

PROCESSO - A. I. Nº 206837.0013/15-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DEVIDES & VIANA LTDA. (REFRIGERAÇÃO PARANÁ)
RECORRIDOS - DEVIDES & VIANA LTDA. (REFRIGERAÇÃO PARANÁ) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0140-03/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/01/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0317-11/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o declarado e escriturado nos livros e documentos fiscais. Os itens 1 e 2 da infração restaram descaracterizados. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Fatos não contestados. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL. O contribuinte não comprova a insubsistência da acusação fiscal. Infração subsistente. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. O autuado não apresenta comprovação do direito ao crédito lançado em seu livro Registro de Apuração de ICMS. Infração caracterizada. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no prazo estabelecido na legislação tributária, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no período de apuração. O autuado não traz aos autos elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade, nem o pedido para cancelamento ou diminuição das multas. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/12/2015 para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.067.938,54, acrescido de multa, em decorrência do cometimento de seis infrações, a seguir transcritas:

Infração 01. 03.01.01. – recolheu a menos ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores recolhidos e os escriturados na apuração do imposto, nos meses de janeiro, julho e agosto de 2015, no valor de R\$214.175,77, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 07.01.01. – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no mês de janeiro de 2015, no valor de R\$4.908,49, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. - 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, nos meses de fevereiro e março de 2015, no valor de R\$6.523,86, acrescido da multa de 60%;

Infração 04. - 07.15.03 - multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a agosto de 2015, no valor de R\$709.879,81;

Infração 05. 01.02.42 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a agosto de 2015, no valor de R\$121.410,61, acrescido da multa de 60%;

Infração 06. 16.14.04 - deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária nos meses de janeiro a agosto de 2015, sendo aplicada multa fixa mensal de R\$1.380,00, totalizando R\$11.040,00;

Após houve a apresentação da Defesa administrativa (fls. 65 a 70) e da correspondente Informação Fiscal (fl. 99 a 102).

Em termos, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que dirimiu a lide sob os seguintes argumentos, *verbo ad verbum*:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário referente a 06 (seis) irregularidades constatadas no curso de ação fiscal, conforme descrito na inicial. O autuado em sua defesa não se reportou às infrações 02 e 03, que declaro mantidas, considerando a inexistência de lide.

O impugnante suscitou nulidade do auto de infração argumentando que não lhe foram entregues os demonstrativos analíticos das ocorrências (ao menos os advogados contratados não tiveram acesso), restando prejudicado o direito de defesa.

Ao contrário do alegado, verifico que o autuante manteve o defendente ciente dos trabalhos de auditoria realizados inclusive durante a ação fiscal conforme faz prova intimação acompanhada dos relatórios preliminares apontando as omissões e inconsistências inicialmente detectadas para apreciação da autuada e prestação dos esclarecimentos fls.40/57. Vejo ainda, que consta do PAF na fl. 17, Termo de Recebimento dos arquivos eletrônicos, com a ciência do autuado, contendo as planilhas analíticas que demonstram detalhadamente as infrações.

Quanto a alegação de não recebimento dos referidos documentos pelos advogados contratados pela empresa autuada, não acolho a nulidade suscitada. Observo que a intimação acerca da lavratura do auto de infração com a entrega de cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, foi realizada diretamente ao sujeito passivo conforme faz prova documento fl.17 obedecendo, portanto, a regra do art. 46 do RPAF/99.

O defendente apontou vício de forma, quanto a acusação fiscal da infração 01, cuja acusação fiscal é de “recolhimento a menor” de ICMS e que no seu entendimento, o demonstrativo sintético intitulado “Demonstrativo Conta Corrente do ICMS” apontaria “utilização indevida de créditos fiscais”.

No presente caso, a referida infração seria passível de julgamento pela nulidade, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso a questão da nulidade, porque no mérito a exigência fiscal subsiste parcialmente.

Dessa forma, ficam rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação ou insegurança quanto a configuração das ocorrências, uma vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. 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 e foram obedecidos os prazos previstos legalmente.

Assim, observo que o PAF está revestido das formalidades legais, não havendo violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, na infração 01 o autuado foi acusado de ter realizado recolhimento a menos de ICMS em

decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro, julho e agosto de 2015.

O defendente alegou que pelo demonstrativo sintético intitulado “DEMONSTRATIVO CONTA CORRENTE DO ICMS” foram apresentados valores a título de “outros créditos”, com a observação pertinente à necessidade de se esclarecer e comprovar os mesmos. Assim, disse que a infração não seria “recolhimento a menor” e sim “utilização indevida de créditos fiscais”, se os esclarecimentos não foram prestados durante a ação fiscal.

Da análise da planilha que serviu de base para autuação nesta infração, fl. 30, verifico o que segue: (i) para a ocorrência do mês de janeiro de 2015, o autuado declarou na DMA fl.13, um imposto a recolher no valor de R\$108.771,95. O autuante realizou o lançamento de ofício no valor de R\$60.428,11 que se depreende seja o saldo credor referente ao exercício anterior neste valor, conforme escriturado na DMA cópia fl.13, sem fazer qualquer referência nos autos, tampouco no CD fl.58, o motivo pelo qual este saldo foi glosado; (ii) para a ocorrência do mês de julho de 2015, a DMA fl. 26, registra um imposto a recolher de R\$97.382,33. Na planilha de folha 30, o autuante apura uma diferença de R\$32.460,78 sem indicar como teria chegado a tal valor; (iii) somente quanto à ocorrência de agosto de 2015, de fato, o contribuinte apurou e declarou através da DMA, o ICMS a recolher no montante de R\$ 121.286,88 e não trouxe aos autos, o comprovante do referido recolhimento.

Observo que sobre os dois primeiros itens desta infração, as ocorrências referentes aos meses de janeiro e julho de 2015 não subsistem, considerando que não há nos autos elementos a provar, que nestes meses, o autuado teria escriturado os valores destacados na planilha "Demonstrativo de Conta Corrente" fl. 30, que suporta a acusação fiscal e efetuado recolhimento a menos, como reclama o autuante. Neste caso, a pretensão fiscal revela-se insubsistente em face de carecer de prova de sua ocorrência.

Entretanto, no que concerne ao mês de agosto de 2015, restou comprovado que o autuado apurou em sua escrituração fiscal e declarou ICMS a recolher no valor de R\$ 121.286,88 e não efetivou o recolhimento. Assim, destaco por ser importante, que no parcelamento apresentado pelo autuado na assentada de julgamento não consta este valor, visto que as ocorrências ali registradas se referem aos meses de dezembro de 2014 a maio de 2015. Concluo, portanto, que a infração 01 é parcialmente subsistente, no que diz respeito ao mês de agosto de 2015, remanescendo no valor de R\$ 121.286,88.

A infração 04 refere-se a multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, pelas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a agosto de 2015.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que não estando a ocorrência vinculada a ausência de pagamento do imposto, o Erário não foi prejudicado. Por outro lado, estando as operações lançadas, significaria dizer que não agiu com dolo, fraude ou simulação, pois os registros foram realizados de forma regular. Dessa forma, requer que a pena seja amenizada, diante das atenuantes, conforme art. 42, parágrafo 7º, da Lei 7.014/96.

Na verdade, não há negativa do cometimento da infração, mas a formulação de pedido de redução ou cancelamento da multa, nos termos do art. 42, parágrafo 7º, da Lei 7.014/96 do RPAF/99, pois a ocorrência da irregularidade, segundo o sujeito passivo, derivou de equívocos, sem que houvesse a prática de dolo, fraude ou simulação, bem como, não houve falta de recolhimento de tributo.

Na análise destes argumentos, embora haja previsão legal para o cancelamento de multas por descumprimento de obrigações acessórias pelas JJFs, consoante o art.158 do RPAF/99, se os requisitos ali designados forem atendidos, não há como inferir que não houve falta de recolhimento do tributo, mormente quando o descumprimento de obrigações principais está apontado neste Auto de Infração, no mesmo exercício. Assim, voto pela manutenção integral da multa sugerida nesta infração.

A infração 05 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a agosto de 2015.

O defendente arguiu um suposto “bis in idem”, apresentando entendimento de que se os valores lançados foram considerados para fins de apuração dos “desencontros” apontados na infração 01, estariam sendo cobrados em duplicidade, desta feita sob a rubrica de “créditos indevidos”.

A respeito desse argumento, constato que inexistente a duplicidade sugerida pelo autuado. Conforme explicou o autuante na informação fiscal, o contribuinte foi instado (pág.40/57), em mais de uma oportunidade, a comprovar a legitimidade dos valores lançados em sua escrita fiscal - livro Registro de Apuração, a título de “outros créditos” e não prestou qualquer esclarecimento, conforme pode ser formalmente verificado a partir dos emails enviados.

Analizando o demonstrativo que dá suporte a esta infração fl.31, vejo que foram lançados pelo autuado, no seu livro de Apuração do ICMS, valores a título de “outros créditos” e o autuado não traz aos autos, nem nesta fase do processo, qualquer elemento capaz de elidir a autuação. Logo, ante a não comprovação pelo sujeito passivo

do direito a utilização do crédito fiscal, estes valores foram corretamente glosados de sua escrita fiscal. Mantida a infração 05.

A infração 06 acusa o contribuinte de ter efetuado a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária.

O defendente contestou afirmando que não existe na norma indicada como infringida (art. 42, inciso XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96), expressa autorização para aplicação da multa por período mensal. Afirmou que levada em conta a unicidade da ação fiscal, a Autuada não cometeu, do ponto de vista processual, a infração de “falta de entrega mensal” e sim na “falta de entrega”, devendo ser punida com uma única pena, requerendo seja o valor lançado de R\$ 1.380,00.

Cabe ressaltar que a redação atual da alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 12.917/13, com efeitos a partir de 01/11/13, estabelece a multa de R\$1.380,00 pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Para melhor esclarecimento, transcrevo dispositivo da Lei 7.014/96, reguladora da matéria, que assim dispõe, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

I) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;(grifo nosso)

As empresas que se submetem a apuração do ICMS pelo regime normal, como é o caso da autuada, o fazem mensalmente, conforme disposto nos arts. 250 e 305 do RICMS/2012, abaixo reproduzido:

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

(...)

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal. (grifo nosso)

Da análise dos dispositivos acima transcritos, não resta dúvida que a infração 06 se encontra em absoluta consonância com a Lei e o Regulamento do ICMS/BA, motivo pelo qual entendo subsistente a infração 06.

Ressalto que não foram trazidas provas capazes de elidir qualquer das infrações apontadas neste lançamento e de acordo com o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao pedido para que as comunicações ao contribuinte, relativas ao Auto de Infração em lide, sejam encaminhadas aos seus Advogados, no endereço que indica no texto de sua Impugnação, registro que tal providência pode ser tomada pela Inspetoria Fazendária de origem, respeitado o teor dos artigos 108 e 166, I, ambos do RPAF/99.

Assinalo, por devido, que embora esse pleito quanto ao endereço de intimação possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria irregularidade, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídica autuada, conforme informado a esta Secretaria da Fazenda, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este é o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

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

Na Resolução do Acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela 3ª JF, consoante previsão legal, devido à desoneração ocorrida na infração 1. Por sua vez, o contribuinte, inconformado com a Decisão, interpôs tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 129 a 137,

objetivando a revisão do julgamento, no que tange as infrações 1, 4, 5 e 6 e manutenção da desoneração ocorrida na própria infração 1.

Inicia seu recurso renovando o pedido de que todas as intimações dos advogados sejam endereçadas para os advogados, sob pena de nulidade.

Em seguida, argui a nulidade da Decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa e do Auto de Infração por insegurança na determinação da infração, sua base de cálculo e valor. Aduz que foi equivocadamente utilizado o dispositivo do parágrafo único do art. 155 do RPAF, pois não houve a improcedência da exação, mas tão somente a procedência parcial.

Assim, se não acatada a nulidade da decisão, que seja reconhecida a nulidade da autuação.

Neste sentido, junta a ementa do Acórdão CJF 0340-12/12.

Em relação à infração 4, aduz que foi aplicada a absurda multa de R\$709.879,81, uma vez que, como o próprio teor da acusação esclareceu, as mercadorias foram devidamente registradas na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente.

Com esse norte, alega que não houve dedução do crédito na antecipação parcial, houve pagamento do imposto na saída da mercadoria, logo, assevera que não houve prejuízo ao erário, e também não houve dolo, fraude ou simulação por parte da empresa, devendo ser aplicado o quanto disposto no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Aduz igualmente que não se pode deixar de aplicar o mencionado dispositivo sob a escusa de que *“existem outras ocorrências apontadas no Auto de Infração, na medida em que as demais são ocorrências autônomas, ou seja, não possuem qualquer relação com o fato que ensejou a sanção de 60%”*.

Neste sentido, junta opinativo da PGE/PROFIS com essa orientação, explicando a situação nos seguintes termos, *in litteris*:

“Importante esclarecer que, a teor do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir”.

Quanto ao item 5, fala que este implica *“em assegurar a nulidade do item 01, assim como, em relação ao mesmo, em ‘bis in idem’”*. Argumenta que *“se os valores lançados foram considerados para fins de apuração dos ‘desencontros’, estão sendo cobrados em duplicidade, desta feita sob a rubrica de ‘créditos indevidos’. Portanto, se mantido o item 01, é improcedente o item 05”*.

Diz que a acusação é ausência de documentação fiscal e que os valores lançados referem-se a créditos decorrentes de pagamentos a título de “antecipação parcial”, conforme cópia do LRAICMS. Com base nessas explicações, pede para que tais pagamentos sejam confirmados no sistema da SEFAZ-e ou, se necessário, que a Recorrente seja instada a apresentar as novas provas, em diligência.

Noutro tópico, passa a rebater a infração 6, propalando que não existe na norma indicada como infringida (art. 42, inciso XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96), expressa autorização para aplicação da multa por período mensal, não podendo a lei ser interpretada de maneira mais onerosa para o contribuinte.

Pontua que a redação dada pela Lei nº 13.461/15, com vigência a partir de dezembro de 2015, não dá margem a interpretação extensiva como a redação anterior, aplicável ao caso concreto, pois, a expressão “em cada período de apuração” somente cabe na aplicação da pena percentual. Pondera que a lei, quando quer relacionar a pena a cada “fato”, “documento” ou período”, faz de forma expressa.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova, a juntada de documentos e que seja

ouvida a PGE/PROFIS, em especial aos itens 4 e 6. Clama ainda pela revisão do lançamento e o saneamento dos vícios apontados, bem como a nulidade da decisão, da autuação ou do item 1, sua improcedência ou, ao menos, o cancelamento ou redução das multas dos itens 4 e 6, para 10% do valor lançado e R\$1.380,00, respectivamente.

VOTO VENCIDO

Temos sob apreciação Recuso de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 3ª JJF que julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, pelo suposto cometimento de 6 infrações, das quais, é objeto do recurso do Estado a infração 1, e do recurso do Contribuinte as infrações 1, 4, 5 e 6.

Início o julgamento pelo Apelo Voluntário.

O Recorrente alega em sede de preliminar de cerceamento do direito de defesa, insegurança da base de cálculo e mácula da própria Decisão por erro na aplicação do quanto disposto no parágrafo único do art. 155 do RPAF.

Vejamos.

Quanto ao cerceamento do direito de defesa, entendo que não merece acolhimento a tese recursal, eis que, da análise dos autos, entendo que foi concedido todos os demonstrativos que se baseiam as exações lançadas, bem como todos meios de prova e oportunidades de pronunciamento.

Quanto ao erro na aplicação do artigo 155, parágrafo único do RPAF/BA, realmente não houve a perfeita adequação ao caso em lide já que o dispositivo legal determina o afastamento da análise das preliminares, somente quando a infração for considerada totalmente improcedente, o que não foi o caso.

Entretanto, a infração deve ser considerada nula por erro na capitulação legal, já que ela imputa um recolhimento a menor, o que não é o caso, pois se trata de falta de recolhimento. Tal vício gera a insegurança da base de cálculo, e dessa forma, descumpre os artigo 18, IV e 39 do RPAF/BA.

Logo, a infração 1 é nula de pleno direito.

Passo ao exame do mérito.

A infração 4 foi lançada para cobrar multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, com mercadorias e operações registradas na escrita fiscal, e com saída posterior tributada normalmente.

O Contribuinte alega que não houve prejuízo ao erário, bem como dolo, fraude ou simulação por parte da empresa, devendo, assim, ser reduzida o percentual da multa.

Penso que tem razão o Contribuinte.

Compulsando os autos, entendo que cabe a aplicação do quanto previsto no art. 158 do RPAF/BA que assim dispõe:

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Pela análise dos fatos que cercam este procedimento administrativo, vejo que a obrigação já foi adimplida (antecipação parcial), sem que houvesse dolo ou intenção de burlar o Fisco pela falta de pagamento do imposto devido na antecipação.

Aliás, devido à natureza, variedade e quantidade de mercadorias comercializadas, conjugada com a complicação quanto ao correto enquadramento tributário, mesmo as empresas maiores, que possuem maior capacidade administrativa, cometem equívocos no recolhimento da antecipação tributária, técnica empregada para melhorar a

fiscalização e antecipar o pagamento do imposto que seria(foi) pago na saída da mercadoria, mas que, via de regra, demanda uma série de normas instrumentais que se alteram quase que diariamente.

Ressalto que, no presente caso, o imposto devido por antecipação já foi recolhido nas saídas, como aponta a própria fiscalização, e o prejuízo ao Erário pelo cumprimento da obrigação a destempo foi nenhum ou de pequena monta, desproporcional ao valor cobrado nos presentes autos, podendo-se até perquirir um verdadeiro *bis in idem* ou enriquecimento ilícito do Fisco Estadual, caso se mantenha a exação nos termos propostos no Auto de Infração.

Entendo que não é o objetivo do Estado arrecadar através de multas, mas sim cobrar os impostos devidos e fiscalizar todas as empresas para que se mantenha a concorrência no mesmo patamar de igualdade, cabendo a este Colegiado corrigir certas distorções vivenciadas pela nossa legislação.

Portanto, aplico o quanto previsto no art. 158 do RPAF, e reduzo a multa da infração 4 para 10% do valor inicialmente lançado.

No que tange a infração 4, a empresa alega que haver *'bis in idem'* com a infração 1 e que os valores são referentes aos créditos de antecipação parcial.

Quanto ao primeiro argumento, entendo que não procede, eis que, os valores aqui cobrados são relativos a outros créditos dentro da apuração levada em consideração na infração 1, onde se cobra o ICMS, e não os créditos.

Nessa infração, a glosa se dá sobre os créditos e não sobre o imposto em si, portanto, não se cogita o *'bis in idem'*.

Em relação ao segundo argumento, quanto à comprovação dos créditos, da análise das Relações dos DAE's – Ano 2015, vejo que somente a ocorrência do mês de janeiro de 2015 há pagamentos referentes à antecipação parcial no valor de R\$53.796,42, o que leva a Improcedência Parcial desta exação.

Infração 5, Parcialmente Procedente no valor de R\$67.614,19, referente à ocorrência de agosto de 2015.

Por fim, em relação à infração 6, em que pese a argumentação recursal, entendo correto o julgamento de piso, por entender que deve ser aplicado a multa prevista na legislação por cada arquivo não entregue.

Entendo que tal posicionamento está previsto na norma, qual faz a ressalva para cada período da apuração, além de ser o mais justo e proporcional ao ato delituoso cometido, porque a escusa na entrega dificulta a fiscalização e pode até obstar certos lançamentos fiscais.

Assim, a infração é Procedente, conforme a decisão de base.

Recurso Voluntário, Parcialmente Procedente.

Analiso agora o Recurso de Ofício.

Diante da constatação da nulidade da infração 1, objeto do presente recurso, entendo que o Apelo de Ofício resta PREJUDICADO, uma vez que o objeto de sua desoneração eram as retiradas das ocorrências de janeiro e julho de 2015, que foram devidamente demonstradas.

Outrossim, a minudente explicação da Relatora de piso, espanca qualquer dúvida quanto ao desacerto da fiscalização na apuração destas ocorrências, uma vez que, não há nos fólios processuais, qualquer indicação das fontes que levaram ao lançamento de ofício.

Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para

julgar nula a infração 1 e reduzir a multa da infração 4 para 10% do valor originalmente lançado, e entendendo PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

VOTO DIVERGENTE (Infração 1)

Divirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange à infração 1, ao considerar nula por erro na capitulação legal, já que ela imputa um recolhimento a menor.

De acordo com os elementos constantes do PAF está caracterizada a infração, uma vez que o “Demonstrativo Conta Corrente do ICMS”, detalha precisamente o recolhimento a Menor do ICMS, não havendo nenhuma inconsistência no demonstrativo.

No entanto, a decisão de piso resta patente a insegurança da fundamentação, conforme trecho abaixo:

“No presente caso, a referida infração seria passível de julgamento pela nulidade, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso a questão da nulidade, porque no mérito a exigência fiscal subsiste parcialmente”.

Entendo que a aplicação do artigo 155, parágrafo único do RPAF/BA, não está em perfeita adequação ao caso em lide, já que o dispositivo legal determina o afastamento da análise das preliminares, somente quando a infração for considerada totalmente improcedente, o que não foi o caso.

No caso em tela, não vislumbro razão para a nulidade da infração, mas, tão somente, a nulidade do Julgamento da infração 1, uma vez que a fundamentação foi equivocada e insegura, maculando a decisão, conforme o disposto no artigo 18, III do RPAF/BA.

Logo, voto para declarar NULO o julgamento desta infração, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento a salvo de falhas.

VOTO VENCEDOR (Infração 4)

Após a revogação do art. 159 do RPAF-BA/1999, ocorrida por meio do Decreto nº 16.032/2015, com eficácia a partir de 11/04/2015, foi retirada de qualquer Câmara deste Conselho a competência para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal.

Peço licença para divergir do i. relator, no que concerne à redução da multa estipulada na infração 04, por ser decorrente de descumprimento de obrigação principal, conforme passarei a expor nas linhas abaixo.

Em relação aos negócios jurídicos dos quais decorrem a obrigação de pagar o ICMS - antecipação parcial, existem dois fatos geradores: o primeiro se verifica na entrada do bem adquirido e diz respeito ao dever do adquirente de efetuar o recolhimento da antecipação parcial propriamente dita, enquanto o segundo na saída da mercadoria cuja entrada resultou no citado recolhimento (parcialmente antecipado).

Caso o contribuinte não cumpra a primeira obrigação, de pagar a antecipação parcial, mas, posteriormente, antes do início da ação fiscal, recolha o imposto referente à segunda, a legislação determina a aplicação isolada da multa de 60% sobre o montante não antecipadamente pago. Obviamente, sob pena de incorrer em “bis in idem”, o legislador não poderia exigir o imposto respectivo não recolhido na entrada, uma vez tal recolhimento se deu na saída.

Trata-se de obrigações com natureza jurídica idêntica: de cumprir obrigação tributária principal (recolhimento de ICMS ao Erário). O afastamento da primeira (de pagar a antecipação parcial) em virtude do cumprimento da segunda (de recolher o tributo relativo à saída da mercadoria) corrobora tal entendimento, pois não se compensa valores intrinsecamente diversos.

O caráter acessório de uma obrigação não significa, como se poderia supor, à vista do princípio geral de que o acessório segue o principal, que aquela assim qualificada dependa da existência de

uma principal à qual necessariamente se subordine. As obrigações tributárias acessórias, ou formais, ou ainda instrumentais, objetivam dar meios à fiscalização tributária para que investigue e controle o recolhimento de tributos (obrigação principal) a que o próprio sujeito passivo da acessória, ou outra pessoa, esteja, ou possa estar, submetido.

É acessória, por conseguinte, apenas a obrigação imposta pela legislação tributária que não seja de levar dinheiro aos cofres públicos, o que não ocorre no caso em análise. Assim, o montante do Auto de Infração é o seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	NULO	214.175,77	121.286,88	0,00	-----
02	RECONHECIDA	4.908,49	4.908,49	4.908,49	60%
03	RECONHECIDA	6.523,86	6.523,86	6.523,86	60%
04	PROCEDENTE	709.879,81	709.879,81	709.879,81	-----
05	PROC. EM PARTE	121.410,61	121.410,61	67.614,19	60%
06	PROCEDENTE	11.040,00	11.040,00	11.040,00	-----
TOTAL		1.067.938,54	975.049,65	799.966,35	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0013/15-8**, lavrado contra **DEVIDES & VIANA LTDA. (REFRIGERAÇÃO PARANÁ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.046,54**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.040,00** e multa percentual no valor de **R\$709.879,81**, previstas, respectivamente, nos incisos XIII-A, “I”, c/c a Lei nº 12.917/13 - art. 112 do CTN, da Lei nº 5.172/66; e II, “d”, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 1) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Paulo Danilo Reis Lopes, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Laís de Carvalho Silva.

VOTO DIVERGENTE (Infração 1) – Conselheiros: Maurício Souza Passos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCEDOR (Infração 4) – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Maurício Souza Passos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 4) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 4)

PAULO DANILO REIS LOPES – VOTO VENCEDOR
(Infração 4)

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – VOTO DIVERGENTE
(Infração 1)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS