituição tributária descabe a exigência do imposto.

Certamente, assistiria razão ao impugnante, caso a totalidade de suas operações de saídas de mercadorias fosse relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição ou antecipação tributária, ou mesmo mercadorias não tributáveis, haja vista que não é aplicável a presunção nos casos que tais, conforme entendimento deste Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, posteriormente solidificado através da Instrução Normativa n. 56/2007, cujo teor reproduzo abaixo, a título ilustrativo:

"INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56 /2007 (Publicada no Diário Oficial de 21/09/2007) O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza; bem como a necessidade de orientar o procedimento fiscal relativo a essa matéria, resolve expedir a seguinte,

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56 /2007 (Publicada no Diário Oficial de 21/09/2007) O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza; bem como a necessidade de orientar o procedimento fiscal relativo a essa matéria, resolve expedir a seguinte,

1 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.

4 - Entendendo o preposto fiscal que, no caso concreto, não cabe a aplicação da

proporcionalidade prevista no item 1, tais circunstâncias de convencimento deverão estar registradas no termo de encerramento de fiscalização, sob pena de não registro do auto de infração."

Contudo, como o autuado comercializa mercadorias tributáveis normalmente, cabe a aplicação da presunção, porém, observada a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa n. 56/2007.

Nessa linha de entendimento, esta 1ª Junta de Julgamento converteu o processo em diligência, a fim de que o autuante apurasse a proporcionalidade, o que foi feito, resultando na redução do valor do ICMS originalmente exigido nesta infração de R\$ 11.571,95 para R\$ 8.429,99, conforme demonstrativos de débito às fls. 171 e 197.

Conforme disse acima, a acusação fiscal está lastreada numa presunção legal, sendo que esta presunção decorre de uma constatação, ou seja, a existência de saldo credor de Caixa, valendo

registrar que é irrelevante a condição do contribuinte, isto é, se é optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, ou se inscrito na condição de normal em tais casos.

Porém, no caso de contribuinte optante pelo Regime SimBahia, cumpre observar que a omissão de saídas apurada através de saldo credor de caixa, enquadra-se no artigo 408-L, do RICMS/97, sendo apurado com base nos critérios adotados pelo regime normal de apuração, obedecendo, entretanto, as condições estabelecidas através da Lei n.º 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98.

Assim, o imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, e os créditos fiscais foram apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, em conformidade com os §§ 1º e 2º do artigo 19 da Lei n.º 7.357/98.

Diante do exposto, considero a infração 03 parcialmente subsistente.

No respeitante à infração 04 - *Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada*, observo que o impugnante reconhece a omissão apontada, contudo, utiliza os mesmos argumentos apresentados para combater a infração 01, ou seja, que diz respeito à mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, descabendo a exigência de imposto.

O mesmo que foi dito com relação à infração 03, é aplicável à infração 04. Ou seja, no caso de suprimento de caixa de origem não comprovada, o imposto está sendo exigido com base na presunção legal de que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos, efetuou as aquisições das mercadorias não contabilizadas. Trata-se de presunção relativa, prevista no §4º do artigo 4º, da Lei 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542/02, conforme já reproduzido acima.

Como o contribuinte comercializa mercadorias tributáveis normalmente e sujeitas ao regime de substituição tributária, foi aplicada a proporcionalidade na forma da Instrução Normativa n. 56/2007, reduzindo o valor do ICMS originalmente consignado no Auto de Infração de R\$ 4.050,00 para R\$ 3.370,82, conforme demonstrativo de débito à fl. 202. Também foi observada a condição de SimBahia do autuado, sendo concedido o crédito de 8%, conforme referido na infração 03. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à infração 02, constato que o autuado não apresenta qualquer impugnação, prevalecendo no caso as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, sendo a infração integralmente subsistente, por restar demonstrado o cometimento da irregularidade apontada.

Contudo, no que concerne à multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa aplicável à época da ocorrência dos fatos – 2004 e 2005 - é de 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Registro que o entendimento acima esposado encontra-se lastreado em decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0301-12/09, cujo voto vencedor é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO VENCEDOR (Em Relação à Exclusão da Multa de 50% - Infração 1)

Divirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange à multa indicada pelo autuante para a infração 1, pois considero que, à época da ocorrência dos fatos, a pena cabível para a citada infração era a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Apesar de ser uma questão muito controvertida, acompanho a tese que vem sendo defendida pelos ilustres representantes da PGE/PROFIS, segundo a qual a antecipação parcial e a antecipação no sentido estrito são institutos diversos. Com base nessa premissa, entendo que, à época dos fatos

descritos na infração 1, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Divergindo do entendimento defendido pelo ilustre Conselheiro relator, não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Também não comungo com o entendimento do ilustre Conselheiro relator quanto à questão da ausência de dolo, pois, segundo a descrição dos fatos e o enquadramento legal utilizado pelo autuante, no cometimento da infração 1 não houve dolo. Nas infrações à legislação tributária, a constatação e a comprovação de dolo devem ser feitas pelo auditor fiscal autuante, que é quem verifica a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e que propõe a aplicação de multa. Não fica, portanto, ao arbítrio do sujeito passivo classificar os seus procedimentos como dolosos ou não dolosos.

Em face do exposto, retifico a multa indicada na infração 1, no percentual de 50%, para a prevista na aliena “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Observo que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o recorrente poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, ressalto que o recorrente poderá se eximir da multa em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Quanto às demais matérias tratadas no Recuso Voluntário, acompanho, sem ressalva, o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, retificando, porém, de ofício, a multa proposta na infração 1 para 60%, conforme art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.”

Diante do exposto, a multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, indicada originalmente no Auto de Infração, fica retificada de ofício para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f”, do mesmo Diploma legal retro referido.

Assim, as infrações 01 e 02 são integralmente subsistentes e as infrações 03 e 04, parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233014.0091/06-0, lavrado contra **F HOLANDA DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.910,38**, acrescido das multas de 60% sobre R\$109,57 e de 70% sobre

R\$ 11.800,81, previstas no artigo 42, II, “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.058,83, prevista no artigo 42, XII-A, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR