

A. I. N° - 207155.0018/11-5  
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS S.A  
AUTUANTE - INOCÊNCIA OLIVEIRA ALCANTARA e SAYONARA AGUIR P. RODRIGUES  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 16.12.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0319-02/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. **a)** VENDAS A NÃO CONOTRIBUINTES. Ficou caracterizado que o sujeito passivo utilizou indevida do benefício da redução da base de cálculo, uma vez que o contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/200), com direito a redução da base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial, aplicou a redução nas vendas para não contribuintes. Infração mantida. **b)** VENDAS A CONTRIBUINTES NA CONDIÇÃO DE INAPTO. Caracterizada a venda para contribuintes na condição de inapto, não cabendo a condição de contribuinte para efeito do benefício da redução da base de cálculo; **c)** VENDAS COM MERCADORIAS SUJEITOAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada, reconhecida pelo sujeito passivo. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO RELATIVO AO INGRESSO OU RETORNO DE MERCADORIAS. Comprovada a aludida falta de estorno. Infração caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Comprovada a omissão de saídas. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de retenção e recolhimento, através do levantamento de estoque. Infração caracterizada. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS Infração caracterizada, reconhecida pelo sujeito passivo; **b)** VENDAS A CONTRIBUINTES INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE INAPTO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Constatado a falta de retenção e recolhimento. Infração caracterizada. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração devidamente caracterizada, reconhecida pelo sujeito passivo. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. Constatadas as inconsistências não corrigidas até o

encerramento da ação fiscal. Infração caracterizada. Não acolhidos os pedidos de redução da multa e as preliminares de mérito quanto à decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2011, para exigir ICMS, bem como multa por descumprimento de obrigação assessoria no valor de R\$210.459,71, aponta a seguintes irregularidades:

Infração 01 – Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta que o contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/200), com direito a redução da base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial (vendas para não contribuintes). ICMS no valor de R\$19.848,28, multa de 60%;

Infração 02 – Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta que o contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/200), com direito a redução da base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial. A infração se refere à aplicação indevida da redução de base de cálculo do ICMS em 41,176% para contribuintes considerados inaptos. ICMS no valor de R\$1.381,40, multa de 60%;

Infração 03 – deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta que o contribuinte quando das saídas interestaduais por ser signatário do acordo de Atacadistas, usufruiu do crédito presumido de 16,667%, equivalente a 2%, e tributando essas mesmas saídas em apenas 10%. Por essa razão é obrigado a efetuar o estorno de 10% quando do ingresso ou retorno dessas mercadorias de outros estados, por devolução. ICMS no valor de R\$ 8.839,02, multa de 60%;

Infração 04 – falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 95.004,95. Multa de 70%;

Infração 05 – falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$3.818,18, multa de 60%;

Infração 06 – reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. ICMS no valor de R\$ 22.185,50, multa de 60%;

Infração 07 – deixou de recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (falta de retenção para contribuintes inaptos). ICMS no valor de R\$1.159,92, multa de 60%;

Infração 08 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades federativas e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 1.335,43, multa de 60%;

Infração 09 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades federativas e destinadas ao ativo fixo. ICMS no valor de R\$ 584,76, multa de 60%;

Infração 10 – forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos

ficiais correspondentes, ficando o valor da multa limitando a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. 5% sobre o valor das informações ausentes ou das diferenças entre os valores constantes nos documentos fiscais e os constantes nos arquivos magnéticos. Multa no valor de R\$46.364,62

Infração 11 – recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta que o contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/2000), com direito a redução da base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS de mercadorias com tributação normal, no entanto o contribuinte estendeu o benefício as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cuja vedação está prevista no art. 4º, incisos do mesmo decreto. ICMS no valor de R\$9.937,67, multa de 60%.

O autuado, às fls. 380 a 398 dos autos, apresenta defesa argüindo, liminarmente, decadência do período entre 1º de janeiro de 2006 e 31 de dezembro de 2007, visto que o auto foi lavrado em 05/07/2011, com base no artigo 156, inciso V e 150, § 4º do Código Tributário Nacional, os mesmos devem ser declarados extintos.

Reconhece as infrações 06, 08, 09 e 11, que afirma serem alvo de pagamento.

Quanto à infração 01, afirma que é signatária do Termo de Acordo Atacadista – Decreto nº 7.799/2000, que prevê a redução da base de cálculo do ICMS no percentual de 41,176% nas saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia para contribuintes do ICMS também inscritos no mesmo Estado. Por tal motivo, utilizou-se do benefício de redução da base de cálculo nas vendas destinadas aos contribuintes abaixo relacionados:

| RAZÃO SOCIAL                             | INSCRIÇÃO ESTADUAL |
|--|--------------------|
| CONEF NAC ENTREPOSTOS FRIGORIFICOS LTDA  | 07615795           |
| EMPREENDIMENTO HOTELEIRO LIMA LTDA       | 62191248           |
| PROFARMA DISTR DE PROD FARMACEUTICOS S/A | 64250907           |
| RODOVIARIO SCHIO LTDA                    | 64549295           |
| VG BRASIL ATIVIDADES HOTELEIRAS LTDA     | ISENTO             |
| SARTRE EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS LTDA | ISENTO             |
| JADER ALUIZIO DA SILVA MARQUES           | ISENTO             |
| GREMIO RECREATIVO WAYTEC                 | ISENTO             |
| SILVIO FERREIRA                          | ISENTO             |

Alinha que, por entender que todos os adquirentes acima relacionados não estavam dentro dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 1º do Decreto nº 7.799/2000, a fiscalização afastou a redução da base de cálculo sobre todas as vendas, exigindo o diferencial de ICMS mediante aplicação da alíquota cheia de 17%.

Afirma que, conforme pode ser observado da tabela acima, bem como da consulta realizada ao SINTEGRA – doc.1 -, parte dos adquirentes acima relacionados são contribuintes do Estado da Bahia com inscrição estadual, sendo, portanto, contribuinte de ICMS no Estado.

Entende não haver irregularidade nas vendas destinadas às empresas com inscrição estadual, mas tão somente com empresas estabelecidas no Estado da Bahia com inscrição estadual isenta.

Considera que a partir da comparação entre o demonstrativo de diferencial de ICMS apontado no auto de infração e o faturamento histórico da autuada – doc. 2- pode-se concluir que, caso seja devido diferencial de ICMS em relação às vendas destinadas aos adquirentes não contribuintes de ICMS, a quantia a ser cobrada perfaz o total de R\$801,32.

Desse modo, conclui que a presente autuação só deve prosperar em relação às vendas de mercadorias para não contribuintes do ICMS, isentos de inscrição estadual, devendo ser afastada a autuação em relação aos demais estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

Quanto a infração 02, a fiscalização afirma que foi recolhido a menor o ICMS em decorrência da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo na destinação de mercadorias à contribuintes considerados inaptos.

Argumenta que o entendimento da fiscalização não deve prosperar, pois as empresas destinatárias das mercadorias estão inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado plenamente habilitadas para realização de atos de comércio, pois as empresas apontadas pela fiscalização como inaptas são contribuintes de ICMS no Estado autuante, conforme se verifica da documentação anexa – doc. 3 -, a autuada não é devedora de diferencial de ICMS.

Aduz que não se mostra razoável exigir que o comerciante produza diligências investigatórias acerca de seus clientes, semelhantes às que foram levadas a efeito pela autoridade fiscal, principalmente em razão do poder de polícia assistir, tão somente, ao Fisco, não podendo ser este transferido aos particulares.

Apresenta a tabela abaixo relaciona todos os contribuintes que adquiriram mercadorias da impugnante no período objeto da autuação:

| RAZÃO SOCIAL                             | INSCRIÇÃO ESTADUAL |
|--|--------------------|
| ALVES CONCEICAO COM DE ALIMENTOS LTDA ME | 46285843           |
| IZELIO COSTA BORGES                      | 99796013           |
| MGR                                      | 43728439           |
| SAMPAIO S COMERCIAL LTDA                 | 64143564           |
| SERVFRIOS COM DE CARNES FRIOS E SALGADOS | 54660243           |
| Z RIBEIRO DOS SANTOS ME                  | 68163389           |

Assegura que, segundo extrato emitido pelo sítio do SINTEGRA – doc. - 4, a inaptidão apontada pelo fisco não atinge os contribuintes Z. Ribeiro Dos Santos e Sampaio S Comercial Ltda., eis que estas empresas estão regularmente habilitadas.

Assim, complementa o sujeito passivo, caso não entenda este Agente fiscal pelo afastamento integralmente do valor exigido no item 2 da autuação, resta claro que deverá ser afastado o diferencial exigido decorrente das saídas de mercadorias destinadas aos contribuintes Z. Ribeiro Dos Santos e Sampaio S Comercial Ltda., pois foram apurados com base nas saídas internas destinadas aos contribuintes devidamente habilitados.

Em relação à Infração 03, falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Relata o autuado: “*Quando das saídas interestaduais, por ser signatário do Termo de Acordo Atacadista, o contribuinte usufruiu do crédito presumido em 16,667%, equivalente a 2%, e tributado, por isso, essas mesmas saídas em apenas 10%.* Assim, a fiscalização autuou a empresa por entender que esta deveria fazer o estorno de 10% quando do ingresso ou retorno das mercadorias oriundas de outros Estados, por devolução, nos termos do artigo 100, inciso II, e artigo 124 do RICM/BA.”

Contesta a autuação afirmado que, ao contrário do alegado pela fiscalização, foi realizado o estorno de 2% das devoluções sobre as saídas para fora do Estado da Bahia. A título de amostragem a empresa junta planilha referente à composição dos estornos realizados em janeiro de 2006, bem como dos valores apurados a título de ICMS no mesmo período – doc. 6- e em sede de aditamento à impugnação afirma que a empresa trará planilhas de composição dos estornos realizados em relação aos demais períodos autuadas.

Considera que não deve prosperar a presente autuação no que se refere ao item 3.

No que diz respeito às infrações 04 e 05, respectivamente por falta de recolhimento de ICMS – Saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e por falta de retenção e recolhimento de Substituição Tributária - Saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, argumenta que não há tais omissões, pois a empresa autuada possui sistema parametrizado que permite efetuar a venda da mercadoria sem gerar entrada no documento fiscal.

Exemplifica a operação, aduzindo que o caminhão que fará o transporte da mercadoria sai da Bahia a fim de retirar a carga que está no Espírito Santo, possibilitando que o usuário consiga emitir a Nota Fiscal sem ter a respectiva entrada.

Explica que, caso o usuário, no exemplo acima, insira no sistema os dados das Notas Fiscais no dia seguinte, o estoque ficará “negativo”, ensejando a autuação pela fiscalização. Desse modo, a empresa apura o estoque por documento fiscal, sendo possível comprovar a movimentação do estoque, mas a inserção no sistema acontece em dias diferentes.

Assegura que todos os documentos fiscais relativos às operações objeto dos itens 4 e 5 da presente autuação foram emitidos, sendo corretamente apurado, retido e recolhido o ICMS incidente nas operações.

Argui que em relação aos itens 4 e 5 não deve prosperar o presente auto de infração.

Apresenta impugnação da infração 07, relativa à falta de retenção e recolhimento de ICMS – Substituição Tributária – Mercadorias destinadas a contribuintes Inaptos, aduzindo que pelos mesmos argumentos expostos no item 2 da infração, não deve persistir a presente exigência, pois as empresas destinatárias das mercadorias estão inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado plenamente habilitadas para realização de atos de comércio.

Assegura, todavia, que segundo extrato emitido pelo sítio do SINTEGRA – doc. 7 - a inaptidão apontada pelo fisco não atinge os contribuintes Iraja Comércio de Carnes Ltda., Ana Cristina de Freitas Nykiel Santana, Sampaio S. Comercial Ltda., E Superbom Coércio De Alimentos, eis que estas empresas estão regularmente habilitadas.

Complementa que, na remota hipótese de não ser afastado integralmente o valor exigido no item 7 da autuação, deverá ser afastado o diferencial exigido decorrente das saídas de mercadorias destinadas aos contribuintes Iraja Comércio de Carnes Ltda., Ana Cristina de Freitas Nykiel Santana, Sampaio S. Comercial Ltda., uma vez que os valores foram apurados com base nas saídas internas destinadas aos contribuintes devidamente habilitados.

Para a infração 10, “Forneceu informações através de arquivo (s) magnético (s) exigido (s) na legislação tributária, requerido (s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. 5% sobre o valor das informações ausentes ou das diferenças entre os valores constantes nos documentos fiscais e os constantes no arquivo magnético”, afirma que, em cumprimento às obrigações acessórias previstas na legislação do Estado a autuada entregou, dentro do prazo legal, arquivos magnéticos por meio do SINTEGRA informando os valores das entradas e saídas realizadas no período de 01/12/2006 a 31/12/2006, 01/01/2007 a 31/01/2007 e 01/12/2007 a 31/12/2007.

Consigna que, por equívoco, o valor do inventário informado em arquivo magnético via SINTEGRA estava divergente do valor informado no livro inventário, culminando na divergência de R\$ 686.043,40, em 31/12/2006, e R\$ 238.249,09, em 31/12/2007.

Alinha que a lavratura do auto de infração a empresa identificou que tais divergências decorreram do sistema operacional da empresa, que deixou de atualizar informações nele inseridas no período objeto da fiscalização que resultou na lavratura desta autuação.

Conclui que, deste modo, depois de corrigidas as falhas operacionais, a autuada pode gerar um novo arquivo a fim de retificar as informações anteriormente prestadas. Por tal motivo, a empresa enviou um novo arquivo ao SINTEGRA em 02/08/2011 – doc. 9- retificando as informações anteriormente prestadas.

Consigna que, conforme tabela abaixo colacionada verifica-se que, muito embora ainda haja divergência, o valor apurado é inferior ao valor apontado no relato da fiscalização que consubstanciou a autuação:

| VALORES APONTADOS PELA FISCALIZAÇÃO – ANTES DA RETIFICAÇÃO |                |                |
|--|----------------|----------------|
| ANO REFERÊNCIA   | 2006           | 2007           |
| Livro Inventário   | R\$ 938.056,71 | R\$ 369.278,32 |
| SINTEGRA - Inventário                                      | R\$ 249.013,31 | R\$ 131.029,23 |
| DIFERENÇA  | R\$ 689.043,40 | R\$ 238.249,09 |

  

| VALORES APONTADOS APÓS A RETIFICAÇÃO |                |                |
|--------------------------------------|----------------|----------------|
| ANO REFERÊNCIA                       | 2006           | 2007           |
| Livro Inventário                     | R\$ 938.056,71 | R\$ 369.278,32 |
| SINTEGRA – Inventário                | R\$ 945.065,44 | R\$ 369.278,32 |
| DIFERENÇA                            | R\$ 7.008,73   | -              |

Aduz que, após a retificação verifica-se que o novo arquivo enviado ao SINTEGRA apurou um diferencial a maior no valor de R\$7.008,73 em relação ao ano referência de 2006. Tal diferença decorre da realização de vendas sem a efetiva entrada da mercadoria, gerando saldo negativo em alguns itens.

Neste sentido, complementa o autuado, considerando que a empresa contribuinte retificou o arquivo magnético o qual corrobora as informações dos documentos fiscais correspondentes, entende que deve ser afastada a multa exigida no presente item do auto de infração.

Conclui que, caso a fiscalização entenda pela aplicação da multa decorrente da divergência identificada, deverá ser considerado o valor apurado após a retificação enviada em 02/08/2011, sendo utilizado como base de cálculo o valor de R\$7.008,73.

Considera as multas no percentual de 60% e 100%, de acordo com o tipo de infração atribuída à autuada, excessivas e inconstitucionais, ressaltando que a Constituição Federal, ao vedar o emprego do confisco tributário (artigo 150, inciso IV), na realidade está impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar tributo ou penalidades (multas), que tenham nítido e ostensivo caráter de confiscar a propriedade privada (artigos 5, XXII e XXIII, 170, II e III, todos da CF/88), já que esta só pode ser abalada, quando em processo judicial normal e regular, ficando provado que tem origem em crimes, sendo, pois, adquirida com o produto do delito, e ainda assim, sob a garantia do artigo 5, LV, LIV, e LVII da mesma Constituição, nos estritos limites que derivam do ilícito penal.

Traz considerações doutrinárias de Hugo de Brito Machado. Cadernos de Pesquisas Tributárias, Ed. Resenha Tributária, vol. 14, pág. 133, Sacha Calmon Navarro Coelho e decisões do Supremo Tribunal Federal - RTJ (74/320; 78/610; 79/478-490; 96/1354) que, sempre repudiou qualquer tipo de cobrança que tivesse cunho ou caráter confiscatório, mesmo antes da existência do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Conclui aduzindo que a multa em comento é ostensivamente confiscatória e não guarda qualquer relação com o ato do contribuinte, que agiu com lisura e boa-fé, não causando prejuízo algum ao Erário nem obteve qualquer tipo de vantagem.

Pede a procedência da presente impugnação, declarando a nulidade do lançamento em relação aos itens impugnados, e, consequentemente, a improcedência do Auto de Infração, remetendo-se o presente processo ao arquivo.

Quanto às infrações 6, 8, 9 e 11 a empresa reconhece e assegura que fará o pagamento dos valores envolvidos, e em ato contínuo trará aos autos cópia dos comprovantes de pagamento.

Os autuantes, às fls. 511 a 523 dos autos, apresentam a informação fiscal afirmado liminarmente que, em relação à argüição de decadência, o próprio CTN no art. 173, I estabelece que o direito da Fazenda Pública constitua o crédito tributário (decadência) extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e assim procedeu a legislação tributária estadual, inclusive no art. 965 do RICMS/BA.

Quanto a infração 01, aduz que o contribuinte é signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/00), com direito a redução de base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial. Afirmam que houve, conforme banco de dados da SEFAZ-BA, venda de mercadorias para não contribuintes do ICMS.

Consignam que o autuado alega que parte dos adquirentes, relacionados na infração 01, é contribuinte do Estado da Bahia com inscrição estadual, portanto contribuinte de ICMS no Estado e que a irregularidade cobrada na referida infração não deve atingir tais empresas e apresenta relação à fl. 387, mas conforme banco de dados da SEFAZ-BA, cópia do Histórico da Situação Cadastral, Anexo I da Informação Fiscal, tais empresas estavam inscritas à época na condição ESPECIAL, não sendo, portanto, contribuintes do ICMS. O autuado incluiu na sua relação à empresa Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, com IE 64250907 contribuinte do ICMS inscrito no CAD-BA, que não consta no Anexo IV do AI (planilha de venda para não contribuintes). As inscrições relacionadas no referido anexo são:

| RAZÃO SOCIAL                                    | IE       | CONDIÇÃO |
|---|----------|----------|
| EMPREENDIMENTO HOTELEIRO LIMA LTDA              | 62191248 | ESPECIAL |
| CONEF NACIONAL DE ENTREPOSTOS FRIGORÍFICOS LTDA | 07615795 | ESPECIAL |
| RODOVIÁRIO SCHIO LTDA                           | 64549295 | ESPECIAL |
| BARRA BINGO ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA       | 51993049 | ESPECIAL |

Mantêm a infração 01.

Quanto à infração 02, recolhimento a menor de ICMS – Venda de mercadorias para contribuintes Inaptos, afirma que o contribuinte é signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/00), com direito a redução de base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial. Destaca que essa infração refere-se à aplicação indevida da redução de base de cálculo do ICMS em 41,176% para contribuintes considerados inaptos, conforme banco de dados da SEFAZ-BA, redução essa, prerrogativa exclusiva para contribuintes com atividade normal de comercialização de mercadorias, sem nenhum tipo de restrição cadastral.

Quanto à alegação de que as empresas destinatárias das mercadorias “estão inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado, plenamente habilitadas para realização de atos de comércio e que o fato de o contribuinte destinatário estar em situação irregular perante o fisco não é impeditivo para aplicação da redução de base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00 e que a inaptidão envolve apenas parte dos destinatários apontados na autuação que os contribuintes Z. Ribeiro dos Santos e Sampaio S Comercial Ltda, estão regularmente habilitados, conforme históricos de Situação, Anexo II da Informação Fiscal”, asseguram os autuantes que todos os contribuintes destinatários das mercadorias previstas na infração 2, à época da realização da operação de venda, estavam em situação irregular, inclusive os contribuintes Z. Ribeiro dos Santos e Sampaio S Comercial Ltda., portanto não sendo possível a utilização da redução de base de cálculo prevista no 1º do Decreto 7.799/00 que prevê expressamente que a redução deve ser aplicada nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, portanto o destinatário deve estar em situação regular.

Em relação ao argumento de que estar o destinatário em situação irregular perante o fisco não é impeditivo para a aplicação do referido benefício, na medida em que a autuada, na qualidade de fornecedora da mercadoria, não tem como conhecer a situação cadastral em que o destinatário se encontre, aduz que tal alegação não procede, visto que o RICMS-BA no seu art. 181 dispõe que o

contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial. Afirma que o Documento de Identificação Eletrônico – DIE, que servirá como documento de identificação do estabelecimento, será emitido em seu inteiro teor ou na forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico "<http://www.sefaz.ba.gov.br>", conforme art. 178 e incisos, I a X, art. 179 e 178, 181 e 182 do RICMS/BA

Diante do disposto acima, mantém a infração 2.

Para a Infração 03, falta de estorno do Crédito Fiscal do ICMS, aduz que o autuado deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às devoluções de mercadorias, cujas saídas interestaduais, por ser Signatário do Termo de Acordo Atacadista, houve a utilização do crédito presumido de 16,667% equivalente a 2% e tributado, por isso, em 10%. Sendo assim na devolução dessas mercadorias não poderia creditar-se de 12% e sim de 10%.

Relatam que a autuada alega que foi realizado o estorno de 2% das devoluções sobre as saídas interestaduais e que a título de amostragem junta planilha referente à composição dos estornos realizados em janeiro de 2006 e dos valores apurados a título de ICMS no mesmo período.

Afirmam que não localizaram dentre os documentos apresentados pela autuada, a planilha supra referida e mesmo que tivesse sido localizada, diz respeito a apenas um mês (janeiro/2006) e a infração refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007.

Mantiveram a infração.

No que alude a infração 04 falta de recolhimento de ICMS- Saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e infração 05, falta de retenção e recolhimento de ICMS – Substituição Tributária sem a emissão de documentos fiscais, afirma que o sujeito passivo impugna as infrações 4 e 5 no mesmo tópico.

Quanto à alegação de que não há falta de emissão de documento fiscal, porque possui sistema parametrizado que permite efetuar a venda de mercadoria sem gerar entrada no documento fiscal e que apura o estoque por documento fiscal, sendo possível comprovar a movimentação do estoque, mas a inserção no sistema acontece em dias diferentes e que todos os documentos fiscais relativos às operações objeto dos itens 4 e 5 da presente autuação foram emitidos, argumentam os atuantes que a auditoria foi realizada tomando por base o Arquivo Magnético informado pela própria empresa á Secretaria da Fazenda através do SINTEGRA e solicitado pelos autuantes direto da SEFAZ pelo SCAM, e que o dito arquivo nada mais é que a reprodução dos dados constantes nos documentos fiscais de Entrada e Saída e no livro Registro de Inventários, este último foi digitado para realização do levantamento quantitativo do estoque, tendo em vista divergência entre o arquivo e o referido Livro. Portanto, concluem os autuantes: até que se prove o contrário, os dados constantes nos arquivos magnético são os reflexos do real movimento de mercadorias, quando estas se deram com a emissão do respectivo documento fiscal, na sua defesa o autuado não apresenta dados que ilidam tais infrações, portanto as mesmas ficam mantidas.

No que se refere à Infração 07 - falta de retenção e recolhimento de ICMS – Substituição Tributária - Mercadorias destinadas a contribuintes inaptos – quanto à alegação de que as empresas destinatárias das mercadorias estão inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado plenamente habilitadas para realização dos atos de comércio e que o fato de o contribuinte destinatário das mercadorias ser inapto perante o fisco não é motivo para afastar quaisquer benefícios utilizados pela autuada, na medida em que esta, na qualidade de fornecedora da mercadoria, não tem como conhecer a situação cadastral em que o destinatário se encontra, afirmam os autuantes que conforme Históricos de Situação, Anexo III da Informação Fiscal, todos os contribuintes destinatários das mercadorias constantes na infração 7, à época da realização da operação de venda, estavam em situação irregular, portanto o autuado é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por

substituição, devia ter feito a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuou, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes realizadas neste Estado pelos adquirentes que se encontravam suspensos ou inaptos.

Destacam o que RICMS-BA no seu art. 181 dispõe que o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial e no seu art. 178 que Documento de Identificação Eletrônico – DIE, que servirá como documento de identificação do estabelecimento, será emitido em seu inteiro teor ou na forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico "http://www.sefaz.ba.gov.br" e que conterá além de outras informações a situação cadastral vigente do contribuinte.

Mantiveram a presente infração.

Em relação à Infração 10, SINTEGRA – Informações divergentes, afirmam que o autuado reconhece que os valores do inventário informados em arquivo magnético transmitido via SINTEGRA, estavam divergentes dos valores informados no livro de inventário, que as divergências eram exatamente nos valores apurados pela fiscalização e que só após a lavratura do AI a empresa fez a correção dos arquivos que foram transmitidos ao SINTEGRA em 02/08/2011, que ainda há uma diferença no exercício de 2006 no valor de R\$ 7.008,00 e solicita que por ter efetuado a retificação deve ser afastada a multa exigida no item 10 do presente AI, e caso a fiscalização entenda pela aplicação da multa decorrente da divergência identificada, considere o valor apurado após a retificação enviada em 02/08/2011.

Relata, ainda que o autuado se insurge contra a aplicação de 60% a 100% e que esses percentuais são inconstitucionais.

Asseguram os autuantes que a autuada foi intimada para retificação dos arquivos magnéticos em 11 de maio de 2011 e após a intimação foram feitos diversos contatos cobrando os referidos arquivos (docs. fls. 351 a 353 do PAF), mas até a data da lavratura do AI não houve a correção, a retificação conforme informado pela autuada só foi feita após a data da lavratura do auto, não sendo cabível a sua solicitação de que por ter efetuado a retificação deve ser afastada a multa exigida.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, argumentam que nessa esfera não é cabível tal discussão, a infração está prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea i da Lei 7.014/96, havendo portanto previsão legal amparando a cobrança da multa.

Por todo o exposto, esperam que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE.

O autuado, às fls. 557 a 559 dos autos, apresenta nova manifestação afirmando que em relação à infração 03, conforme já demonstrado na impugnação ora aditada, a autuada efetuou o estorno dos créditos apropriados a maior, conforme planilha abaixo colacionada:

| Estorno crédito presumido - 2006 |                 | Estorno crédito presumido - 2007 |                 |
|----------------------------------|-----------------|----------------------------------|-----------------|
| Período                          | Valor estornado | Período                          | Valor estornado |
| Fevereiro                        | R\$ 515,99      | Janeiro                          | R\$ 1.901,96    |
| Março                            | R\$ 897,82      | Fevereiro                        | R\$ 115,73      |
| Maio                             | R\$ 56,20       | Março                            | R\$ 3.050,16    |
| Junho                            | R\$ 147,95      | Abril                            | R\$ 651,28      |
| Julho                            | R\$ 46,55       | Maio                             | R\$ 980,93      |
| Setembro                         | R\$ 25,20       | Junho                            | R\$ 494,28      |
| Outubro                          | R\$ 462,82      | Setembro                         | R\$ 3,47        |
| Novembro                         | R\$ 604,42      | Outubro                          | R\$ 41,64       |
| Dezembro                         | R\$ 1.110,90    | Novembro                         | R\$ 351,52      |

Alinha que, objetivando corroborar essas alegações a autuada junta aos autos cópia do Livro de Registro de Apuração de ICMS dos anos de 2006 e 2007, bem como das planilhas de cálculo e apuração do ICMS que comprovam a apropriação de crédito presumido no período e respectivo estorno.

Entende que não deve prosperar a presente autuação no que se refere ao item 3, pois a fiscalização exige ICMS quando, na verdade, a autuada procedeu ao estorno do crédito de ICMS apropriado a menor durante os anos de 2006 e 2007.

Destaca que foi identificada a falta de estorno de créditos de ICMS relativos aos meses 04 e 08/2006, e 07, 08 e 12/2007 e efetuou o recolhimento do valor exigido no auto de infração referente a estes períodos dentro do prazo de 30 dias contados da intimação da lavratura do auto de infração, beneficiando-se da redução da multa prevista na legislação.

Desse modo, requer a juntada do comprovante de pagamento do ICMS relativo aos meses 04 e 08/2006, e 07, 08 e 12/2007 do item 3 do auto de infração, no valor de R\$ 1.320,02.

Reafirma o recolhimento do imposto relativo às infrações 6, 8, 9 e 11, requerendo a juntada dos comprovantes de pagamento nos valores respectivos de R\$36.697,26, R\$2.211,07, R\$ 971,85 e R\$16.290,70.

Os autuantes, às fls. 1046 a 1049 apresentam nova informação fiscal, alinhando que, em relação à infração 03 e a ultima manifesta, ao analisarem as planilhas apresentadas pelo contribuinte com a relação das saídas para outras unidades da federação, verificaram que estão sendo consideradas para o cálculo do crédito presumido, as mercadorias incluídas na substituição interna como Lombo canadense, aves, bacon suíno, etc. Aduzem que o art. 353, inciso II, item 9 do RICMS/BA e o disposto no art. 4º do Dec. 7799/200 consignam que o crédito presumido previsto no art. 2º do referido decreto não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, residindo ai a divergência entre os valores encontrados pela fiscalização e o autuado.

Argumentam que o art. 2º do Dec. 7799/200, alinha que o contribuinte beneficiado com o tratamento previsto no artigo anterior poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16.667%, do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único deste decreto.

Reproduz o art. 4, inciso I, do aludido decreto que determina a não aplicação da redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º às operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária.

Reproduz o art. 353, II, 9 do RICMS/BA, para concluir que deve ser mantida a infração e o auto de infração procedentes.

#### VOTO

O presente lançamento de ofício traz 11 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devidamente relatadas, entre as quais o sujeito passivo reconhece as infrações 06, 08, 09 e 11, as quais foram exigidas em obediência ao devido processo legal, restando à constatação das suas procedências.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 e art. 156 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 05/07/2011, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos períodos de 1º de janeiro de 2006 e 31 de dezembro de 2007, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do auto de infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2006 e 2007, só seriam atingidos pela decadência a partir respectivamente de primeiro de janeiro de 2012 e 213, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário em questão.

Após análise das argüições relativas à infração 01, verifico, conforme já evidenciado, que o contribuinte é signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/00), com direito a redução de base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS. Ocorre, contudo, que conforme informações acostadas aos autos, relativas ao banco de dados da SEFAZ-BA, ocorreram vendas de mercadorias para não contribuintes do ICMS.

Consta também, que conforme, cópia do Histórico da Situação Cadastral, Anexo I da Informação Fiscal, que as empresas apontadas pelo autuado como contribuintes, estavam inscritas à época na condição ESPECIAL, não sendo portanto contribuintes do ICMS, uma vez que tal inscrição não lhe concede a condição de contribuintes. A Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, não consta no Anexo IV do AI (planilha de venda para não contribuintes).

Cabe, assim, a manutenção da infração 1.

Quanto à infração 02, recolhimento a menor de ICMS – Venda de mercadorias para contribuintes Inaptos. A infração refere-se à aplicação indevida da redução de base de cálculo do ICMS em 41,176% para contribuintes considerados inaptos, conforme banco de dados da SEFAZ-BA, redução essa e na condição de inaptos não tem tais contribuintes as prerrogativas de contribuintes, não cabendo ao estado conceder um benefício fiscal que será aproveitado por estabelecimentos inscritos na condição de inaptos.

Verifico caber razão aos argumentos dos atuantes quando afirmam os estabelecimentos, inclusive Z. Ribeiro dos Santos e Sampaio S Comercial Ltda., conforme históricos de Situação, Anexo II da Informação Fiscal, todos destinatários das mercadorias previstas na infração 2, à época da realização da operação de venda, estavam em situação irregular, inclusive os contribuintes, portanto não sendo possível a utilização da redução de base de cálculo prevista no 1º do Decreto 7.799/00 que prevê expressamente que a redução deve ser aplicada nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. O destinatário deve estar em situação regular, pois assim, adquire as prerrogativas de contribuinte.

O sujeito passivo, diferente do que afirma, tem como conhecer a situação cadastral em que o destinatário se encontre, visto que o RICMS-BA no seu art. 181 dispõe que o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial. Afirma que o Documento de Identificação Eletrônico – DIE, que servirá como documento de identificação do estabelecimento, será emitido em seu inteiro teor ou na forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico "<http://www.sefaz.ba.gov.br>", conforme art. 178 e incisos, I a X, art. 179 e 178, 181 e 182 do RICMS/BA.

Diante do disposto acima, cabe a procedência da infração 2.

Ao verificar os argumentos alinhados pela defesa no que alude a infração 03, em consonância com os argumentos apresentados pelos atuantes, considero que nas planilhas apresentadas pelo

contribuinte com a relação das saídas para outras unidades da federação, estão sendo consideradas: “para o cálculo do crédito presumido, as mercadorias incluídas na substituição interna como Lombo canadense, aves, bacon suíno, etc. Aduzem que o art. 353, inciso II, item 9 do RICMS/BA e o disposto no art. 4º do Dec. 7799/200 consignam que o crédito presumido previsto no art. 2º do referido decreto não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, residindo ai a divergência entre os valores encontrados pela fiscalização e o autuado.”

Destaco o disposto no art. 2º do Dec. 7799/200, que autoriza o sujeito passivo, nas condições apontas no artigo anterior, lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16.667%, do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único do aludido decreto. O art. 4, inciso I, impede a aplicação da redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º nas operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária.

Cabe destaque ao art. 353, II, 9 do RICMS/BA, que inclui os produtos alvo das diferenças apuradas pelo autuado e pelo autuante na substituição tributária, como Lombo canadense, aves e bacon suíno.

Resta a manutenção da infração 03.

O autuado combate as infrações 04 e 05, simultaneamente, que reclamam, respectivamente, a falta de recolhimento de ICMS- Saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e falta de retenção e recolhimento de ICMS – Substituição Tributária sem a emissão de documentos fiscais.

Em relação aos argumentos trazidos pelo autuado, constato que os trabalhos de auditoria realizados pelos autuantes, foram com base no Arquivo Magnético apresentado pelo sujeito passivo à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do SINTEGRA.

Os aludidos arquivos utilizados pelos autuantes refletem os dados constantes nos documentos fiscais de Entrada e Saída e no livro Registro de Inventários, este último foi digitado para realização do levantamento quantitativo do estoque, tendo em vista divergência entre o arquivo e o referido Livro. Acertadamente os autuantes concluem que, até que o sujeito passivo demonstre de forma irreformável que, os dados constantes nos arquivos magnético por ele apresentados não são os reflexos do real movimento de mercadorias, são verdadeiros e confiáveis, cabendo como prova para os levantamentos realizados pela fiscalização. O autuado não demonstrar, apesar de oferecer uma genérica argüição, que efetivamente os dados constates dos arquivos magnéticos, por ele apresentados, não contemplam a realidade de suas operações.

Assim, ficam mantidas as infrações 04 e 05 em lume.

As argüições alinhadas em relação à Infração 07, de que -as empresas destinatárias das mercadorias estão inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado plenamente habilitadas para realização dos atos de comércio e que o fato de o contribuinte destinatário das mercadorias serem inaptos perante o fisco não é motivo para afastar quaisquer benefícios utilizados pela autuada, na medida que esta, na qualidade de fornecedora da mercadoria, não tem como conhecer a situação cadastral em que o destinatário se encontra-, verifico que, conforme Históricos de Situação, Anexo III da Informação Fiscal, todos os contribuintes destinatários das mercadorias constantes na infração 7, à época da realização da operação de venda, estavam em situação irregular, portanto o autuado é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devia ter feito a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuou, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes realizadas neste Estado pelos adquirentes que se encontravam suspensos ou inaptos.

O RICMS-BA no seu art. 181 dispõe que o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial e no seu art. 178 que Documento de Identificação Eletrônico – DIE, que servirá como documento de identificação do estabelecimento, será emitido em seu inteiro teor ou na forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico "<http://www.sefaz.ba.gov.br>" e que conterá além de outras informações a situação cadastral vigente do contribuinte.

Resta manter a infração 07.

Quanto à Infração 10, informações divergentes, arquivos magnéticos, ficou evidenciado nos argumentos defensivos, destacado na informação fiscal, que o sujeito passivo reconhece que os valores do inventário informados em arquivo magnético transmitido via SINTEGRA, estavam divergentes dos valores informados no livro de inventário, que as divergências eram exatamente nos valores apurados pela fiscalização e que só após a lavratura do AI a empresa fez a correção dos arquivos que foram transmitidos ao SINTEGRA em 02/08/2011, que ainda há uma diferença no exercício de 2006 no valor de R\$ 7.008,00 e solicita que por ter efetuado a retificação deve ser afastada a multa exigida no item 10 do presente AI, e caso a fiscalização entenda pela aplicação da multa decorrente da divergência identificada, considere o valor apurado após a retificação enviada em 02/08/2011.

Foi comprovado que o sujeito passivo foi intimada para retificação dos arquivos magnéticos em 11 de maio de 2011 e após a intimação foram feitos diversos contatos cobrando os referidos arquivos (docs. fls. 351 a 353 do PAF), mas até a data da lavratura do AI não houve a correção, a retificação conforme informado pelo próprio sujeito passivo só foi feita após a data da lavratura do auto, não sendo cabível a sua solicitação de que por ter efetuado a retificação deve ser afastada a multa exigida.

Considero, assim, que ficou caracterizada a infração por fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, até a lavratura do presente Auto de Infração, não cabendo, inclusive, a alegada redução da multa, tendo em vista não só a manutenção de inconsistência no exercício de 2006, como as restrições e dificuldades trazidas para a fiscalização, conforme adiante arguidas.

Cabe destacar que a falta dos arquivos apresentados, sem dados divergentes, dificultou a realização de roteiro de fiscalização para apurar valores devidos do ICMS, cujos fatos geradores podem, no entendimento do autuado, ser alcançados pela decadência, pois a visão do sujeito passivo sobre tal instituto permite a conclusão de que, considerando o período que ocorreram os fatos geradores, quanto mais tempo demorar o fisco para apurar, através dos aludidos arquivos, fatos geradores que resultaram em omissão de pagamento do ICMS, mais períodos seriam alcançados pela decadência. Nada obsta ao sujeito passivo ingressar com o mesmo questionamento no Poder Judiciário, na medida em que esse Tribunal Administrativo não guarda consonância com o entendimento que sustentou o contribuinte sobre o aludido período decadencial, conforme alinhado anteriormente. Assim, considero não caber a redução da multa em lume, tendo em vista as prerrogativas que a primeira instância de julgamento desses CONSEF alberga.

Em relação à alegação de constitucionalidade, a infração está prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea i da Lei 7.014/96, havendo, portanto previsão legal amparando a cobrança da multa, bem às alegações de constitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa

matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissos que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207155.0018/11-5, lavrado contra a **SEARA ALIMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$164.095,09**, acrescido das multas de multa de 60% sobre R\$69.090,14, e de 70% sobre R\$95.004,95, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “e” e “f”, III, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$46.364,62**, previstas nos incisos XII-A, alínea “i”, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF. 07 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR