

**PROCESSO** - A. I. Nº 207162.0001/14-3  
**RECORRENTE** - TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0071-03/15  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05/11/2015

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO C/JF Nº 0265-11/15

**EMENTA.** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIACÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova Decisão. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF constante no Acórdão nº 0071-03/15, que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em razão do suposto cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Multa percentual sobre o imposto ICMS, em virtude da sua falta de recolhimento, que deveria ter sido pago 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, nos meses de outubro de 2009, fevereiro e maio a dezembro de 2010 e janeiro a julho de 2011. Exigido o valor de R\$671.273,79 - multa de 60% sobre o valor da antecipação parcial não recolhida e registrada na escrita fiscal. Conforme os ANEXOS I, II e III, fls.19 a 27;

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento por ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de produto (Brinquedos) que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, no mês de janeiro de 2010. Exigido o valor de R\$5.097,11, acrescido da multa de 60%. Conforme o ANEXO IV, fls. 28 a 31;

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de produto (Mat. Limpeza) que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, no mês de janeiro de 2010. Exigido o valor de R\$2.661,97, acrescido da multa de 60%. Conforme o ANEXO V, fls. 32 a 34;

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento por ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de produto (Mat. de Papelaria) que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, no mês de janeiro de 2010. Exigido o valor de R\$1.297,40, acrescido da multa de 60%. Conforme o ANEXO VI, fls. 35 e 36;

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento por ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque de produto (Materiais de Construção, Bricolagem ou Adorno) que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, no mês de janeiro de 2011. Exigido o valor de R\$62.246,85, acrescido da multa de 60%. Conforme o ANEXO VII, fls. 37 a 39;

INFRAÇÃO 6 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010 e janeiro a outubro de 2011. Exigido o valor de R\$80.961,64, acrescido da multa de 60%. Conforme os ANEXOS VIII; IX e X, fls. 40 a 49;

INFRAÇÃO 7 – Utilização indevida crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a março e maio de 2009. Exigido o valor de R\$27.560,32, acrescido da multa de 60%. Conforme os Anexos XI e XII, fls. 49 a 53;

INFRAÇÃO 8 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Exigido o valor de R\$293.078,59, acrescido das multas de 70% e 100%. Conforme listagem dos Anexos referentes a 2009: XIII; XIV; XVA; XVB; XVC; XVI; XVII; XVIII; XIX; XXI e Anexos referentes a 2010: XXII; XXIII; XXIV A; XXIV B; XXIV C; XXV; XXVI; XXVII; XXVIII; XIX; XXX; fls. 55 a 120;

INFRAÇÃO 9 – Multa percentual sobre a parcela do imposto 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, nos meses de outubro e setembro de 2009 e outubro e setembro de 2010. Exigido o valor de R\$41.810,94 - multa de 60% sobre o valor da antecipação parcial não recolhida e registrada na escrita fiscal. Conforme anexos I, II e III, fls. 19 a 27.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 3ª JF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 399/413):

*O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, de forma difusa, alegando que a inexistência de fundamentação legal para a aplicação dos encargos moratórios e da correção monetária viola o princípio da motivação dos atos administrativos, da legalidade e da ampla defesa.*

*Entendo que, por se tratar de processo administrativo fiscal que apura irregularidades tributárias mediante Auto de Infração, cujo âmbito de atuação cinge-se exclusivamente a obrigações tributárias, cujos fundamentos legais, esses sim devem afigurar-se concreta e devidamente explicitados. Quantos aos aspectos atinentes à encargos moratórios e a correção monetária saliento que extrapolam o fulcro da autuação, haja vista sua total independência em relação a obrigação tributária originária, uma vez que revestidos de natureza distinta, legislação de regência específica e totalmente independente da legislação tributária. Além de não se configurar qualquer ofensa à ampla defesa do impugnante sobre a infringência à legislação tributária objeto do Auto de Infração, saliento que os encargos moratórios e a correção monetária é inerente a qualquer tipo de débito junto com Fazenda Pública independente de sua origem se tributária, ou não, recolhidos fora do prazo. A Lei nº 3.956/81 - COTEB preconiza a atualização dos débitos tributários conforme teor é prevista no §1º, do art. 102, in verbis:*

*Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:*

*§1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.*

*Portanto, não há que se falar nos presentes autos em cerceamento de defesa por falta de embasamento legal acerca dos encargos moratórios e da correção monetária cuja aplicação depende do momento em que for adimplida a exigência fiscal.*

*Verifico também constar dos autos que o impugnante, como contribuinte normal do imposto, sob ação fiscal, consoante O.S. nº 510344/13, fl. 01, fora devidamente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais, fls. 12 a 15, e no transcurso da ação fiscal foi detectado o cometimento irregularidades à legislação do ICMS que resultou na lavratura do presente Auto de Infração do qual o autuado tomou ciência e recebeu cópia de todos os demonstrativos, fls. 04 e 06, e exerceu plenamente seu direito de ampla defesa impugnando o lançamento no prazo legal.*

*Como nitidamente se infere das circunstâncias enunciadas, resta patente nos autos que o autuante, consoante sua prerrogativa legal, ao exercer sua atividade vinculada, laborou em perfeita sintonia com o princípio da motivação inerente a todo e qualquer ato administrativo. Eis que, ao contrário do suscitado pelo impugnante, restam devidamente supridos, concomitantemente, tanto o motivo do ato, quanto o motivo legal, explicitadas que se encontram nas razões de fato e de direito.*

*Ademais, de forma clara e elucidativa, afigura-se devidamente circunstanciado e comprovado o cometimento das irregularidades apontadas, todas as infrações encontram-se devidamente explicitadas e legalmente enquadradas e as multas sugeridas corretamente tipificadas, tudo dentro do irrestrito cumprimento do devido processo legal.*

*Não vislumbro, portanto, a existência nos autos de quaisquer vícios formais que afetem a plena eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas, nos termos apontados nas razões de defesa, por não encontrarem amparo legal algum, precipuamente nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99.*

*No mérito o presente lançamento de ofício é constituído de 09 infrações.*

*As infrações 01 e 09 cuidam da aplicação multa por descumprimento de obrigação acessória, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido 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.*

*O recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização tem sua obrigatoriedade prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, in verbis:*

*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*§1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

*I - isenção;*

*II - não-incidência;*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.*

*Já o §1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dispõe “No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher 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”.*

*Em sede de defesa, o autuado deixou claro o seu perfeito conhecimento de sua obrigação quanto à exigência da obrigação de antecipar parcialmente o ICMS devido nas operações de mercadorias oriundas de outros Estados, não nega o cometimento da infração, tendo pugnando pela nulidade por inobservância da sistemática de apuração não-cumulativa do ICMS, inclusive prevista na CF/88. Aduziu ter restado evidente que o não recolhimento antecipado do ICMS não gerou “crédito” e, portanto, a diferença da antecipação parcial não recolhida tempestivamente, acabou por ser recolhida na operação subsequente, sem qualquer prejuízo ao erário. Logo, não há como prosperar a pretensão do defendente, haja vista, com acima expendido, o que ocorrera foi a aplicação de sanção legalmente prevista por descumprimento de obrigação, do mesmo modo estatuída na legislação de regência. Inexistindo, portanto, qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto, e muito menos, se configura enriquecimento ilícito do Estado da Bahia.*

*Quanto à dispensa da multa ou sua redução, apesar de o artigo 158 do RPAF-BA, atribuir competência à JJF para o seu atendimento, no caso em apreço, não pode ser acatado, tendo em vista que não ficou provado, nos autos, de forma inequívoca que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de recolhimento de tributo.*

*Assim, considero foi correto o procedimento da fiscalização na aplicação da multa em questão e concluo pela subsistência desses dois itens da autuação.*

*Concluo pela manutenção dos itens 01 e 09 da autuação.*

*Quanto às infrações 02, 03, 04 e 05, referem-se à mesma situação jurídica, ou seja, recolhimento a menor de ICMS antecipação tributária relativo aos produtos em estoque, ou seja, tratam-se de mercadorias que entraram no estabelecimento, operações ainda submetidas ao regime normal de tributação, cujas operações de saída subsequentes passaram a ser enquadradas no regime de substituição tributária.*

*O impugnante em sede de defesa reconheceu o cometimento dessas infrações, entretanto aduziu, que apesar da ausência de recolhimento do tributo por substituição tributária do estoque, na ocasião da mudança da legislação, estes foram integralmente recolhidos na saída não gerando qualquer prejuízo ao erário baiano.*

*Depois de compulsar os demonstrativos de apuração, fls. que resultou na exigência atinentes a estas infrações constato que se afiguram devidamente respaldados no quanto expressamente preconizado nos Decretos 11.806/09 - Material de Limpeza, Brinquedos e Papelaria e 12.470/10 - Materiais de Construção, Acabamento, Bricolagem ou Adorno. Portanto, decorrem do ajuste de estoque relativos aos produtos da antecipação tributária constantes dos Protocolos de n°s 104/2009; 26/2010; 27/10; 106/2009; 108/2009; 109/2009.*

*Quanto à alegação defensiva de que as saídas ocorreram com tributação caberia ao impugnante comprovar nos autos de forma inequívoca que, efetivamente, todo seu estoque nas datas previstas nos aludidos Decretos tivera sua saída ulterior tributada. A apresentação por ocasião da defesa de algumas cópias de cupons fiscais não tem o condão de elidir a acusação fiscal.*

*Assim, assiste razão à autuante que aplicou corretamente a legislação pertinente, e ante o reconhecimento do impugnante do cometimento das infrações, concomitante com a falta da efetiva comprovação de que todas as saídas foram integralmente tributadas, concluo pela subsistência dos itens 02, 03, 05 e 05 do Auto de Infração.*

*As infrações 06 e 07 cuidam da utilização indevida de crédito fiscal, respectivamente, nas aquisições de mercadorias com pagamento do imposto antecipado e em valor superior ao destacado no documento fiscal.*

*A exigência atinente à infração 06 decorre da apropriação dos respectivos créditos fiscais nas aquisições de produtos do regime de substituição tributária Demonstrativo fiscal relaciona as operações e os valores indevidamente creditados, fls. 40 a 49.*

*No regime da substituição tributária, fatos geradores ainda não ocorridos são antecipados na presunção de sua ocorrência e um substituto legal torna-se responsável pelo recolhimento do imposto (devido pelos substituídos) de toda a cadeia mercantil. Os substituídos não lançam débitos do imposto, quando as mercadorias saem de seus estabelecimentos, porque encerrada a fase de tributação; em contrapartida, ao receber mercadorias sujeitas à substituição tributária em seus estabelecimentos, também não escrituram créditos fiscais. Expressamente o art. 97, IV, "b", RICMS- BA/97, veda ao contribuinte creditar-se do imposto quando a operação de aquisição tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas. Caracterizada a infração no valor de R\$80.961,64, consoante demonstrativos acostados às fls. 40 a 40.*

*Quanto à infração 07 apura a utilização em valor superior ao destacado no documento fiscal, conforme consta devidamente explicitado nos demonstrativos acostados às fls. 49 a 54, cujas cópias foram devidamente entregues ao autuado, fls. 16 e 17.*

*Em sede de defesa o impugnante requereu nulidade do lançamento sob a alegação de que pela descrição e pelos documentos não é possível verificar quais os equívocos cometidos.*

*Como já abordado no enfrentamento das preliminares suscitadas pelo autuado resta patente nos autos que não procede as alegações, uma vez que a clareza da descrição da irregularidade cometida, ou seja, a utilização do crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal, corroborado com o detalhamento e discriminação de todos os elementos identificadores em cada nota fiscal no levantamento fiscal não deixam dúvida de foi utilizado o crédito fiscal aplicando-se a alíquota de 12% nas aquisições interestaduais oriundas de São Paulo, quando o correto é de 7%.*

*Logo, devidamente enquadrada no art. 93, §2º e 5º e no art. 124 do RICMS-BA/97, resta devidamente caracterizada a infração 07.*

*A infração 08 exige o recolhimento do imposto no valor de R\$293.078,59, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis.*

*O defendente aduziu em sua defesa que não ocorrera a infração, uma vez que o levantamento desconsidera os documentos fiscais e que as planilhas não deixam claro o modo como foram levantados os dados apresentados. Sustentou que a autuação se baseou em valor médio o que significa um arbitramento e que fora desconsiderado o estoque existente.*

*Não deve prosperar a alegação da defesa, uma vez que o débito lançado no Auto de Infração atinente a esse item da autuação foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2009 e 2010, e encontra-se devidamente discriminado nos demonstrativos constante às fls. 55 a 120, e no CD, fl. 18, os quais foram entregues ao sujeito passivo conforme Recibo dos anexos, fl. 16 e 17, assinado por preposto do autuado, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.*

*O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é um roteiro de auditoria que objetiva a conferência da regularidade da movimentação quantitativa de determinado período, toma por base as quantidades dos estoques iniciais e finais, as entradas, apurando as saídas reais que comparadas com as notas fiscais de saídas, se resultar diferença, leva a conclusão de que esta diferença decorre de saídas de mercadorias não registradas. E foi exatamente com base na apuração através de levantamento quantitativo que a fiscalização fundamentou a autuação.*

*Analizando os anexos integrantes dos autos, constato que nele constam todos os levantamentos e demonstrativos de apuração do débito, intitulados de: “Demonstrativo de Cálculo das Omissões; Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas”; “Demonstrativo de Cálculo do Preço Médio a Partir de Valores do Inventário”; “Relatório das Mercadorias Seleccionadas”; “Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio – Entradas”; Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio – Saídas; “Levantamento Quantitativo das Entradas”; e “Levantamento Quantitativo das Saídas”, nos quais, constam especificadas e relacionadas às quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito de cada período.*

*O cálculo do débito foi apurado consoante metodologia prevista expressamente na Portaria nº 445/98, que disciplina a matéria preceituando que nos levantamentos de estoques em que for detectada omissão tanto de entrada como de saída, deverá ser exigido o ICMS da omissão de maior quantitativo. No caso, a fiscalização obedeceu a citada portaria, pois o débito foi apurado com base nas operações de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas. No tocante ao preço médio apurado verifico também que o cálculo obedecera fielmente ao previsto no art. 60 do RICMS-BA/97, portanto, não há que se falar em arbitramento da base de cálculo.*

*Ante a correta aplicação do roteiro de auditoria de levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados, cujos demonstrativos de apuração e de débito que discriminam pormenorizadamente a origem dos elementos registrados na movimentação dos estoques do estabelecimento no período fiscalizado foram devidamente entregues ao defendente, fls. 16 e 17.*

*Assim, resta patente e indubitosa as omissões de saídas nos valor de R\$43.574,05 - exercício de 2009 e de R\$249.503,54 - exercício de 2010, consoante demonstrativo acostados aos autos.*

*Nestes termos, considero subsistente a infração 08.*

*Quanto à alegação de que as multas aplicadas sobre o valor do imposto exigido ser confiscatória, o que ofende a preceito constitucional, esclareço que as penalidades propostas são as legalmente previstas e aplicável cada tipo da infração praticada, no caso específico o art. 42, da Lei nº 7.014, não sendo esta esfera administrativa competente para avaliar a sua inconstitucionalidade.*

*Em relação ao pleito do impugnante para redução da multa com base no §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, não acolho e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF-BA/99.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 426/447, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Suscita nulidade da Decisão recorrida, pois de acordo com a Decisão, não teria sido comprovado documentalmente que as saídas das mercadorias objeto da autuação teriam ocorrido com tributação, contudo acostou por amostragem, os documentos necessários a evidenciar a ilegalidade da cobrança e expressamente protestou em sua impugnação pela conversão do julgamento em diligência, para comprovar o efetivo pagamento do imposto na saída do seu estabelecimento.

Transcreve ementa este órgão julgador, no sentido de é nula a Decisão embasada em ausência de provas, quando postulada a conversão em diligência pelo contribuinte.

Argui nulidade do Auto de Infração diante da ausência de indicação dos dispositivos legais aplicáveis para os acréscimos moratórios e correção monetária.

Questiona a Decisão de piso, pois somente terá conhecimento da forma de aplicação dos acréscimos moratórios e correção monetária na ocasião do encerramento da discussão na esfera administrativa e eventualmente com a inscrição do débito em Dívida Ativa.

Alternativamente, requer que se reconheça a impossibilidade de exigência dos acréscimos moratórios e da correção monetária referentes aos supostos créditos tributários decorrentes da presente autuação.

No mérito, quanto às infrações 1 e 9, argui que o recolhimento antecipado do ICMS exigido na Bahia mediante lei estadual é inconstitucional.

Pontua que a Constituição e a Lei Complementar nº 87/96 preceituam que apenas por ocasião da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte é que se considera como ocorrido o fato gerador, quando é devido o imposto incidente na operação de circulação da mercadoria.

Transcreve Decisão no sentido de que a sistemática de recolhimento por antecipação do ICMS viola a apuração não-cumulativa do imposto.

Sustenta que comprovou que o valor supostamente devido a título de antecipação, acabou por ser pago na operação subsequente, isto é, com a saída da mercadoria ao consumidor final.

Diz que a confirmação do Fisco baiano quanto ao recolhimento do imposto, evidencia a boa-fé do recorrente, e motiva a dispensa da multa aplicada, nos termos do artigo 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Questiona a Decisão de piso no sentido de que caberia ao Fisco comprovar que a infração foi praticada com dolo, fraude ou simulação.

No que tange as infrações 2 a 5, repisa que a Decisão seria nula, considerando que o recorrente acostou aos autos cupons fiscais que evidenciam o recolhimento do tributo na operação subsequente e protestou pela conversão do julgamento em diligência, com a finalidade de comprovar os efetivos recolhimentos realizados no período.

Colaciona documentos fiscais emitidos no período que demonstraria a saída tributada das operações.

Aduz que o estoque incluído no regime de substituição tributária e sujeito ao recolhimento antecipado de ICMS, foi tributado normalmente na ocasião de sua saída ao consumidor final, confirmando a inexistência de dano ao Erário.

Quanto a infração 6 entende que a previsão constante no artigo 97, IV, “b” do RICMS/BA, é inconstitucional pois viola o próprio princípio constitucional da não-cumulatividade.

Assevera que com exceção da isenção ou não incidência do imposto, não é possível vedar o direito ao crédito do contribuinte sob pena de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade!

Relativamente a infração 7 diz que pelos documentos e descrição das supostas infrações indicadas no Auto de Infração não seria possível verificar quais teriam sido os supostos equívocos escriturais cometidos.

Questiona qual é a razão para se cobrar o imposto utilizando-se da alíquota de 17% e não a diferença entre o crédito utilizado a maior?

Cita a Súmula nº 1 do CONSEF, que determina que é nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva a demonstração da base de cálculo e o método de apuração do imposto.

No que tange a infração 8 sustenta que o levantamento desconsidera todos os documentos fiscais do recorrente, apresentando tão somente planilha que não deixa claro o modo como foram levantados os dados apresentados.

Entende que não pode ser considerada ocorrida a operação sem a análise exauriente dos documentos fiscais, do que se configura a presunção.

Considera que houve inadequação do procedimento adotado para a apuração do suposto

montante devido, em flagrante violação aos princípios da motivação dos atos administrativos, do contraditório e da ampla defesa.

Observa que para a mesma infração a fiscalização aplicou percentuais de multas diferentes para cada exercício (100% para 2010 e 70% para 2009).

Pugna pelo cancelamento ou redução da multa aplicada, com base no princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, assim como posicionamento sedimentado na jurisprudência pátria.

Por fim, requer que sejam todas as intimações/notificações realizadas exclusivamente em nome do advogado que subscreve a peça, sob pena de nulidade.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 467/472 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas:

No que concerne as declarações de inconstitucionalidade, ressalta que falece ao CONSEF competência para declarar inconstitucionalidade de normas vigentes no ordenamento jurídico.

Em relação a suposta falta de capitulação legal da correção monetária e acréscimos moratórios, destaca o previsto no §1º do art. 102 do COTEB, não cabendo a ninguém o desconhecimento da Lei.

Quanto a nulidade das infrações 2 a 5, entende não haver reparos a fazer na Decisão de piso, porquanto não carreado aos autos qualquer prova específica do recolhimento do imposto devido.

No que tange a infração 8, considera a defesa genérica e sem qualquer anteparo probatório.

Por fim, quanto a alegação de confiscatoriedade da multa, ressalta que a mesma está devidamente tipificada no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A procuradora presente na assentada de julgamento, Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz, retifica o Parecer exarado aos autos, opinando pelo acolhimento da preliminar de nulidade em decorrência do cerceamento do direito de defesa, prevista no art. 18, II do RPAF/99.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0071-03/15, prolatado pela 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, lavrado em razão do suposto cometimento de nove irregularidades.

Pela análise dos autos, entendo haver reparos a fazer na Decisão recorrida.

Em sua impugnação inicial, relativamente as infrações 2 a 5, o recorrente aduz que a cobrança do tributo sobre o recolhimento à menor do ICMS antecipado gerará o enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, pois teria ocorrido o pagamento do ICMS na saída das mercadorias.

No intuito de comprovar suas alegações requer a juntada por amostragem de cupons fiscais (Infração 2 – doc. 03; Infração 3 – doc. 04; Infração 4 – doc. 05; infração 5 – doc. 06), pugnando pela conversão do julgamento em diligência para a verificação do alegado.

Sem fazer qualquer juízo de valor quanto as alegações do contribuinte, entendo ser nula a Decisão da primeira instância.

A despeito de ter entendido que a apresentação de algumas cópias de cupons fiscais não ter o condão de elidir a acusação fiscal, a JJF foi silente quanto ao pedido de diligência, o que no meu sentir é causa de nulidade da Decisão de piso.

Apesar do Parecer da PGE/PROFIS não opinar pela nulidade do acórdão, entendo que deve ser acolhido a arguição de nulidade feita pelo recorrente, considerando que não foram enfrentados todos os argumentos defensivos, notadamente pela ausência de manifestação quanto a solicitação de diligência.

É cediço que as decisões judiciais e administrativas devem conter a devida fundamentação, enfrentando todos os pontos controvertidos de forma expressa, sob pena de se violar os princípios da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

Não havendo a devida fundamentação acerca de parte dos argumentos apresentados pelo Contribuinte, não há como se considerar válido o referido Acórdão, sob pena de cerceamento ao direito de defesa do Sujeito Passivo.

Neste sentido, entendo que deve ser declarada a nulidade da Decisão recorrida, com supedâneo no art. 18, II do RPAF/99, em razão da Decisão ter sido proferida com preterição do direito de defesa.

Ante o exposto, voto no sentido de PROVER ao Recurso Voluntário, a fim de se anular a Decisão guerreada, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para um novo julgamento.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 207162.0001/14-3, lavrado contra **TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.**, devendo os autos retornarem a primeira instância, para um novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS