

A. I. Nº - 207494.0008/10-0
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06.09.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 3. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes. Nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente elidida. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/12/2010, para exigência de ICMS no valor de R\$143.762,79, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$29.393,02, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, através de ECF, regularmente escrituradas, no período de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativo às fls. 07 a 11 e CD à fl. 18. Em complemento consta: “ICMS RECOLHIDO A MENOR POR ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERNA DO ICMS NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS POR ECF’S, NOS MESES DE JANEIRO A MARÇO DE 2010, CONFORME DEMONSTRATIVOS DE AUDITORIA (FLS.06 A 11) E CD-R (FL.18), ENTREGUES AO CONTRIBUINTE CONFORME DOCUMENTO ANEXO (FL.19 A 23).”
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$101.352,72, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (CFOP 2403) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro e março de 2010, conforme demonstrativo às fls.12 a 15 e CD à fl.18.
3. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativos às fls.16 a 17 e CD à fl.18. Multa no valor de R\$13.017,05.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls.31 a 52, após reprisar as infrações, impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Preliminarmente suscita a nulidade da autuação, sob alegação de que o lançamento de ofício violou o princípio da legalidade por está eivado de vícios insanáveis, pois, baseado em fatos não previstos em lei, tendo invocado o artigo 5º II, da CF/88 e lições de renomados professores de direito, para fundamentar sua arguição.

No mérito, reconheceu integralmente o débito da infração 02 (R\$101.352,72), juntamente com parte do débito inerentes às infrações 01 (R\$2.511,55) e 03 (R\$2.635,60), e comprovou o devido recolhimento através do DAE (fls.53/54), no total de R\$ 106.499,87, cuja parte não reconhecida foi impugnada na forma que segue.

INFRAÇÃO 01 - Crédito Fiscal – Recolhimento a menor do ICMS em razão de Erro na Aplicação da Alíquota (ECF).

Para contestar o débito no valor de R\$ 26.881,47, o autuado colacionou as planilhas constantes às fls.57 a 67, constando dentre outros itens, a descrição do produto, o código do produto, a alíquota interna e a base legal.

Alega que o autuante deixou de verificar as diversas situações tributárias, a saber: produtos sujeitos ao regime da substituição tributária; produtos com base de cálculo reduzida para 12% (doze por cento); produtos com alíquota de 7% (sete por cento); classificação do produto de acordo com a NCM/SH.

No que se refere aos produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, argumenta que não há que se falar em diferença de imposto em virtude do encerramento da fase de tributação, a teor do art. 353 do RICMS, os quais, sustenta que foram corretamente tributados de acordo com a legislação especial aplicável, a saber:

MISTURA DE BOLO – diz que os produtos com essa denominação gozam do benefício de redução de base cálculo a teor do art. 506-G e Protocolo nº 46/00, sendo considerada a carga tributária de 17%, quando a correta seria de 12%.

BOLSA DE VIAGEM – trata-se de produto enquadrado no regime da substituição tributária no art. 353, II, 38, do RICMS, e que em face do encerramento da fase de tributação, não há que se cogitar o pagamento de diferença do ICMS.

CANJQUINHA – que este produto faz parte da cesta básica, trata-se de um produto natural da espécie fubá de milho, sendo sua alíquota de 7% de acordo com o art. 51, I, a, do RICMS, e foi aplicada indevidamente a alíquota 17%.

GELATINA - Explica que este produto é pó destinado ao preparo da gelatina para o consumo humano, e no levantamento fiscal o preposto fiscal ao apurar a diferença de imposto não concedeu o crédito fiscal amparado por matriz constitucional.

INFRAÇÃO 03 - Multa sobre Parcela de Imposto não Recolhido

Aduz que não procede a acusação fiscal, pois no período fiscalizado de janeiro a março de 2010, recolheu de forma correta o ICMS-Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme planilhas que acostou às fls. 72 a 86.

No caso da competência de janeiro/2010, diz que o valor correto do imposto apurado e recolhido foi de R\$258.979,89, conforme DAE e comprovante de pagamento, anexos.

Enquanto que na competência de março/2010 o valor correto do imposto apurado e recolhido foi de R\$ 236.149,01, conforme DAE e comprovante de pagamento, anexos.

Frisa que reconhece com devido apenas o valor de R\$2.635,60, cujo valor foi recolhido, conforme DAE, anexo.

Feitas estas considerações, analisando o direito aplicável, o autuado comenta sobre o princípio da legalidade, citando lições de juristas sobre a questão relacionada com o instituto constitucional da não cumulatividade, para argüir que o direito ao crédito fiscal é constitucional; a exigência de pagamento do imposto sobre operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária é ilegal; de igual forma a exigência de diferença de imposto em operações com mercadorias beneficiadas com base de cálculo e alíquota reduzida e a não observância da classificação fiscal NCM/SH induz à imprecisão do lançamento de ofício, como ocorreu no presente caso em discussão.

Prosseguindo, alega que ocorreu inadequada capitulação da multa aplicável, porque, ainda que a autuação seja mantida, a multa em questão é das mais graves previstas na legislação e inaplicável ao caso, considerando que a mesma tem caráter confiscatório.

Além disso, considerou ilegal a de juros baseados na Taxa SELIC, por entender que a sua aplicação tem sido repudiada no Judiciário, pela sua inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários, culminando com a decisão de sua arguição pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 215.881/PR (DJU 19/06/2000).

Requeru perícia nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos da empresa, a fim de que possa ser provada a inexistência do procedimento fiscal, como única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo estabelecimento, estando em perfeita sintonia com a legislação tributária. Salienta que muitas de suas alegações denotam de supostas inconsistências e irregularidades registradas em livros fiscais, cuja improcedência se torna impossível de se mostrar apenas com defesa e documentos.

Por fim, protestando por todos os meios de prova em direito permitido, especialmente a juntada de documentos fiscais, planilhas com dados dos produtos e perícia contábil, requer:

- a) seja julgado improcedente, em parte, o auto de infração;
- b) homologação dos pagamentos efetuados através do DAE no montante de R\$133.445,61 (com acréscimos legais).

Na informação fiscal às fls. 93 a 100, o autuante esclareceu que todas as infrações constantes do Auto de Infração estão devidamente respaldadas nos dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pela empresa à Sefaz, que foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais e nas planilhas que serviram de base para o cálculo do imposto dos produtos enquadrados no Regime da Substituição Tributária e antecipação parcial entregues pela a empresa a esta fiscalização através de CD-R, anexo (fl. 18 do PAF).

Quanto a infração 01, rebateu as alegações defensivas, da seguinte maneira:

MISTURA DE BOLO – Diz que a alegação de que a mistura de bolo de diversas marcas listradas na planilha, gozam do benefício de redução de base de cálculo a teor do art. 506-G e Protocolo nº. 46/00, não procede, pois no Art. 506-G transcrito pelo autuado o benefício de redução da base de cálculo é concedido nas operações realizadas pelos fabricantes.

BOLSA DE VIAGEM – considerou equivocado o argumento defensivo de que este produto está enquadrado no regime da substituição tributária no art. 353, II, 38, do RICMS, visto que os produtos listados no citado dispositivo são produtos de papelaria listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/09 e no Anexo Único do Protocolo ICMS 28/10:

Desta forma, entende que BOLSA DE VIAGEM é um produto sujeito a tributação normal com alíquota do ICMS de 17%.

CANJQUINHA – Não acolheu o entendimento do autuado de que este produto faz parte da cesta básica, sendo sua alíquota de 7% de acordo com art. 51, I, a, do RICMS, pois o produto selecionado na infração é CANJQUINHA YOKI 333 lxl 500G (código NCM 11031300 - GRUMOS E SEMOLAS DE MILHO), e trata-se de um preparado para canjica sujeita a tributação normal do

ICMS com alíquota de 17% e não uma farinha de milho comum que está na cesta básica.

GELATINA (FRALDA T. M. NOTURNA) – Explica que em verdade trata-se do produto FRALDA T. M. NOTURNA e não gelatina como descrito na planilha elaborada pelo Auditor Fiscal. Este produto está enquadrado no regime da substituição tributária no art. 353 do RICMS. Como pode a autuada afirmar que o produto GELATINA SOL PERSONAGENS CHICL 1x1 30G cód: 11673906, GELATINA SOL PERSONAGENS CHICL 6x6 30G cód: 11673118, GELATINA OTKER NAT.5005* 1x1 24G cód: 16853922, GELATINA SOL PERSONAGENS MGO 1x1 30G cód: 11674966, com códigos e descrições informados nos seus registros magnéticos (Registro 60R e 75) foram dados saídas por ECF's e não foram detectados pelos seus funcionários que estavam vendendo e os clientes comprando FRALDA T. M. NOTURNA e nos cupons fiscais estavam registrando diversos tipos de gelatinas com valores totalmente diferenciados.

Observa que o autuado não apresentou nenhuma prova legal que comprovasse que as saídas dos diversos tipos de gelatinas com códigos diferenciados, descrição específica, identificação do tipo e marca ocorridos no período de janeiro a março de 2010 tratam-se de fralda T.M.Noturna. Manteve o seu procedimento, por considerar que as saídas apuradas se tratam de gelatina, produto com tributação normal com alíquota de ICMS de 17%.

Sobre a infração 02, o preposto fiscal observa que o autuado reconhece a procedência do lançamento de ofício, e efetuou o pagamento do valor total do imposto de R\$ 101.352,72, mediante Documento de Arrecadação Estadual- DAE.

Quanto a infração 03, esclareceu que no período fiscalizado de janeiro a março de 2010 o contribuinte recolheu de forma correta o ICMS Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, apresenta os DAE's com os valores do imposto recolhido: janeiro/2010 - R\$ 258.979,89; março/2010- R\$ 236.149,01, reconhecendo como devido apenas o valor de R\$2.635,60 recolhido, conforme DAE, anexo.

Diz que das alegações defensivas, acatou e retirou do Demonstrativo de Auditoria Falta de Recolhimento do ICMS devido na Antecipação Parcial os valores abaixo relacionados:

DATA	N.FISCAL	VALOR	ANT.PARCIAL	DESCRIÇÃO DO PRODUTO
11-01-2010	101719	69.767,99	483,99	RF BACALHAU DESFIADO
11-01-2010	101719	69.767,99	585,48	RF BACALHAU PORTO
11-01-2010	101719	69.767,99	2.453,99	RF BACALHAU SAITH 13/15
11-01-2010	101719	69.767,99	2.522,43	RF BACALHAU SAITH 16/20

Quanto às demais notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (fls. 16 a 17 do PAF) não constam das planilhas apresentadas pelo autuado que serviram de base para o recolhimento do ICMS Parcial nos meses de janeiro e março de 2010 nos valores de R\$258.979,89 e R\$236.149,01 respectivamente, conforme CD-R anexo ao PAF (Fl. 18 do PAF).

Por conta disso, diz que a infração 03, Multa de 60% sobre Antecipação Parcial não recolhida no mês de janeiro de R\$5.666,55 para R\$2.039,02, no mês de fevereiro permanecendo R\$ 198,67 e no mês de março permanecendo R\$7.151,83, totalizando a infração em R\$9.389,52, conforme novo demonstrativo anexado ao PAF e cópia entregue ao autuado.

Considerou sem fundamento a alegação de que as multas são exorbitantes e que não é devida a aplicação da Taxa SELIC, uma vez que o percentual das multas aplicadas está de acordo com a Lei 7.014/96 e a aplicação de juros com base na SELIC está de acordo com a Lei e os Atos Normativos que regem o ICMS no Estado da Bahia.

Não concordou com o pedido para realização de perícia nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos do autuado, dizendo que os documentos que a impugnante apresentou nas suas razões de defesa foram criteriosamente analisados, sendo que as provas apresentadas e consideradas procedentes foram devidamente acatadas e excluídos do auto de infração.

Finalizou ratificando integralmente sua ação fiscal.

Constam às fls. 116 a 117, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, no valor de R\$106.499,87.

Considerando que o autuante ao prestar a sua informação fiscal, fls.93 a 100, anexou aos autos novos elementos ao processo, mais precisamente novo demonstrativo da infração 02, sem que tivesse sido dado vistas ao sujeito passivo, e considerando o disposto no § 7º do artigo 127 do RPAF/99, na Pauta Suplementar do dia 24/05/2011, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, para que fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, cópia dos documentos abaixo relacionados, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo: Informação fiscal – fls.93 a 100; Demonstrativo de Auditoria – fls.101 a 102; e o despacho de diligência à fl.120.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.122 a 123, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.93 a 102, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.124 a 128, argüindo o seguinte.

Infração 01

Reiterou os termos de sua defesa em relação aos produtos Mistura de Bolo, Bolsa de Viagem, Canjiquinha e Gelatina. No caso de Bolsa de Viagem acrescentou que este produto trata de produtos listados no rol daqueles comercializados em papelaria, pois, destinados a estudantes, conforme, descritos pelo próprio Autuante em sua informação fiscal de fls., com a NCM/SH 4202.9, com fase de tributação encerrada. Já no tocante a Gelatina T. M. Noturna, acrescentou que o mesmo está sujeito à substituição tributária com a fase de tributação encerrada, entendendo que não há que se falar em recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota interna nas saídas por ECF.

Infração 03

Renovou os argumentos da defesa anterior, reafirmando que no período fiscalizado de janeiro a março de 2010, recolheu de forma correta o ICMS-Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme planilhas anexadas ao processo.

Reconheceu com devido apenas o valor de R\$ 2.635,60, cujo valor foi recolhido, conforme DAE, anexado.

Concluindo pugna pela procedência em parte do Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal, fls.139 a 141, rebateu os argumentos defensivos, mantendo todas as contestações apresentadas, considerando que as razões apresentadas para contestar a sua Informação Fiscal na manifestação do sujeito passivo (fls. 124 a 128 do PAF) são as mesmas apresentados na sua defesa (fls. 31 a 52 do PAF).

VOTO

Preliminarmente analisando a alegação defensiva de que o presente lançamento de ofício violou o princípio da legalidade por está eivado de vícios insanáveis, verifico que não assiste razão ao defendente, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da

cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto dos levantamentos que geraram as exigências tributárias em questão.

c) nas informações fiscais o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito, e o sujeito passivo teve a oportunidade de se manifestar no prazo legal.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou comprovação do não cometimento das infrações, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Rejeito o pedido de perícia formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99.

No mérito, após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, constatei o que segue.

Consoante o que foi relatado, dos três itens contemplados no Auto de Infração, o autuado reconheceu integralmente o débito relativo ao item 2, no valor de R\$101.352,72, inclusive já comprovou o devido recolhimento, juntamente com parte das infrações 01 e 03, conforme comprova o DAE às fls. 53 e 54.

Desta forma, ante o reconhecimento do autuado considero subsistente o item 02, referente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (CFOP 2403) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, ficando a lide restrita aos itens impugnados, senão vejamos.

Infração 01

A acusação fiscal diz respeito a constatação de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$29.393,02, em razão de erro na aplicação da alíquota interna nas saídas de mercadorias, através de ECF, regularmente escrituradas, no período de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativo às fls.06 a 11 e CD à fl.18.

De acordo com as planilhas às fls. 06 a 11, para as mercadorias BOLSA DE PRAIA, BOLSA DE VIAGEM, DESODORANTE REXONA, EMBALAGEM OU PAPEL DE ALUMINIO, FILME PVC, GELATINA, MARMITEX, LEITE EM PÓ e MARGARINA, não foi recolhido nenhum valor a título de ICMS, haja vista que foi considerada alíquota “zero”, tendo a autuação exigido o imposto à alíquota de 17%.

Para a mercadoria CANJIQUINHA, consta que o autuado utilizou a alíquota de 7%, enquanto que a fiscalização entende que a alíquota correta é de 17%.

Já para a mercadoria MISTURA DE BOLO, o autuado a tributou à alíquota de 12%, enquanto que a fiscalização aplicou a alíquota de 17%.

Considerando que o autuado em sua defesa se manifestou apenas em relação às mercadorias BOLSA DE VIAGEM, GELATINA, CANJIQUINHA e MISTURA DE BOLO, passo a analisar a lide exclusivamente em relação a tais mercadorias. Ressalto que o autuado reconheceu e recolheu o débito no valor de R\$2.511,55.

BOLSA DE VIAGEM

O argumento defensivo é que este produto está enquadrado no regime da substituição tributária. Não assiste razão ao sujeito passivo, visto que os produtos listados no Anexo Único do

Protocolo ICMS 109/09 e no Anexo Único do Protocolo ICMS 28/10 (art. 353, II, Item 38, do RICMS), citado na defesa, tratam-se de produtos de papelaria, e no caso, a mercadoria é Bolsa para Viagem, e portanto, é devida a alíquota de 17% conforme aplicado pela fiscalização.

GELATINA

O lançamento foi impugnado sob alegação de que os produtos são FRALDA T. M. NOTURNA. De fato, o produto Fralda está enquadrado no regime da substituição tributária no art. 353 do RICMS. Contudo, verifico que não foi apresentado na defesa qualquer elemento de prova desta alegação. Por outro prisma, na planilha elaborada pelo autuante estão especificadas as saídas dos diversos tipos de gelatinas com códigos diferenciados, descrição específica, identificação do tipo e marca, e respectivas notas fiscais. Assim, foi correta a tributação à alíquota de ICMS de 17%.

CANJQUINHA

Acompanho, também, a conclusão do autuante no que concerne a este produto, no sentido que não pode ser equiparado ao fubá de milho, para o qual há previsão de redução na base de cálculo de 100% nas operações internas, conforme consta no art. 87, inciso XXX do RICMS/BA. Ou seja, vale consignar que este produto não se encontra nominalmente relacionado no art. 51, § 3º, II do RICMS, que indica quais os itens que se encontram inseridos no gênero fubá de milho. Deste modo, está correta a exigência fiscal nas saídas internas à alíquota de 17%, pois se trata de um preparado para canjica.

MISTURA DE BOLO

Também não está correto o entendimento do sujeito passivo de que as Misturas de Bolo, de diversas marcas, inseridas na planilha fiscal, gozam do benefício de redução de base de cálculo. O benefício da redução da base de cálculo previsto no artigo art. 506-G e Protocolo nº. 46/00, é concedido nas operações realizadas pelos fabricantes.

Infração 03

Quanto ao item 03, a infração imputada ao contribuinte diz a falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial sobre as aquisições, para comercialização, de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, sendo aplicada multa percentual, no valor de R\$13.017,05, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, sobre aquisições devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a março de 2010.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "*§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido 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.*"

Pelos termos da defesa, o autuado não questiona a sua obrigação em efetuar o recolhimento por antecipação parcial sobre as mercadorias adquiridas para fins de comercialização, porém, no presente caso, reconheceu o recolhimento a menor no mês de fevereiro, e recolheu a multa no valor de R\$2.635,60. Quanto aos meses de janeiro e março, alegou que recolheu de forma correta o ICMS-Antecipação Parcial, e apresentou como elemento de prova os DAES fls.87 e 88, nos valores de R\$258.979,89 e R\$236.149,01, acompanhados das respectivas planilhas (fls.72 a 86).

Analisando tais planilhas, como bem observou o autuante, realmente as notas fiscais objeto da autuação relacionadas às fls.16 a 17 não estão nelas inseridas.

Quanto a comprovação em relação à Nota Fiscal nº 101719, o autuante concordou com a defesa e retirou a multa correspondente, resultando na diminuição do valor da multa para R\$ 2.039,02, no mês de fevereiro.

Desta forma, considerando que o autuado elidiu parcialmente a acusação fiscal, a exigência fiscal deste item fica parcialmente subsistente.

Com relação ao argumento de que a multa de 60%, aplicada em todos os itens, é desproporcional, com base no fundamento de que inexistiu ilegalidade no seu procedimento fiscal, fica consignado, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àquele relativo à aplicação da aludida multa, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

No que concerne à redução da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

A imposição de penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, existe em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais, e além do seu caráter educativo, visa preservar o crédito tributário. Nessa situação, quando o contribuinte descumpra as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da que cuida o Auto de Infração em exame.

No presente caso, considerando a ocorrência das infrações imputadas neste processo, e não elididas, bem como a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

Por último, quanto a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC, a mesma é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Este órgão julgador não pode declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167, do RPAF/BA).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$140.135,26, ficando o demonstrativo de débito da infração 03 modificado conforme abaixo:

INFRAÇÕES	VL.LANÇADOS	VL.RECONHECIDOS E RECOLHIDOS	VL.JULGADOS
1	29.393,02	2.511,55	29.393,02
2	101.352,72	101.352,72	101.352,72
3	13.017,05	2.635,60	9.389,52
SOMA	143.762,79	106.499,87	140.135,26

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2010	9/2/2010	3.398,37	0	60	2.039,02	3
28/2/2010	9/3/2010	331,12	0	60	198,67	3
31/3/2010	9/4/2010	11.919,72	0	60	7.151,83	3
TOTAL					9.389,52	

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 **207494.0008/10-0**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.745,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “a” e II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.389,52**, prevista no inciso II, alínea “d”, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte através do DAE à fl.54.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR