

A. I. Nº - 232331.0004/13-5
AUTUADO - R M CARMO & CIA. LTDA.
AUTUANTES - LEA LUCIA MOREIRA WEST
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18/12/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-05/13

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não foi possível caracterizar a infração, através da sistemática de apuração empregada, comparando as compras informadas no sistema SEFAZ com as vendas em cartões, cabendo a nulidade da infração com base no art. 18, IV, “a”, na medida em que não há elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada. Infração nula. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração exigida por presunção de omissão de saída, não elidida pelo impugnante. Infração caracterizada. Corrigida a multa de 150% para 75%. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$13.475,16 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas. ICMS no valor de R\$10.666,07, multa de 150%; art. 35 da Lei Complementar nº 123, art. 44, I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$2.809,09, multa de 150%. art. 35 da Lei Complementar nº 123, art. 44, I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

O sujeito passivo apresenta defesa, às fls. 50 a 68 dos autos, arguindo nulidade, visto que existe carência de explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção Da Substituição Tributária”, nos anos de 2009, 2010. Conforme os anexos 1, 2 e 3 do Auto de Infração, tanto no ano de 2009, 2010, foram consignados valores percentuais na “Proporção Substituição Tributária”, entretanto, inexistente informação à empresa autuada dos parâmetros ou como tais valores foram encontrado, o que prejudicou a defesa da empresa.

Por outro lado, argui nulidade tendo em vista a forma de apuração do valor total das mercadorias supostamente adquiridas pela Empresa Autuada, ou seja, entende que foi um equívoco considerar às notas fiscais eletrônicas extraídas do sistema da SEFAZ, as quais somente comprovam a emissão por parte do Fornecedor e não o recebimento pelo autuado. Afirma que, em verdade, somente deveriam ser utilizada com base de cálculo para presunção das saídas as notas fiscais escrituradas nos livros de Registro de Entrada.

Afirma que as notas fiscais de entradas mencionadas na autuação, comprovam apenas a emissão por parte dos fornecedores, entretanto o autuante em momento algum demonstra de forma plena

o recebimentos destas mercadorias, lembra que existem varias situações ocorrendo atualmente no mercado, vejamos: I) O vendedor emite nota fiscal em nome da empresa e vende para outra dizendo que não precisa dos documentos para favorecer a sonegação daquelas empresas. II) O fornecedor vai entregar a mercarias e lá é verificado que houve engano nas quantidades pedidas e em vez de devolver a diferença vende para outro mercado e também não emite a nota fiscal de devolução.

Por essa razão, afirma que a forma mais segura de comprovar o real recebimento das mercadorias são as próprios notas fiscais assinadas pelo representante do mercado, ou seja o fiscal teve total acesso as notas fiscais e livros de entradas em anexo, contudo ele quer fazer crer que as vendas são muito alem das geradas nos livros, sendo assim pedidos que ele coloque nos autos todas as notas fiscais que ele diz terem sido referentes a compras de mercadorias da empresa autuada com assinaturas de recebimentos dos responsáveis.

Desta forma, considera restar comprovado que tal omissão ocasionou o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade deste item da ação fiscal, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RAPAF/97.

Pode ele, portanto, nestas condições, ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado, e possa, assim, ser levado adiante. É este dispositivo legal, portanto, que sustenta os pedidos de revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal) feitos pelas Juntas e Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Alega que, assim com a omissão da informação da origem dos percentuais da Proporção Substituição Tributária”, resta claro, que este Auto de Infração possui omissões e incorreções de Natureza Grave (e não apenas “eventuais”), aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Considera restar claro a inexistência de certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho de Fazenda Estadual, como se vê abaixo. Acórdão nº 2173-12/01 da 2ª CJF, Rel. Ivone Oliveira Martins.

EMENTA: ICMS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), alterada pela Lei nº 7.438/99 tendo em vista que a lavratura do Auto de Infração e a formação do PAF contém vícios que conduzem incerteza e inconsistência da acusação fiscal. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

Alude que, ultrapassada a preliminar suscitada, somente por amor à argumentação e na remota hipótese do não acolhimento daquele pleito por parte destes Nobres Julgadores, o que não se acredita, passa as questões meritórias.

Assim, passa à defesa da Infração 1 e 2. No que alude a infração 2 entende que deve ser expurgada, haja vista que a despeito da identificação do suposto o recolhimento a menor do ICMS, o valor apontado pela autoridade autuadora ultrapassou muito o valor real.

Argumenta que, inobstante as informações prestadas pelo responsável legal da empresa, no que tange a necessidade de informar nas notas a forma de pagamento real, na maioria das vezes os operadores do caixa, acabam por informar vendas realizadas em cartão, como se fosse a dinheiro.

No caso em exame, o mencionado equívoco prejudica sensivelmente a verdade pertinente infração apontada pela Autuante, já que na forma apresentada, o faturamento da empresa foi duplicado.

Afirma que, outro fato recorrente é a emissão de uma única nota fiscal registrando venda a dinheiro, quando na realidade parte da compra foi paga com o cartão e parte em dinheiro. Nesta situação é emitido um única nota fiscal de venda a dinheiro, deixando de ser informado que parte daquele pagamento foi debitado no cartão.

Argumenta que tais alegações serão comprovadas oportunamente, haja vista que em face da exigüidade do tempo e da grande quantidade de documentos não foi possível fazer nesta oportunidade, desde modo pugna para apresentação posterior.

Enfatiza que a empresa autuada jamais adquiriu produtos desacompanhados de documento fiscal, bem como nunca deixou de emitir o documento fiscal, agindo sempre de boa-fé, obedecendo a todas as regras impostas, escriturando corretamente todos os seus livros, sempre dentro da legalidade.

Lembra que se trata de uma empresa inscrita no Simples Nacional, portanto, não há que se falar em cobrança de imposto, mas, no máximo em aplicação de uma penalidade fixa por descumprimento de obrigação acessória, sem penalidade expressamente prevista, de acordo com o art. 42, inciso XXII do RICMS/BA.

Assegura que seu erro fora apenas em informar a forma de pagamento diversa ao efetivamente realizado, não pode se transformar em enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Consigna que restou impossibilitada neste momento inicial de realizar uma análise mais apurada dos valores “a dinheiro” mencionados nas “Reduções Z”, a fim de apurar se efetivamente os valores estão exatos, pelo que desde logo esta impugnado o Auto de Infração.

Ressalta a inocorrência do fato gerador haja vista que não há comprovação de que a autuada tenha efetuado vendas sem o devido registro, neste caso, o fisco fundamenta a autuação numa presunção de omissão o que não respalda a cobrança do imposto.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Considera as multas confiscatórias, com base no que dispõe a Carta Magna em seu artigo 150, IV prevê, limitações quanto à fixação dos valores de tributos com efeito de confisco.

Argui que foram feridos, além dos princípios da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, o princípio da Moralidade Administrativa também deve ser observado, quando da aplicação das multas fiscais. Segundo ele, a Administração deve adequar a sua conduta ao bem comum, vinculando todos os seus atos e os de seus agentes aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, economicidade, motivação do ato e proibição de desvio de finalidade.

Diante de tudo o quanto se expôs na presente DEFESA, espera e requer a esse Colendo e Gerencioso Órgão de Julgamento Fiscal,

I - seja acolhido e reconhecido a nulidade em face da carência explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção Da Substituição Tributária”, nos anos de 2009, 2010, e ainda ante a forma de apuração do valor total das mercadorias supostamente adquiridas pela Empresa Autuada, com a as consequências legais.

II - Na remota hipótese de não ser acolhido o pleito de anulação do auto de infração o que se admite apenas em nome do principio da eventualidade, requer seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração ora impugnado, em sua totalidade (Infrações 01, 02), vez que não resta qualquer dúvida de que a Autuação fora efetivada de forma equivocada, e por ser da Direito e Justiça.

III – Ainda apoiando-se no principio da eventualidade, por fim, caso o presente Auto de Infração tenha seu prosseguimento, pugna seja refeitos os cálculos utilizando como base de cálculo para presunção das saídas as notas fiscais escrituradas nos Livros de Registro de Entrada e que os percentuais sejam refeitos com base nas notas fiscais de entradas escrituradas nos livros registro de entrada.

Por derradeiro, haja vista que jamais existiu a intenção de sonegar e todas as notas fiscais emitidas foram autorizadas pela Secretaria da Fazenda, registradas na escrita e foram recolhidos todos os impostos nos prazos legais aos cofres do Erário Público, não havendo, portanto prejuízo ao Fisco Estadual. Assim, por motivos superiores a sua vontade, pela NATUREZA CONFISCATÓRIA DA MULTA aplicada de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor dos documentos, é que a Autuada não poderá ser apenada, posto que agiu de boa-fé e totalmente sem dolo, motivo pelo qual protesta e requer seja aplicado os Princípios da Eventualidade, Equidade e Razoabilidade, posto que foi justificado e provado que o Contribuinte agiu de boa fé, além de acertadamente ser este o posicionamento adotado pelo CONSEF.

Requer finalmente a produção de todas as provas em direito admitida, especialmente documental e posterior juntada de outros e novos documentos em prova e contraprova.

O autuante, às fls. 74 a 77 dos autos, apresenta a informação fiscal, afirmando, inicialmente que o Auto de Infração tem como amparo levantamento feito com base nas informações existentes no cadastro da SEFAZ/BA.

Informa que, em cumprimento à O.S. Nº 500.265/13, para a fiscalização dos exercícios de 2009 e 2010, foi constatado que a empresa não funcionava mais no endereço cadastrado na SEFAZ/BA. Após várias tentativas de localização do Contribuinte, utilizamos o serviço dos Correios (via A.R.) e de intimação por Edital para a solicitação dos documentos (fls.10 a 13). Esgotado o prazo para a apresentação dos documentos, afirma que fez o levantamento da movimentação econômica do Contribuinte no sistema da SEFAZ/BA, referentes aos exercícios de 2009 e 2010.

1. *Para o exercício de 2009 o sistema SINTEGRA informa compras de mercadorias no valor de R\$400.817,63; o sistema TEF informa vendas em cartão no valor de R\$194.461,05 e o contribuinte declarou compras e vendas zeradas na DASN;*
2. *Para o exercício de 2010 o sistema SINTEGRA informa compras de mercadorias no valor de R\$542.809,18; o sistema TEF informa vendas em cartão no valor de R\$63.937,76 e o contribuinte declarou compras e vendas zeradas na DASN;*
3. *No sistema da SEFAZ/BA não consta recolhimentos do ICMS - Simples Nacional.*

Consigna que, para levantamento do débito, o procedimento de auditoria fiscal se fundamentou no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. Por esse método de apuração concluímos que no período fiscalizado o contribuinte incorreu na infração de omissão de saídas verificada nas operações de vendas de mercadorias como, também, nas operações de entradas de mercadorias.

Destaca que a omissão de saída verificada nas operações de vendas de mercadorias foi constatada através dos dados enviados pelas Administradoras de Cartões, cujas receitas não foram oferecidas à tributação, pois o Contribuinte informou no PGDAS/DASN receitas zeradas para os exercícios fiscalizados, conforme relatórios anexados nas folhas 23 às 27.

Com isso, complementa, o Contribuinte incorreu na Infração 2 - 17.03.02, cuja descrição leva em conta o confronto com os documentos fiscais emitidos pela empresa, que nesse caso não foram apresentados. Independentemente do resultado que se obteria a partir do cruzamento dos dados, o Contribuinte não declarou nenhum valor no PGDAS para apurar o ICMS - Simples Nacional, portanto, omitiu as receitas provenientes das vendas em cartão.

Alude que a omissão de saída verificada através das operações de entradas, constatada no mês em que o valor das compras superou o valor das vendas em cartão (relatórios às fls. 28 e 34), partiu do pressuposto de que as mercadorias adquiridas foram destinadas à comercialização.

No que tange a infração 1 - 17.03.01, alude que a descrição leva em conta o confronto com o livro Registro de Entradas, documento não apresentado pela Autuada, foi detectada através das compras informadas no sistema da SEFAZ/BA. Partindo do pressuposto acima, a diferença apurada nos meses em que as compras superaram as vendas em cartão, foi considerada como receitas auferidas em outras formas de pagamentos.

Assegura que as receitas apuradas em cada infração foram submetidas ao percentual de segregação dos produtos da Substituição Tributária, encontrado nas compras informadas pelo SINTEGRA, seguindo orientação prevista no item 1 da Instrução Normativa nº 56/07, (relatórios às fls. 30 e 33 – 36 e 39). Sobre a base de cálculo resultante, foi aplicada as alíquotas da tabela do anexo I da Lei Complementar nº 123/06 para apurar o ICMS - Simples Nacional devido sobre as operações realizadas pelo Contribuinte, existentes no cadastro da SEFAZ/BA, vez que, o mesmo não apresentou nenhum documento.

Ressalta que a empresa foi intimado por A.R. e por Edital e não atendeu ao chamado para apresentação dos documentos. Ao apresentar Defesa, momento em que poderia informar o novo endereço onde funciona, se restringe, apenas, a informar que está funcionando no bairro do Rio Vermelho sem, contudo, acrescentar mais detalhes que possibilitassem a localização do estabelecimento.

Quanto à afirmação do autuado de que: “... o fiscal teve total acesso as notas fiscais e livros de entradas em anexo ...”. Tal afirmação é considerada inverídica tanto quanto a atribuição da lavratura do presente Auto de Infração a preposto fiscal estranho ao feito.

Alude que a constituição do crédito tributário foi fundamentada em presunção legal que transfere o ônus da prova à Autuada, que em sua peça de impugnação limitou-se aos argumentos, sem apresentar provas que os validassem.

Em vista disso, o Contribuinte foi novamente intimado através do Contador cadastrado, que se comprometeu com a entrega da intimação para apresentação dos documentos fiscais necessários à defesa da Autuada, conforme fls. 72.

Extinto o prazo, informa que a Autuada não apresentou os documentos comprobatórios de suas alegações.

No que se refere à imposição da multa no percentual de 150%, esta foi aplicada conforme previsão legal do § 1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, considerando os fatos descritos a seguir, relacionados à conduta do Contribuinte.

1. *Deixou de proceder à alteração cadastral do endereço onde efetivamente exercia as suas atividades, acarretando embarço à fiscalização;*
2. *Não atendeu às intimações enviadas pelos Correios e por Edital;*
3. *Apresentou DASN's zeradas quando, na verdade, tinha auferido receitas com as vendas de suas mercadorias;*
4. *Não recolheu o ICMS - Simples Nacional relativo às suas operações mercantis;*
5. *Quando da impugnação do Auto de Infração, não indicou o endereço onde funcionava para que fosse vistoriado;*
6. *Não atendeu a intimação encaminhada através do seu Contador, para apresentação dos documentos comprobatórios e alteração do endereço conforme solicitado na folha 72;*
7. *Sua inscrição, até esta data, encontra-se INAPTA para o exercício de suas atividades.*

Enfim, aduz que a Autuada, apesar de não ter atendido as convocações da Fiscalização, teve conhecimento das infrações que lhe foram imputadas, haja vista, a Defesa apresentada arguindo a nulidade do Auto de Infração. Nessa fase do processo poderia ter agido de forma a demonstrar interesse no cumprimento de suas obrigações, informando seu endereço, apresentando os documentos para análise, no entanto, preferiu recalcitrar. Teve acesso a todas as fases do processo administrativo fiscal para exercer o direito a ampla defesa e ao contraditório, contudo, não protestou objetivamente com apresentação de provas.

Afirma que, por todo o exposto, não procede o pedido de nulidade do Auto de Infração nº 232331.0004/13-5, lavrado de acordo com o que preceitua a Lei Complementar nº 123/06, Lei nº 7014/96 e o RPAF - Decreto nº 7.629/99.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a exigência de duas infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, no que tange a infração 2, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências. O sujeito passivo teve acesso a todas as fases do processo administrativo fiscal para exercer o direito a ampla defesa e ao contraditório, contudo, não protestou as provas que elidissem a exigência fiscal.

Com fulcro no art. 147, inciso I, "a" e inciso II "a" e "b" do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, pois, além de já ter sido designada diligência para o cálculo da proporcionalidade, as informações trazidas pelo

autuado não oferecem elementos para tal providência.

Quanto à infração 01, foi exigida com base na presunção de natureza legal e que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite.

Conforme afirma o autuante, a infração 1, *“leva em conta o confronto com o livro Registro de Entradas, documento não apresentado pela Autuada, foi detectada através das compras informadas no sistema da SEFAZ/BA. Partindo do pressuposto acima, a diferença apurada nos meses em que as compras superaram as vendas em cartão, foi considerada como receitas auferidas em outras formas de pagamentos.”*

A infração a que alude o autuante é a prevista no art. 4º, § 4º, IV, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

...

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;”

A presunção, portanto, prevista no aludido dispositivo, inciso IV, § 4º da Lei nº 7014/96, necessita a indicação das notas fiscais com a indicação das respectivas mercadorias que efetivamente não foram registradas. No presente caso, no entanto, segundo o autuante foram comparadas as compras informadas no sistema da SEFAZ com as vendas em cartões, cuja a diferença apurada nos meses em que as compras superaram as vendas em cartão, foi considerada como receitas auferidas em outras formas de pagamentos.

Assim, não vejo como se caracterizar a infração 1, através da sistemática apurada pelo autuante, cabendo a nulidade da infração com base no art. 18, IV, “a”, na medida em que não há elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada.

Infração 1 é nula.

Quanto a infração 2, contempla a exigência do ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Na verdade o contribuinte informou no PGDAS/DASN receitas zeradas para os exercícios fiscalizados, conforme relatórios anexados nas folhas 23 às 27, prevalecendo, portanto, a integralidade das informações prestadas pelas administradoras.

Foi constatado pela fiscalização pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o ônus da prova passa a ser do autuado que deveria comprovar a improcedência da presunção fiscal.

Todavia, o autuado assim não procedeu, bem como não procedeu a entrega dos livros e documentos intimados para serem apresentados, conforme detalhada descrição do autuante, inclusive, em relação ao endereço do sujeito passivo que não foi mais identificado.

Ocorre que na infração 2 cabe a aplicação da proporcionalidade, na forma prevista pela Instrução Normativa nº 56/07, já calculada pelo autuante, bem como se trata de um descumprimento de obrigação principal, que foi exigida como tal e não como descumprimento de obrigação acessória alegado pelo autuante, visto que se trata de presunção legal, cabível a exigência tributária mesmo para empresas constantes do Simples Nacional.

Portanto, entendo que resta caracterizada a infração, pois conforme a transcrição acima do art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações

de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores (valores zerados) às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Como o impugnante não elidiu a presunção em comento, e tendo em vista, ainda, o que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), voto pela procedência do Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste, cabendo contudo a sua adequação para o dispositivo legal correto, conforme segue adiante.

Convém ressaltar, contudo, 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 Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª 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 omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

É importante lembrar 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 àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Tendo em vista que a previsão da multa para o descumprimento da obrigação principal, apurada na infração 2, é a indicada no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 11.488/2007, cabe a retificação do seu percentual de 150% aplicada pelo autuante para 75%.

Assim, a infração 02 está caracterizada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232331.0004/13-5**, lavrado contra **R M CARMO & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.809,09**, acrescido das multas de 75%, previstas nos arts. 35 da LC 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR