

**A. I. N°** - 281077.0010/08-2  
**AUTUADO** - EDVALDO DE BRITO  
**AUTUANTE** - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 01.06.2010

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0120-02/10**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA 1.1 PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Reenquadramento da penalidade proposta pelo autuante, para o art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, pois os fatos geradores são antes da edição da Lei 10.846/07. Infrações subsistentes. 1.2 – NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa. O contribuinte não intimado no início da fiscalização relativa ao exercício de 2008. Ausência de Intimação e de Termo de Início da ação fiscal. NULA infração 05. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Infrações subsistentes ao recolhimento a menos e parcialmente subsistente em relação a falta de recolhimento (infração 06). 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte não comprovou a origem. Concedido crédito presu**

proporcionalidade na apuração do imposto quando do levantamento fiscal, em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Contribuinte não comprovou a escrituração das as notas fiscais no período em que estava enquadrado no Regime Normal de Apuração do ICMS. Infrações comprovadas. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. BENS DO ATIVO PERMANENTE. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Constatado que o contribuinte estava enquadrado no Regime Normal de Apuração do ICMS. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2008, para constitui o crédito tributário relativo ao ICMS, no valor histórico de R\$83.226,78, decorrente de:

Infração 01 - 07.03.04 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 1.566,03, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;

Infração 02 - 07.03.02 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$ 7.944,22, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;

Infração 03 - 07.03.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$ 18.838,84, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;

Infração 04 - 07.03.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 17.462,03, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;

Infração 05 - 07.21.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 481,88, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;

Infração 06 - 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS p  
tributária, no valor de R\$ 1.898,23, na condição de empresa optante c

de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;

Infração 07 - 05.03.02 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, com ICMS devido no valor de R\$ 25.833,13, nos exercícios de 2004 e 2005;

Infração 08 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa no valor de R\$ 296,93. Consta ainda da acusação, que o contribuinte no ano 2006 estava obrigado a escriturar os livros fiscais, porém apresentou DMA's zeradas, embora tenha aquisições registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA;

Infração 09 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa no valor de R\$ 905,49. Consta ainda da acusação, que o contribuinte no ano 2006 estava obrigado a escriturar os livros fiscais, porém apresentou DMA's zeradas, embora tenha aquisições registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA;

Infração 10 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 8.000,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A folha 425 dos autos foi acostado recibo de entrega, firmado pelo contribuinte autuado, de cópia das notas fiscais referente às aquisições de mercadorias registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

O autuado apresentou defesa, fls. 427 a 441, inicialmente, informa que atua no comércio atacadista de gênero alimentícios; faz um resumo das infrações e aduz que tal lançamento tributário não pode prosperar, uma vez que existem evidentes vícios no seu procedimento de fiscalização, o que impõe a sua nulidade, além de falta de embasamento legal em algumas infrações, conforme restará demonstrado.

Como preliminar, argui falta de visto da autoridade fazendária, citando que o art. 3º do Código Tributário Nacional determina que a cobrança do tributo devesse ser realizada através de autoridade administrativa plenamente vinculada. Assegura que, no caso em tela, o requerente, foi, induzido a erro, uma vez que o auto de infração, não contém a assinatura do visto da Autoridade Fazendária, o que o levou a concluir que os prazos legais para o pagamento de tributo, com redução das multas, somente se iniciaria após a data da referente assinatura. E não poderia ser diferente tal conclusão, uma vez que o lançamento tributário deve respeitar, de forma vinculada, os requisitos legais, conforme foi destacado. Destaca que, como se trata de omissão do lançamento tributário que não acarreta nulidade, uma vez que é possível determinar a natureza da infração e o montante do débito tributário, requer seja determinada a correção da omissão pela autoridade competente, reabrindo-se o prazo de defesa e, conseqüentemente, a tabela de redução de multa, conforme prescreve o art. 129 § 4º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTIBA).

Ainda, como questão preliminar, aduz que o preposto fazendário, ao impor a infração 05 laborou em erro, tendo em vista que tal período não fora objeto de fiscalização, pois foi intimada no dia 07 de julho de 2008 e posteriormente reintimada, para apresentar os livros e documentos relacionados no Termo de Intimação, relativo ao período de 01 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2007, conforme se depreende da leitura dos documentos acostados ao presente processo administrativo. Ocorre que, ao realizar o lançamento tributário (auto de infração), o preposto fazendário imputou ao requerente a falta de recolhimento do ICMS, sob o regime de antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias prov

relativo ao período de 2008 (28.02.2008), conforme se verifica nas infrações 05 e 06 do presente auto de infração.

Aduz que tal conduta não pode prosperar uma vez que, embora amparado nos limites do prazo decadencial, tal período não fora objeto de fiscalização, porquanto a requerente nem foi intimada a apresentar qualquer documento fiscal desta época o que, conseqüentemente, catalisa cerceamento de direito de defesa. Deste modo, requer seja desconsiderada a presente infração, uma vez que a mesma esta fora do período de fiscalização e apuração do presente auto de infração.

No que tange as infrações 01, 02, 03 e 04, requer nulidade por ausência de documento comprobatório, pois o preposto fazendário realizou o lançamento tributário com base no recolhimento a menos do ICMS sobre as mercadorias adquiridas pela requerente submetidas ao regime de antecipação parcial e/ou substituição tributaria. Para que tal infração seja constatada, urge que o preposto fazendário destaque não só as mercadorias que realizaram tal operação sob os regimes retro-citados, mas, principalmente, acoste ao presente processo administrativo as notas fiscais catalisadoras da presente infração para que, com base nestes documentos possa fundamentar a infração cometida pela requerente, sob pena de nulidade.

Assevera que, no que tange às infrações 01 e 02, o preposto fazendário não acostou ao presente processo as seguintes notas fiscais:

JANEIRO DE 2005

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
10/01/2005	65101	R\$ 1372,71
10/01/2005	65102	R\$ 152,52
10/01/2005	65103	R\$ 457,57
10/01/2005	65104	R\$ 305,05

FEVEREIRO 2005

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
18/02/2005	42273	R\$ 22,05
18/02/2005	213321	R\$ 201,60
18/02/2005	213322	R\$ 1374,41
18/02/2005	213323	R\$ 361,20
18/02/2005	213324	R\$ 201,60
18/02/2005	213325	R\$ 403,20
18/02/2005	205200	R\$ 354,00
23/02/2005	213688	R\$ 622,86
23/02/2005	213689	R\$ 1074,78

Não obstante, em relação às infrações 03 e 04 o preposto fazendário realizou a mesma conduta, ou seja, não apresentou algumas notas fiscais que catalisaram infrações:

JUNHO DE 2004

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
15/06/2004	35512	R\$ 5875,20

JULHO DE 2004

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
01/07/2004	58096	F
01/07/2004	58097	F

01/07/2004	58098	R\$586,13
01/07/2004	58099	R\$ 65,66
02/07/2004	69969	R\$ 345,44
02/07/2004	69970	R\$ 41,45
02/07/2004	69971	R\$ 669,84
02/07/2004	69972	R\$ 76,68
31/07/2004	59413	R\$ 1904,94
31/07/2004	59414	R\$ 36,48

OUTUBRO 2004

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
06/10/2004	62142	R\$ 51,78
06/10/2004	62143	R\$ 1486,23
06/10/2004	62144	R\$ 297,25

ABRIL 2005

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
29/04/2005	219184	R\$ 310,20
29/04/2005	219185	R\$ 242,40
29/04/2005	219186	R\$ 435,00

JUNHO DE 2005

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
17/06/2005	223162	R\$ 222,00
17/06/2005	223163	R\$ 150,96
17/06/2005	223164	R\$ 282,00
17/06/2005	223165	R\$ 282,00
17/06/2005	223166	R\$

SETEMBRO DE 2005

DATA	NOTA FISCAL	VALOR
14/09/2005	229510	R\$ 1213,80
14/09/2005	229511	R\$ 319,68
14/09/2005	229512	R\$ 79,92

Afirma, ainda, que também não apresentou as notas fiscais de dezembro de 2004, março de 2005, maio de 2005, agosto de 2005, outubro de 2005m, novembro de 2005 e fevereiro, abril, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2006.

Questiona: Como o preposto fazendário poderia concluir as supostas infrações cometidas pela requerente se não acostou ao presente processo as notas fiscais que comprovam a circulação das mercadorias no período fiscalizados? Com que base discriminou os produtos constantes nas notas fiscais retro-citados, presente nos anexos 01 e 02, se o auditor fiscal não apresenta tais documentos fiscais? Como pode imputar tal sanção sem qualquer fundamentação legal para tanto?

Destaca que nestes casos é imprescindível a apresentação dos referidos documentos fiscais para que se possa comprovar a circulação das mercadorias, uma vez q não há base para realizar o lançamento, ora discutido. Com

(documentos fiscais) que comprove a circulação das referidas mercadorias, uma vez que o preposto fazendário não acostou as notas fiscais necessárias para comprovar o alegado no presente processo administrativo, requer a nulidade das referidas infrações, tendo em vista a falta de fundamentação no presente ato realizado pelo agente fiscal.

No mérito, aduz que não procede a cobrança de diferença de alíquota interna e interestadual relativo, ao bem adquirido pelo requerente na infração 10, tendo em vista que o mesmo foi comprado para o seu ativo fixo não sendo, assim, hipótese de incidência do ICMS, uma vez que não se enquadra no conceito de mercadoria. Entende que, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe modificações no conceito de mercadoria ao dispor pela possibilidade de incidência do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica, tal conduta não abrangeu os bens adquiridos para o ativo fixo. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, pacificou tal entendimento.

Ainda que não bastassem tais argumentações, cumpre destacar que o Estado da Bahia, visando cumprir o tratamento diferenciado e favorecido às Micro e Empresas de Pequeno Porte, por força do sistema constitucional vigente (arts. 146, III, d e 170, IX ambos da CF/88) instituiu a Lei 7.357/98 que em seu art. 14, determina a dispensa do pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados para o ativo fixo de micro e empresas de pequeno porte, como ocorre no caso em tela: Art. 14 – Fica dispensado o pagamento da diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento e na utilização de serviço iniciado em outro estado e não vinculado à operação ou prestação subsequente, por parte das empresas de pequeno porte das microempresas e do ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual.

Argumenta que, por questão de cautela, ainda que fosse correta a infração o valor da multa aplicada pela suposta omissão do requerente não pode prosperar, uma vez que, se houve a suposta falta de recolhimento do ICMS decorrente de diferença de alíquota na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo, significa dizer que tais mercadorias deveriam submeter-se ao regime simplificado (SIMBAHIA) e, desse modo, ser aplicada a multa de 50% (cinquenta por cento), conforme determina o art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7014/96, pois a multa de 60% (sessenta por cento) aplicada pelo preposto fazendário somente seria possível se a empresa não estivesse optado pelo regime simplificado, na época do fato gerador, o que não ocorreu no caso sob comento.

Em relação a infração 07, salienta que, na época do lançamento tributário, estava submetida ao regime tributário dispensado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, com base na lei 7.357/98 (SIMBAHIA). Diante deste fato, a requerente tinha o dever de recolher o ICMS sobre as operações realizadas com base na sua receita bruta, estando impedindo, em regra, de utilizar quaisquer créditos fiscais decorrentes das operações de compra e venda de mercadorias, conforme determina expressamente o § 2º do art. 3º da Lei 7.357/98.

Aduz que, tal vedação admite exceções, por exemplo, quando, o preposto fiscal realiza o lançamento tributário com base em estimativa (arbitramento) aos contribuintes submetidos ao SIMBAHIA que não possuam elementos necessários para determinação da base de cálculo ou recuse fornecê-lo a Administração Fazendária. Nestes casos, será aplicado, para cálculo do imposto a recolher, a utilização de crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, conforme determinam os arts. 18 e 19 da Lei 7.357/98, que foram transcritos.

Frisa que, no caso em tela, o preposto fazendário lançou o tributo com base no arbitramento, no que se refere, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis pelos contribuintes apuradas através do saldo credor de caixa, conforme se depreende da leitura da infração 07 presente no corpo do auto infração. Ora, se existe tal infração e se a mesma foi baseada no arbitramento, caberia ao preposto fazendário apurar o valor devido.



de 8% (oito por cento) sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, o que não ocorreu' no caso em tela.

Outrossim, o valor da multa aplicada pela suposta omissão do requerente não pode prosperar, uma vez que, se houve a omissão de saída de mercadorias tributáveis, significa dizer que tais mercadorias deveriam ser escrituradas e submetidas ao regime simplificado (SIMBAHIA) devendo, deste modo, ser aplicada a multa de 50%, conforme determina o art. 42, I, item b3 da Lei 7.014/96. A multa de 70% aplicada pelo preposto fazendário somente seria possível se a empresa não estivesse optado pelo regime simplificado, na época do fato gerador, o que não ocorreu no caso sob comento.

No que se refere a infração 09, requer redução da multa argumentando que encontrava-se submetidas ao regime simplificado (SIMBAHIA) estão dispensadas de escrituração das operações nos livros fiscais, mas tão somente, a escrituração dos Livros de Termos de Ocorrência e Livros de Inventário, não havendo, portanto, razão para a infração, ora discutida, conforme determina o art. 11 da lei 7.357/98. Por questão de cautela, ainda que fosse a requerente obrigada a realizar tal obrigação acessória a mesma efetuou o recolhimento do ICMS durante o período fiscalizado, o que comprova a inexistência de qualquer prejuízo ao Fisco Estadual, posto que, caso contrario, também seria autuada por falta de recolhimento do imposto, o que não ocorreu. Na verdade, a requerente não agiu com dolo ou má fé.

Ao final, requer:

- a) Seja determinada a correção da omissão pela autoridade competente, reabrindo-se o prazo de defesa e, conseqüentemente, a tabela de redução de multa, conforme prescreve o art.129 § 4º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTIBA);
- b) Seja julgada improcedente a infração os períodos de 2008 apurados nas infrações 05 e 06, tendo e vista estarem fora do período de fiscalização e apuração determinado pelo preposto fazendário;
- c) Seja julgada nula parte das infrações 01, 02, 03 e 04, uma vez que o preposto fazendário não apresentou as notas fiscais necessárias para fundamentar a suposta infração cometida pela requerente;
- d) Seja julgada improcedente a infração 10, uma vez que não existe base legal para tal cobrança, porquanto tal bem adquirido não se coaduna no conceito de mercadoria, hipótese de incidência do ICMS, além da vedação legal a cobrança as empresas submetidas ao regime simplificado conforme, determina o art. 14 da lei 7.357/98;
- e) Se o pedido anterior não for acolhido que seja reduzida a multa para 50% (cinquenta por cento), por se tratar de empresa submetida ao regime simplificado à época do fato gerador;
- f) Seja apurado o crédito de 8% (oito por cento), na infração 07, sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito das mercadorias apuradas através de saldo credor de caixa, com base no art. 19 § 1º da lei 7.357/98;
- g) Seja reduzida a multa para 50% (cinquenta por cento), por se tratar de empresa submetida ao regime simplificado (SIMBAHIA) a época do fato gerador.
- h) Seja reduzida a multa da infração 09 no montante de R\$ 50,00 (cinquenta reais), com escopo no art. 148 do RPAF, c/c o art. 42 par. 7º da lei 7.014/96;

O auditor autuante, fls. 512 a 517, ao prestar a informação fiscal frisa que a ausência do visto da Autoridade fazendária referido pelo autuado, ou seja, o visto do Inspetor fazendário, não acarreta a nulidade do Auto de Infração, tampouco a reabertura do prazo de defesa. O auto de infração foi lavrado por agente público competente para tanto, o Auditor Fiscal.

Salienta que a competência das autoridades administrativas e

regulada pela legislação tributária. A validade dos atos administrativos requer a competência da autoridade ou agente público. Indispensável, portanto que a fiscalização tributária seja feita por pessoas às quais a legislação atribua competência. A lavratura de um auto de infração, o julgamento de impugnação do mesmo pelo sujeito passivo, assim como todo e qualquer ato da Administração Tributária, só tem validade se praticados por quem tenha competência. A lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais (RPAF, art. 42).

A pessoa sujeita à fiscalização deve por nos termos respectivos o seu “ciente”, bem como nos autos de infração lavrados. Isto não significa que concordou com o procedimento fiscal. Estar ciente da lavratura de auto de infração significa apenas que a pessoa autuada foi notificada, isto é, teve conhecimento da autuação. Isto é importante porque é precisamente da data que a pessoa autuada tem conhecimento da autuação que começa o prazo para oferecimento de defesa ou impugnação.

Cita que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTIBA) expressa no Art. 132, estabelece que a exigência do crédito tributário ou a imposição de qualquer medida fiscal poderão ser impugnadas no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da intimação, se outro prazo não for fixado pela legislação. Por sua vez, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) dispõe no Art. 110, que sempre que for dada ciência ao contribuinte ou responsável tributário acerca de qualquer fato ou exigência fiscal, a assinatura do sujeito passivo, seu representante ou preposto no instrumento correspondente valerá apenas como “recibo” ou “ciente”, visando a documentar sua ciência acerca do fato ou do procedimento fiscal, não implicando concordância ou confissão quanto ao teor do fato comunicado ou da exigência feita.

Transcreve o Art. 123, segundo o qual É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Quanto a alegação de Lançamento Tributário realizado fora do período fiscalizado, relativo as infrações 05 e 06, diz ser infundadas, já que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, ou seja, a legislação asseverou que ao contribuinte ficaria a incumbência de promover a apuração da exigência fiscal, o que inclui o cumprimento de todas as obrigações acessórias e o pagamento antecipado dos valores considerados devidos, e a autoridade administrativa expressamente homologa, o autuado não realizou o recolhimento do imposto devido e por isto foi autuado, transcrevendo os Artigos 88, 89, 90, 936 e 965 do Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997.

Ressaltar que o Auto de Infração não extrapolou a previsão legal. Exigiu apenas conduta prevista em lei e em momento algum o autuado foi impedido do seu direito de defesa, portanto a alegação de cerceamento de direito de defesa não procede.

No que tange a arguição de nulidade, por falta de documentos comprobatório, assevera não deve encontrar guarida, haja vista que foi lavrado dentro dos ditames legais e regulamentares atinentes à matéria, sendo que é inconteste a sujeição passiva da empresa no presente Auto. O autuado sonegou informações de aquisições de mercadorias, não apresentando o respectivo documento fiscal comprobatório das operações. Com sistema de intercâmbio de informações sobre operações interestaduais com mercadorias e serviços realizadas por contribuintes do ICMS no âmbito dos Estados e do Distrito Federal (SINTEGRA) foi possível recuperar essas informações. Fornecedores apresentaram arquivos com informações digitalizadas relativas à totalidade das prestações efetuadas pelo autuado, bem como confirmaram as operações enviando fotocópias dos documentos fiscais.

Relativamente ao argumento defensivo relativo a impossibilidade de exigência da diferença de alíquota sobre bens destinados ao ativo fixo, informa que o diferenc

Regulamento do ICMS (Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997):



*Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:*

*§ 2º O ICMS incide sobre:*

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;*

Aduz que o fundamento de validade se encontra no art. 155, §2º, VII e VIII, da Constituição Federal, consiste, em linhas gerais, na realização de operação matemática a determinar a diferença entre a alíquota interna do Estado-membro e a interestadual (praticada entre os Estados-membros). É instrumento de repartição da carga tributária, cuja origem se dá pela incidência do ICMS entre os estados produtores e consumidores, em razão de operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidores finais que sejam contribuintes deste imposto.

Conclui que a infração 10 procede, tendo em vista que o diferencial de alíquota é devido, a infração cometida pelo autuado tem previsão legal e constitucional. Ressaltar que no período de 2006, o autuada está cadastrado no estado como empresa normal, não estando amparado pelo tratamento diferenciado e favorecido às Micro e Empresas de Pequeno Porte como alega o autuado.

Quanto a possibilidade de utilização de créditos fiscais, aduz que o § 4º do Art. 4º da Lei nº 7.014/96 prevê que, quando o contribuinte deixar de contabilizar pagamento, presume-se que a receita utilizada para fazer face a tal pagamento provém de uma operação de venda anteriormente realizada, sem o pagamento do ICMS, cuja receita foi utilizada para o pagamento dos produtos constantes das notas fiscais objeto da autuação. Apurado o saldo credor de caixa foi concedido o crédito de 8% a que o contribuinte tem direito, e considerado que parte desses valores se refere as operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, conforme previsão legal, tudo demonstrado no Anexo 04 deste PAF.

Relativamente ao pedido de redução multa, na Infração 09 alegando que a empresa é submetida ao regime simplificado (SIMBAHIA) e, portanto, dispensada de escrituração das operações nos livros fiscais, argumenta que a partir do exercício de 2006 a empresa passou para o regime normal de tributação, estando obrigada a escrituração dos livros fiscais.

Frisa que, diferente do que alega o autuado, não houve recolhimento do ICMS no exercício de 2006, o que comprova a existência de prejuízo aos cofres públicos. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo. A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. O ato administrativo de lançamento é vinculado, obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, constatada a irregularidade a autoridade fazendária deve proferir a penalização por descumprimento da obrigação acessória ou a constituição do crédito tributário, não podendo fazer compensações como afere o autuado.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi baixado em diligência para que fosse atendida a determinação do § 3º do Artigo 8º do RPAF/BA, o que foi atendido.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que  
Infração em tela para exigir imposto decorrente de 10 (dez) infrações

Preliminarmente, em sua defesa o autuado alegou não consta no Auto de Infração o visto da Autoridade Fazendária, requerendo a reabertura do prazo de defesa e o direito a redução das multas aplicadas.

Os pedidos acima não podem ser acolhidos, uma vez que analisando á folha 01 do Auto de Infração observo que nela consta o “Visto do Saneador” datado de 02/10/2008 e o “Visto de Autoridade Fazendária” com data de 06/10/2008, mesma data em que o sujeito passivo declarou à folha 04 dos autos que: **“recebi em 06/10/08 a 3ª via deste auto, de cujo teor tomo ciência”**.

Consta, ainda, da citada folha 04, intimação para que o impugnante recolhesse o débito reclamado ou apresentasse defesa, sob pena de revelia, no prazo de: **“30 DIAS A PARTIR DA DATA DA CIÊNCIA.”** Tal intimação consta de forma bastante clara e destacada, não deixando margem de dúvida, como quer fazer crer o defendente, de o prazo para pagamento ou apresentação defesa é de 30 dias contados do visto da autoridade fazendária.

No mesmo sentido, no **“ANEXO DO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO”**, consta de forma clara e muito simples de se entender os percentuais de redução das multas para os respectivas datas de pagamento.

Portanto, ante ao acima exposto, não tendo pertinência os pedidos de saneamento, nem de reabertura do prazo de defesa ou mesmo de devolução dos prazos previstos para redução das multas aplicadas.

Ainda, como questão preliminar, argüiu o impugnante nulidade integral da infração 05 e parcial da infração 06, relativa ao fato gerador datado de 28/02/08, argumentando que preposto fazendário laborou em erro, tendo em vista que tal período não fora objeto de fiscalização, pois foi intimada no dia 07 de julho de 2008 e posteriormente reintimada, para apresentar os livros e documentos relacionados no Termo de Intimação, relativo ao período de 01 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2007, conforme se depreende da leitura dos documentos acostados ao presente processo administrativo, cerceando seu direito de defesa.

A alegação defensiva, de que somente foi intimado do início da fiscalização relativa ao período de 01 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2007, encontra-se comprovada nos autos, fls. 09, 10, se quer foi contestada pelo autuante em sua informação.

Portanto, não restada dúvida de que o contribuinte tomou conhecimento de que seriam fiscalizados os exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007.

De igual modo, não resta dúvida que o auditor autuante extrapolou o período objeto da fiscalização, sem que o contribuinte fosse devidamente intimado, e autuou o exercício de 2008.

Resta, apenas, no caso em lide analisar se o fato do contribuinte não ter sido intimado de que seria fiscalizado o exercício de 2008 e tendo o preposto fiscal autuado o citado exercício é causa ou não de nulidade como requereu o impugnante.

No Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, estabelece no artigo 26, incisos II e III, que considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento, exhibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar o recolhimento do imposto.

No mesmo sentido, o artigo 28, inciso I, estabelece que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, para o caso em lide, Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte. O artigo 29, inciso I, determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias

fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original.

É verdade que o entendimento consolidado do CONSEF, baseado nos dispositivos acima citados, é que à ausência, nos autos, do Termo de Início de Fiscalização não enseja a nulidade do lançamento fiscal, à luz do quanto estatuído no art. 26, III, do RPAF/99, somente a título de exemplo cito o Acórdão CJF Nº 0255-12/05 da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL. Entretanto, no presente caso, não consta nos autos, para o exercício de 2008, nenhum termo que caracterize o início da ação fiscal mediante ciência do contribuinte, como alegou em sua defesa. Tal fato, contamina parcialmente o lançamento de ofício, atingindo os fatos geradores no exercício de 2008, por vício formal insanável, resultando em sua nulidade na forma do inciso II do Artigo 18 do RPAF/BA, combinado com o artigo 28, I, II, do mesmo regulamento.

Ante o exposto, acolho a preliminar de nulidade em relação a infração 05, sendo nula integralmente e em relação a infração 06, apenas em relação ao fato gerador datado de 28/02/2008, no valor histórico de R\$ 154,53.

Quanto a arguição de nulidade em relação as infrações 01, 02, 03 e 04, por ausência de documentos fiscal comprobatório para fundamentar as imputações, entendo que não pode ser acolhida, uma vez que à folha 425 dos autos consta recibo firmado pelo proprietário da empresa autuado, Sr. Edvaldo de Brito, declarando que recebeu cópia das notas fiscais referente às aquisições de mercadorias registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

Superadas as questões preliminares, passo a análise do mérito das infrações.

Observo que a peça defensiva, ao trata do mérito, apenas questionou as infrações 07, 09 e 10.

Assim, as infrações 01, 02, 03 e 04, cuja preliminar já foi afastas, não havendo questionamento defensivo relativo ao mérito, entendo que de as mesmas restaram caracterizadas.

Quanto a infração 05, já foi decretada sua nulidade, quando da análise da preliminar.

No tocante a infração 06, também somente houve impugnação em relação ao aspecto formal do lançamento tributário relativo ao fato gerador do exercício de 2008, o qual foi acolhido no início do voto. Logo, a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 1.743,70, relativo ao fato gerador ocorrido em 31/07/2007.

Na infração 07, é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2004 e 2005.

Em sua defesa o sujeito passivo salienta que, na época do lançamento tributário, estava submetida ao regime do SimBahia, estando impedindo de utilizar quaisquer créditos fiscais decorrentes das operações de compra, requerendo que seja concedido de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, conforme determinam os arts. 18 e 19 da Lei 7.357/98, que foram transcritos.

Na informação fiscal, o autuante ressaltou que o § 4º do Art. 4º da Lei nº 7.014/96 prevê que, quando o contribuinte deixar de contabilizar pagamento, presume-se que a receita utilizada para fazer face a tal pagamento provém de uma operação de venda anteriormente realizada, sem o pagamento do ICMS, cuja receita foi utilizada para o pagamento dos produtos constantes das notas fiscais objeto da autuação. Apurado o saldo credor de caixa foi concedido o crédito de 8% a que o contribuinte tem direito, e considerado que parte desses valores se refere as operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, conforme previsão legal, tudo demonstrado no Anexo 04 deste PAF.

Após analisar os demonstrativos anexados dos autos, 23 e 39 a efetuou um levantamento do fluxo financeiro do autuado e det

credores na conta “Caixa”. Logo, entendo que foi constatada a ocorrência de saldo credor na conta caixa, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo, tiveram a sua origem desconhecida. Neste sentido, a regra disposta no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa ou suprimentos a caixa não comprovados autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Apesar de se encontrar enquadrado no regime do SimBahia, é devido o pagamento do ICMS apurado por omissão, uma vez que o RICMS/97, o Artigo 408-P, combinado com os artigos 408-L, inciso V e 915, inciso III, estabelecem que:

*“Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).*

*Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.*

*Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, **saldo credor de caixa**, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;” (Grifo nosso).*

Assim, mesmo os contribuintes enquadrados no regime de apuração do SimBahia ao praticarem infrações de natureza grave, no caso em tela saldo credor de caixa, perdem o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), sendo o mesmo apurado pelo regime normal, com a aplicação do crédito de 8%.

A apuração do imposto foi feita pelo autuante considerando a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, com a concessão do crédito presumido de previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Observado, ainda, que o autuante aplicou a proporcionalidade da base de cálculo.

De igual modo, não pode ser acolhido o pedido do autuado para que seja aplicada multa 50%, uma que, ao praticar infração de natureza grave, omissão de saídas tributadas apurada mediante saldo credor de caixa, a multa prevista é a de 70%, conforme acima transcrito.

Logo, a infração 07 restou caracterizada.

Na infração 08, é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa no valor de R\$296,93. Consta ainda da acusação, que o contribuinte no ano 2006 estava obrigado a escriturar os livros fiscais, porém apresentou DMA's zeradas, embora tenha aquisições registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

Em sua defesa o autuado não impugnou a referida infração. Interpreto este silêncio com reconhecimento tácito da mesma. Ademais, reitero que o documento fiscal comprobatório que fundamentou a imputação foi entregue ao autuado conforme rec autos, documento firmado pelo proprietário da empresa autu

declarando que recebeu cópia das notas fiscais referente às aquisições de mercadorias registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

Logo, entendo que infração 08 restou caracterizada.

Na infração 09 - é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa no valor de R\$ 905,49. Consta ainda da acusação, que o contribuinte no ano 2006 estava obrigado a escriturar os livros fiscais, porém apresentou DMA's zeradas, embora tenha aquisições registradas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

Em sua defesa a empresa alega que se encontrava submetidas ao regime simplificado do SimBahia, dispensada de escrituração das operações nos livros fiscais, entretanto, por cautela, requereu redução da multa argumentando que recolheu todo o ICMS durante o período fiscalizado, o que comprovaria a inexistência de qualquer prejuízo ao Fisco Estadual e que não agiu com dolo ou má fé.

Ao contrário da alegação defensiva, com bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, o contribuinte esteve enquadrado no SimBahia, porém em 2006 a empresa passou para o regime normal de tributação, estando obrigada a escrituração dos livros fiscais. Portanto, estando o sujeito passivo enquadrado no Regime Normal de Apuração do ICMS no período objeto da autuação, o mesmo deveria ter escriturado os livros fiscais, no caso em análise, o livro Registro de Entradas, onde tinha obrigação de registrar as notas fiscais relativas as operações em comento.

Quanto ao pedido de redução da multa para 50% do valor ou para R\$ 50,00, embora exista previsão legal, o art.158, do RPAF/99, estabelece que as penalidades por descumprimento de obrigação acessória **poderão** ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, mediante o atendimento de determinadas condições, quais sejam: 1) desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e 2) que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que no próprio Auto de Infração são imputadas diversas faltas de recolhimento do ICMS. Logo, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Assim, o procedimento fiscal foi corretamente realizado, estando a infração caracterizada e a multa mantida.

Na infração 10, é imputado ao autuado deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança não pode ser apreciada por este colegiado, pois, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, a apreciação da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador.

Quanto a alegação entrava no SimBahia, a mesma não pode ser acolhida uma vez que o fato gerador ocorreu em 30/11/2006, período em que o contribuinte estava enquadrado no Regime Normal de Apuração do ICMS, estado obrigado a recolher o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, não estando amparado pelo tratamento diferenciado e favorecido às Micro e Empresas de Pequeno Porte como alega o autuado, sendo correta a multa aplicada de 60%.

A exigência do referido pagamento está prevista no Art. 1º, § 2º, inciso IV do RICMS/BA, *in verbis*:

*Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICM*  
*II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a*



*setembro de 1996, tem como fatos geradores:*

*§ 2º O ICMS incide sobre:*

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;*

Logo, a infração 10 restou caracterizada.

Em relação a multa aplicada nas infrações 01 e 04, entendo que não se pode confundir a “antecipação parcial”, que nada mais é que um adiantamento ao Estado, com a “substituição tributária”, na modalidade da “antecipação”, que é um instituto com conceito, forma e objetivos diversos. A multa decorrente da “falta de antecipação”, ou seja, da infração correspondente à “substituição tributária”, para empresa enquadrada no então SimBahia é de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei 7.014/96.

Em relação a penalidade aplicada no Auto de Infração em lide, considerando a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 28/11/07, que acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido dispositivo legal que capitula a multa pela falta de recolhimento do ICMS, nos casos de antecipação tributária.

O Conselho de Fazenda, o qual já firmou entendimento contrário ao conteúdo da mesma, conforme diversos Acórdãos da 1ª e da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, apenas a título de exemplo, cito os acórdãos nºs CJF Nºs. 0203-12/09, 0209-12/09, 0214-12/09, 0252-12/09 e 0301-12/09

Acompanho a tese defendida nas decisões majoritária acima citada, as quais foram embasadas em pareceres dos ilustres representantes da PGE/PROFIS. De fato, no sentido estrito, os institutos da antecipação parcial e a antecipação são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada antecipação do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Nos diversos acórdãos acima apontados, tem sido citado o posicionamento da PGE/PROFIS pela a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, I, “b”, item 1, assim como o inc. II, “d”, do mesmo artigo, para as infrações relativa antecipação parcial, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto da substituição tributária. Entretanto, como já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos, a previsão punitiva tributária, consignada no art. 42, inc. II, alínea “f”, esse fato possibilita aplicar multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que o referido dispositivo prevê a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal.

É importante ressaltar que, conforme previsão expressa do art. 19 do RPAF/99, 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. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional – CTN nos artigos 142 e 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável.

Nessa direção, no caso em lide, houve equívoco no enquadramento da multa no art. 42, inc. I, letra “b”, item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”



implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada nas infrações 01 e 04 pelo autuante, prevista no art. 42, inc. I, letra “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, foi equivocada, haja vista que a referida 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, porém esse fato não implicou em modificação no núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Por tudo acima exposto, retifico a multa indicada no percentual de 50%, para a prevista na alínea “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.

Entretanto, cabe ressaltar que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o autuado poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, o sujeito passivo 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.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$82.590,37 conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	1.566,03
2	PROCEDENTE	7.944,22
3	PROCEDENTE	18.838,84
4	PROCEDENTE	17.462,03
5	NULA	0,00
6	PROCEDENTE EM PARTE	1.743,70
7	PROCEDENTE	25.833,13
8	PROCEDENTE	296,93
9	PROCEDENTE	905,49
10	PROCEDENTE	8.000,00
TOTAL		82.590,37

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281077.0010/08-2, lavrado contra **EDVALDO DE BRITO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$81.387,95**, acrescido das multas de 50% sobre R\$47.554,82, 60% sobre R\$8.000,00 e 70% sobre R\$25.833,13, previstas no art. 42, I, “b”, item 1, II, “f” e III, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.202,42**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo diploma e legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9837/05..

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR