

A. I. Nº - 232903.0120/13-4
AUTUADO - SUPERMERCADO CASAGRADE LTDA. EPP
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 26.08.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0148-05/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. **Infrações reconhecidas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS COM ICMS ANTECIPADO. b) MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.** Os créditos fiscais lançados pelo contribuinte em sua escrita fiscal não têm amparo na legislação do ICMS. **Infração comprovada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração procedente. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO.** Os demonstrativos que fazem parte integrante da infração reportam-se à “Falta de estorno de crédito fiscal”. Não há a subsunção do fato à acusação fiscal. **Infração Nula. b) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO.** O valor do crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado é calculado multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas as saídas e prestações com destino ao exterior. **Infração subsistente. 5. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Infração reconhecida. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração comprovada. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS.** É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. **Exigência fiscal subsistente. 8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES**

INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO AO AJUSTE DE ESTOQUE. **a) PRODUTOS DE LIMPEZA. b) ARTIGOS DE PAPELARIA.** Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/11/2013, exige ICMS no valor de R\$ 316.187,10, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (07.01.02) – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme demonstrativos e documentos Anexo 01. ICMS no valor de R\$ 17.427,97 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 (07.01.02) – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Por ter classificado as referidas operações como tributadas, isentas e não tributadas, conforme demonstrativos e documentos. Anexo 02. ICMS no valor de R\$ 12.100,75 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 (01.02.25) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto. Em relação a aquisições isentas, uso e consumo, produtos de padaria, com redução do imposto e da ST, conforme demonstrativos e documentos. Anexo 03. ICMS no valor de R\$ 30.346,56 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 (03.02.02) - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nas operações de ECF. Conforme demonstrativos e documentos – Anexo 04. ICMS no valor de R\$ 119.582,78 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 (01.02.02) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Em relação às operações com embalagem. ICMS no valor de R\$ 22.981,67 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 (01.03.12) – Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Por erro de apuração no Livro CIAP. Conforme demonstrativos e documentos. Anexo 06. ICMS no valor de R\$ 3.738,33 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 (03.02.04) – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Conforme demonstrativos e documentos – Anexo 07. ICMS no valor de R\$ 347,21 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 (06.02.01) – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativos e documentos. Anexo 08. ICMS no valor de R\$ 190,73 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 (07.15.02) – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Conforme demonstrativos e documentos – Anexo 09. ICMS no valor de R\$ 27.618,56 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 10 (07.29.01) – Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária. Referente a produtos de limpeza, conforme demonstrativos e documentos. Anexo 10. ICMS no valor de R\$ 81.650,44 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 11 (07.31.01) – Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária. Referente a artigo de papelaria. Conforme demonstrativo e documento. Anexo 11. ICMS no valor de R\$ 102,10 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 125 a 148 do PAF, inicialmente, requer que as intimações, notificações e publicações atinentes ao presente feito sejam veiculadas conjunta e exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome de RICARDO CARLOS MACHADO BERGAMIN – OAB/ES 16.627, CARLOS DRAGO TAMAGNONI – OAB/ES 17.144 e SUPERMERCADOS CASAGRANDE LTDA, SEMPRE REALIZADAS CONJUNTAMENTE, onde todos indicam como endereço para recebimento de correspondências a Avenida Presidente Getúlio Vargas, 3223 a 3651 – lado ímpar – nº 3065, bairro Bela Vista, Teixeira de Freitas/BA, CEP 45.997-000.

Suscita a tempestividade da presente defesa, nos termos do art. 128 e 132 do Código Tributário Estadual, ao tempo em que ressalta a inexistência da obrigação de preparo para interposição de defesa nessa esfera administrativa.

Descreve as infrações e respectivos enquadramentos legais, inclusive das multas aplicadas.

Adentra nas razões do questionamento, a princípio pela nulidade do auto de infração pelo princípio da reserva legal, quando cita o art. 5º, II da Constituição Federal. Necessário que a Lei seja citada textualmente no Auto de Infração, sob pena deste princípio ser violado. Transcreve o posicionamento da doutrina, bem como do Superior Tribunal de Justiça (RESP 324181 – Relatora Min. Eliana Calmon ; RESP 645024 (CE) Relator Min. Luiz Fux; RESP 447639 (PR) Relator Min. José Delgado).

Assim, como no Auto de Infração não consta como dispositivo infringido nenhuma Lei, não há como o mesmo prevalecer, por não ter obedecido o princípio da reserva legal.

Adentra nas razões de mérito, e quanto a infração 5, aduz que o auditor fiscal está tratando a aquisição de material de embalagem como produto de uso e consumo, quando o tratamento fiscal é idêntico à mercadoria, pois o mesmo é incorporado ao produto final. Dessa forma, materiais de embalagens (sacolas, plásticos, alumínio, bandejas de isopor e etiquetas, etc.) não são enquadradas como material de uso e consumo, e sim como material de embalagem, não estando sujeitos à limitação imposta pela Lei Complementar nº 87/96.

Pacífico o entendimento acerca deste tema, pelo direito ao crédito integral do ICMS nas aquisições de material de embalagem.

No que concerne à infração 9, relativa à antecipação parcial, aduz que a cobrança do ICMS não faz sentido, posto que o pagamento geraria um crédito subsequente, e como o valor não foi recolhido, da mesma forma não foi creditado. Assim a Defendente não deve nenhum valor de ICMS ao Erário. A operação ficou “zerada”, não existe DÉBITO DE ICMS a ser cobrado.

Exemplifica que no mês de janeiro: valor apurado R\$ 31.192,45 – Valor pago R\$ 28.615,86 – Diferença = R\$ 2.576,59. A “diferença” não existe, posto que, se pagasse o valor de R\$ 31.192,45 (como apurou o Auditor), a defendente, imediatamente, após o pagamento poderia se creditar desse mesmo valor, mas se creditou somente do valor pago – R\$ 28.615,86. Como já citado, não há “diferença” de ICMS a ser recolhida nesta operação, por estar a mesma “zerada”.

Quanto à multa aplicada, não havendo ICMS a ser pago – PRINCIPAL, logo o valor da MULTA - ACESSÓRIO, desaparece, pois a multa a ser aplicada, *in casu*, é de 60% do valor do ICMS. Não existindo ICMS a ser recolhido, não há que se falar em multa. Neste caso o acessório segue o principal.

Aduz que a defendente sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, principais e acessórias, e todos os meses recolheu o ICMS devido.

Diz que a multa aplicada, embora prevista na Lei nº 7.014/96, Art. 42, Inciso II, alínea “d”, fere aos Princípios da RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE e FINALIDADE. Esse percentual destoa completamente dos parâmetros atuais em que vive nosso País, onde na iniciativa privada a multa

das maiorias das operações (contratos), fica estabelecida em 2% (dois por cento).

Ademais, a multa é desproporcional porque a Defendente não deixou de recolher o ICMS das operações, ou seja, cumpriu a sua parte e recolheu o ICMS gerado. No máximo o que atrasou (se considerarmos a Antecipação Legal) foram 14 (quatorze dias). A Defendente NÃO DEVE IMPOSTO.

O próprio Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956/81, atualizada por diversas leis posteriores, a última de nº 12.605/12, em seu art. 46, § 4º, menciona:

Art. 46. Serão aplicadas às infrações da legislação do ICM as seguintes penalidades, isolada ou cumulativamente:

(...)

§ 4º AS MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS PODERÃO SER REDUZIDAS OU CANCELADAS pelos órgãos julgadores administrativos, DESDE QUE FIQUE PROVADO QUE AS INFRAÇÕES TENHAM SIDO PRATICADAS SEM DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO E NÃO IMPLIQUEM FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.

Afirma que neste caso em concreto não houve sonegação de impostos, dolo, fraude, simulação, ou qualquer artifício para burlar o erário, assim, não há como prevalecer uma multa de percentual tão exorbitante.

Reclama dos juros moratórios incidentes sobre a multa punitiva. Notório que os juros detêm característica de compensação das perdas pecuniárias ao longo do tempo, fazendo com que o valor que deveria ser recolhido aos cofres públicos não percam seu valor ao longo do tempo, o que se difere no caso das multas punitivas.

As multas punitivas tem caráter pedagógico, e não de tributo, podendo ser considerado como valor principal, somente após seu lançamento, no caso, de ofício, onde há a unificação do acessório com o principal, possibilitando a cobrança do crédito por uma única via (tributo, juros e multas – de quaisquer naturezas).

Assim, pela natureza da multa punitiva, os juros de mora só podem incidir a partir do vencimento do prazo para recolhimento, ou seja, 30 dias, no caso, após a notificação do contribuinte, quando do fim do processo administrativo de lançamento, antes disso, não houve qualquer mora no adimplemento da penalidade (multa punitiva).

Entende que deve ser expurgado do documento de cobrança os juros de mora, até o fim do procedimento de lançamento do crédito tributário, sendo eles devidos e computados após apenas, à expiração da notificação final do processo administrativo de lançamento, o que requer seja acatado.

Traz à lide o princípio da capacidade contributiva e a confiscatoriedade da multa aplicada, o que contraria a Constituição Federal.

Ressalta o controle da constitucionalidade no processo administrativo, da sua necessidade e possibilidade, posto que a Constituição Federal de 1988, trouxe à tona um novo contexto jurídico que precisou ser revisado, evitando a permanência de regras contrárias ao novo dispositivo. Isto porque os tribunais administrativos tem se recusado a apreciar questões constitucionais, alegando que não é competência do Poder Executivo navegar nessa área.

Traz argumentações nessa área, inclusive a interpretação do Supremo Tribunal Federal, sobre o controle de constitucionalidade no processo administrativo.

Assim, temos que o Estado através de seus órgãos judicantes deve exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, pois é um poder-dever dos órgãos administrativos judicantes, devendo ser exercido segundo a modalidade indicada e com as consequentes restrições que esta modalidade implica.

Outrossim, o tema da possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade por tribunal administrativo já foi apreciado pelo Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria de Estado dos

Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo.

Em 1996, em Questão de Ordem Regimental, o Plenário, por decisão não unânime, entendeu que *“O Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas por qualquer de suas Câmaras é competente para deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal em casos concretos”* (Processo SF nº 2713/95).

A decisão fundou-se em algumas premissas, residindo a principal delas na ideia de que o Tribunal de Impostos e Taxas exerce jurisdição e que essa atividade não admite limites, havendo plena coincidência ou associação entre jurisdição e controle de constitucionalidade.

Em decorrência de a infração se fundamentar em dispositivo flagrantemente inconstitucional, pois a regra da não-cumulatividade trazida pela Constituição da República não consubstancia mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar, mas um princípio constitucional de eficácia plena, devendo ser observado, indistintamente, pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual.

A jurisprudência mencionada marcou o fim de um paradoxo entre o poder judiciário e o executivo, balizando, distintamente, o comportamento do órgão administrador no processo administrativo tributário/fiscal, trazendo à baila a possibilidade do controle de constitucionalidade no caso concreto, desde que ele seja elemental para a visualização do contexto, forçando o Poder Executivo e realizar o controle de constitucionalidade e evitando argumentações de vinculação do exercício do poder de julgamento, reserva do possível, ou usurpação de função constitucional de outro órgão, logo, necessária a interpretação à luz da Constituição Federal, e consideração dos argumentos expostos para fins de promoção de justiça, o que insiste e requer.

Formula, a final os seguintes pedidos:

- a) *Seja recebido e autuado, processado e julgado a presente defesa;*
- b) *Atribua-se efeito suspensivo à exigibilidade do crédito versado no auto de infração que se questiona com a presente;*
- c) *Sejam excluídos do processo administrativo de lançamento do crédito os valores a título de juros e multa de mora, vez que são devidos e computados após, apenas, à expiração da notificação final do processo administrativo;*
- d) *Sejam anuladas todas as infrações mencionadas no auto de infração consubstanciadas ou recepcionadas por decretos, ou seja, formas legais diferentes de lei no sentido estrito, por respeito ao PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL;*
- e) *Realize-se o controle de constitucionalidade nos termos da argumentação narrada no item 3.2.5, bem como a análise sistemática do ordenamento jurídico envolvido na autuação diante dos preceitos constitucionais vigentes;*
- f) *Seja anulado o auto de infração, com fundamentos nos argumentos expostos;*
- g) *Em último caso, que seja reduzida e/ou cancelada total ou parcialmente, equitativamente, o valor da penalidade aplicada, devendo ser utilizados os critérios acima expostos;*
- h) *Seja encaminhada ao Recorrente a notificação acerca da decisão a ser proferida nos autos do presente recurso;*
- i) *Requer provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito.*

O autuante presta a informação fiscal, fls. 176 a 179, e de início aduz que o contribuinte apresentou sua defesa no dia 21/01/2104, ou seja, após 60 dias da sua ciência, portanto fora do prazo regulamentar, conforme pode ser verificado no Protocolo SIPRO de fl. 115.

Entende que não há o que se falar em nulidade do auto de infração, tendo em vista que o presente foi lavrado dentro da legalidade, não sendo ocultada nenhuma peça, acostados todos os demonstrativos com a indicação dos elementos necessários à compreensão dos cálculos e do imposto apurado, a descrição dos fatos e o enquadramento das infrações, além da multa aplicada, de acordo com o RICMS.

Ressalta que foram contestadas as infrações 5 e 9 sendo que as demais foram reconhecidas e pagas.

Quanto à infração 5, de forma diferente do trazido pela defesa, material de embalagem não foi considerado como uso e consumo, conforme tenta demonstrar a defesa, sendo apenas considerado indevido o crédito fiscal de tais operações, na proporção das operações isentas e não tributadas, não havendo por parte da defesa nenhuma impugnação quanto aos dados do levantamento fiscal.

A infração 9 diz respeito ao recolhimento a menor antecipação parcial, e as alegações trazidas pela defendente não devem prosperar, tendo em vista que a referida infração foi lavrada com base na legislação, e não foi impugnado pelo contribuinte nenhum dado do levantamento fiscal. Alega apenas que tais valores seriam compensados na apuração do imposto normal, contudo, para que o mesmo fosse compensado haveria a necessidade do seu efetivo pagamento, fato este que não ocorreria, conforme demonstrado nos anexos 9 e 9A, sendo apurados os valores do imposto devidos, do total das operações e deduzido os valores efetivamente recolhidos.

Consta nas fls. 183/187, extratos de pagamentos do SIGAT referente às infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 10 e 11, reconhecidas pelo contribuinte.

VOTO

Constato que o Termo de Intimação bem como o Termo de Início de Fiscalização foram lavrados, consoante fls. 12/13, procedimentos estes que dão início ao procedimento fiscal, de forma regular, como previsto no art. 26, II, III do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Ademais, o Auto de Infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, e faz-se acompanhar dos demonstrativos e termos lavrados na ação fiscal.

Consoante o art. 19 do RPAF/99, a indicação no Auto de Infração, de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Portanto, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, sendo obedecido o princípio da legalidade, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; falta de comprovação do cometimento da infração; e aplicação das respectivas multas serão apreciadas por ocasião do exame do mérito se subsistirem as acusações fiscais e forem cabíveis à luz da legislação tributária.

Assim, se encontram presentes no processo todos os seus pressupostos de validade, estando definido o sujeito passivo, a infração e o montante do débito exigido, tendo sido cumprido o devido processo legal e respeitado o direito de o contribuinte exercer o seu amplo direito de defesa, incorrendo as situações previstas nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99 que ensejassem a nulidade da autuação.

No mérito, o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 10 e 11, pelo que ficam mantidas.

Assim, contesta a infração 5, na qual está sendo exigido ICMS em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, em relação às operações com embalagem.

Ocorre que embora esteja sendo exigido crédito fiscal de ICMS de material de embalagem, que dá direito ao crédito fiscal, posto que são tributados na saída, obedecendo ao princípio da não cumulatividade, importa destacar que a infração relaciona-se ao crédito indevido de embalagens cujas saídas ocorreram sob o benefício da isenção. Desse modo, não foi observada a proporcionalidade entre as vendas tributadas/outras (S/T) e as isentas, conforme exigido na legislação tributária.

Observo que está sendo exigido nesta infração, ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se às operações com embalagem.

Contudo, os demonstrativos que fazem parte integrante da acusação versam sobre Estorno de Crédito Fiscal, portanto há uma discrepância entre a acusação e os demonstrativos, ou seja, não houve subsunção do fato à norma jurídica. Assim a infração relaciona-se ao crédito indevido de embalagem cujas saídas ocorreram sob o benefício da isenção, e a acusação fiscal aponta que houve utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material de embalagem.

Nesse caso, o lançamento não pode prosperar, pois eivado de nulidade, o que inclusive cerceia o direito de defesa do contribuinte, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Represento à autoridade fazendária para que a ação fiscal seja renovada, a salvo de falhas, nos termos do art. 21 do mencionado diploma legal.

Infração nula.

A infração 9 decorreu do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Os demonstrativos e documentos pertinentes estão no Anexo 09 e 09-A, fls. 82 a 84, cujo CD com todas as ocorrências mensais foram entregues ao sujeito passivo.

Segundo a legislação, especificamente o art. 352-A do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

A antecipação parcial artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não – incidência, antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores (2010).

A defesa prende-se ao fato de que o pagamento da antecipação parcial geraria um crédito subsequente, e como o valor não foi recolhido, da mesma forma não foi creditado, Assim, entende que não deve nenhum valor de ICMS ao erário, que a operação ficou zerada, não existe débito de ICMS a ser cobrado.

Não resta dúvida de que o crédito subsequente seria devidamente apropriado pelo contribuinte, em casos de pagamento da antecipação parcial. Prevendo tal hipótese, o legislador no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, previu que *“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”*.

Não restou comprovado que as mercadorias que ingressaram no estabelecimento, sem o pagamento total da antecipação parcial, teriam sido tributadas nas saídas subsequentes, pelo que não pode ser aplicado a cobrança da penalidade com a dispensa do tributo que deveria ter sido pago por antecipação. Obedecendo a sistemática do ICMS, da não – cumulatividade do imposto, após o pagamento da obrigação principal, o contribuinte terá direito ao creditamento do ICMS.

Quanto à redução da multa sob o benefício previsto no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal, órgão de 1ª Instância deste CONSEF não tem competência para apreciar tal pleito, devendo ser encaminhado à apreciação da Câmara de Julgamento Fiscal, caso assim deseje o requerente.

Fica mantida a infração, com a ressalva de que os valores exigidos não foram especificamente contestados pelo sujeito passivo.

No que concerne ao reclamo da multa aplicada, saliento que a atividade fiscalizadora é plenamente vinculada à legislação vigente, e a multa aplicada está em consonância com a disposição contida na Lei nº 7.014/96, e não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo, a teor do art. 167, I, III do RPAF/BA.

Consoante o art. 102, da Lei nº 7.014/96, os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficam sujeitos aos acréscimos moratórios ali previstos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos, conforme Termo de Confissão de Dívida, fl. 117 e demais documentos de fls. 120 a 122 do PAF.

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 **232903.0120/13-4**, lavrado contra **SUPERMERCADO CASAGRANDE LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$293.205,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR