

A. I. Nº - 108595.0002/17-2
AUTUADO - ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A.
AUTUANTES - DIJALMA MOURA DE SOUZA, MARIA CELIA RICCIO FRANCO, JOILSON JOÃO LAGE DE MAGALHÃES e ADILENE VIEIRA TEIXEIRA AMARAL
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/03/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERENCIA INTERESTAUDUAL DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO. Restou comprovado que a empresa não se apropriou de crédito indevido, com a apresentação de documentações em sede de defesa. Infração não caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Afastada a arguição de nulidade. No mérito, sujeito passivo manteve-se silente. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA APURAÇÃO. NOTAS FISCAIS AUTORIZADAS E LANÇADAS COMO CANCELADAS. **b)** IMPOSTO DESTACADO NA NFE MAIOR QUE O REGISTRADO NA EFD. Afastada as arguições de nulidade. No mérito, sujeito passivo manteve-se silente. Infrações subsistentes. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. **a)** RETEVE E RECOLHEU A MENOS O IMPOSTO. Sujeito passivo, no mérito manteve-se silente. Apenas argui inconstitucionalidade da aplicação de pauta fiscal e/ ou MVA à espécie da infração imputada. A este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como a apreciação da decisão do Poder Judiciário, bem assim a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme assim preconiza o art. 167, I, II e III do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Infração subsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Itens reconhecidos. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Sujeito passivo manteve-se silente. Item subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/03/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$238.690,01, conforme demonstrativos acostados às fls. 14 a 53 dos autos, com CD/Mídia à fl. 43, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.52: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à transferência interestadual de bem do ativo imobilizado, em novembro de 2013, na forma do demonstrativo à fl. 14 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$96.000,00, com enquadramento no art. 30, inc. I, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 3280, inc. XVI, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 2 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias nos meses de março, maio e julho de 2013. Lançado ICMS no valor de R\$797,98, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativo ao mês de fevereiro de 2013. Trata-se de notas fiscais autorizadas lançadas como canceladas. Lançado ICMS no valor de R\$1.071,47, com enquadramento nos artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 4 - 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativo aos meses de janeiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e novembro de 2013. Trata-se de ICMS destacado na NF-e maior que o ICMS registrado na EFD. Lançado ICMS no valor de R\$5.153,66, com enquadramento nos artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 5 - 07.02.02: Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2013. O contribuinte utilizou a MVA de 100%, quando deveria ter utilizado a MVA de 114%. Lançado ICMS no valor de R\$115.222,05, com enquadramento no artigo 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 2895 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 6 - 07.02.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referentes aos meses de janeiro, março, abril, maio, julho, setembro e novembro de 2013. O contribuinte não recolheu ICMS ST sobre sucata de garrações de água mineral. Lançado ICMS no valor de R\$7.081,93, com enquadramento no artigo 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 7 - 07.12.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente ao mês de fevereiro de 2013. O contribuinte lançou como canceladas notas fiscais autorizadas. Fez a retenção e não efetuou o recolhimento referente a estas notas fiscais. Lançado ICMS no valor de R\$1.071,50, com enquadramento no artigo 8º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 8 - 07.12.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referentes ao mês de fevereiro de 2013. O valor lançado de ICMS ST na NF-e é maior que o lançado na EFD, o que representa um valor recolhido menor que o valor retido. Lançado ICMS no valor de R\$5.728,09, com enquadramento no artigo 8º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

INFRAÇÃO 9 - 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) à tributação sem o devido registro na escrita. Lançado multa valor de R\$6.563,33, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

O sujeito passivo, às fls. 60/71 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual, inicialmente, informa que procederá ao pagamento do ICMS devido, no que pertine às infrações 6; 7 e 8, com a consequente extinção do crédito tributário correlato. No entanto, para as demais infrações, diz

impugnar em razão dos equívocos perpetrados pela fiscalização, conforme será demonstrado nesse arrazoado, que a seguir passo a expor:

DA INFRAÇÃO 1 – Inexistência de utilização de crédito. O contribuinte autuado diz que procedeu ao empréstimo de um maquinário integrante de seu ativo fixo imobilizado, tendo emitido notas fiscais de remessa (doc. 02) e, posteriormente, emitido notas fiscais de retorno das mercadorias (doc. 03), onde assevera que, em momento algum, se creditou de quaisquer impostos decorrentes dessa operação, em especial em razão da não incidência do ICMS na referida circulação.

Diz que, tal circulação de mercadorias, por não incidir ICMS, jamais poderia gerar crédito e, conseqüentemente, a empresa jamais ter se creditado, o que pode ser comprovado à partir dos registros de apuração de ICMS que seguem em anexo (doc. 04).

Assim, não tendo se creditado do ICMS da operação de empréstimo de máquinas – em especial em razão da inexistência de incidência da exação nesse particular – não há falar em quaisquer infrações, o que induz à improcedência do auto de infração.

INFRAÇÕES 2, 3 e 4 – Nulidade da Autuação. Diz que a presente autuação não merece acolhida, devendo ser declarada nula ante a existência de diversas irregularidades no levantamento do fiscal autuante, que ocasionam o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente, a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RPAF/97, que destaca.

Diz que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido.

No entanto, aduz que, no caso dos autos, houve uma afirmação genérica acerca de eventual erro, sem quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária.

Destaca que esse Órgão de julgamento já teve oportunidade de rechaçar auto de infração eivado de nulidade nesse particular, conforme se extrai do Acórdão JF nº 0026/01-16. Aduz que, inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ofende-se ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho, como se vê adiante na ementa de julgado de este Conselho de Fazenda, que destaca.

Traz também aos autos outros considerando, inclusive, destaque de estudiosos sobre a matéria, para em, seguida dizer que, considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a infração apontada uma vez que o levantamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, alternativa não resta aos Senhores Julgadores, diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração.

Da inexistência de dolo na conduta do Contribuinte Autuado. Redução da multa aplicada. Diz que a fiscalização apurou que houve equívoco na identificação da base de cálculo do ICMS e, portanto, procedeu ao lançamento da exação e imputou multa no importe de 60% do crédito tributário reclamado, nos termos da alínea 'a', inc. II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Neste contexto, observa que a afirmação da autoridade fiscal atesta que houve simples erro na definição da base de cálculo do imposto, erro esse decorrente de interpretação da – extensa e complexa – legislação tributária do Estado da Bahia.

Assim, infere-se que inexistente dolo ou má-fé na conduta do contribuinte, tendo o mesmo apenas se equivocado na interpretação da legislação tributária, o que demonstra a aplicabilidade do art. 158 do RPAF, o qual descreve. Passo seguinte, diz ser um texto semelhante ao que se encontra no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, que também descreve.

Diz que demonstrada a ausência de dolo, fraude ou simulação deve-se aplicar ao presente caso o quanto disposto nos artigos acima transcritos. Cita decisão da 2ª Câmara de Julgamento do CONSEF/BA relativo ao Acórdão CJF nº 0148-12/15.

Assim, diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação quando do lançamento do imposto, cumpre a esse Órgão de Julgamento proceder à redução da multa imposta para o patamar de 20%, na esteira do precedente desse CONSEF trazido à baila.

DA INFRAÇÃO 5 - Ilegalidade da aplicação de Pauta Fiscal e/ou MVA à espécie. Inicialmente traz à baila o quanto estampado no art. 155 da Constituição Federal, que destaca.

Nessa perspectiva, diz que, em consonância com os ditames constitucionais, o Código Tributário Nacional – lei complementar – teve o condão de disciplinar a base de cálculo do ICMS, o que o fez a partir da redação estampada em seu art. 97, que destaca.

Nessa linha de raciocínio, infere que a base de cálculo do ICMS há de ser estabelecida pelo sujeito ativo a partir de lei formal, aprovada pela Assembleia Legislativa do respectivo Estado membro, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, vez afrontar de uma só vez o art. 155 da Constituição Federal e o art. 97 do CTN.

No entanto, diz que o Estado da Bahia sistematicamente edita decretos e/ou instruções normativas voltadas a regulamentar a tributação de determinadas operações através de “Pauta Fiscal” ou “MVA”, ao arrepio da Constituição Federal e do CTN.

Alega que, a sistemática através de pauta fiscal ou MVA somente pode ser utilizada, uma vez demonstrada a ocorrência das circunstâncias descritas no art. 148 e ss. do CTN, sendo certo que não se pode aplicar indistintamente para todo e qualquer contribuinte de determinado segmento como faz o Estado da Bahia.

Observa que, a utilização de pauta fiscal e MVA pelo Poder Público, de há muito já fora rechaçada pelos Tribunais Superiores, tendo, inclusive, sido editado o seguinte verbete pelo Egrégio STJ, através da Súmula nº 431, que destaca sua ementa: *“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”*.

Nesse esteio, infere-se a inquestionável ilegalidade perpetrada pelo Fisco do Estado da Bahia, que exige do contribuinte impetrante o recolhimento do ICMS com base na sistemática da malfadada Pauta Fiscal e MVA de forma indistinta, é dizer sem observar os necessários parâmetros para utilização da referida sistemática.

Extraí-se que das Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte, a base de cálculo do ICMS nas operações realizadas pelo mesmo é cumprimento ao Estado da Bahia incidir a alíquota prevista em lei a fim de obter o valor do imposto devido.

Diante do exposto, infere-se a inconstitucionalidade e ilegalidade da autuação fiscal no que pertine à Infração 5, eis que a tributação há de ser aplicada a partir da base de cálculo e alíquotas definidas em lei formal, nos termos do art. 155 da Constituição Federal e art. 97 do CTN.

Da conclusão: em vista do quanto acima exposto, diz que é a presente defesa administrativa para requerer seja determinada a imediata nulidade do auto de infração relativo às infrações 2, 3 e 4, bem como para requerer a improcedência das infrações 1 e 5.

Ad cautelam, caso esse Órgão de Julgamento entenda que não é caso de nulidade do auto de infração, o que não se espera, o contribuinte requer, diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação quando do lançamento do imposto, que cumpre a esse Órgão de Julgamento proceda à redução da multa imposta para o patamar de 20% (vinte por cento), na esteira do precedente desse CONSEF trazido à baila.

Os Autuantes, na pessoa da Auditora Fiscal Maria Celia Riccio Franco, desenvolve Informação Fiscal às fls. 82/83, onde, preliminarmente, destaca que o presente Auto de Infração, é composto

de 09 (nove) infrações, sendo que as de número 6, 7 e 8, foram reconhecidas e tiveram promessa de pagamento. Quanto às demais Infrações, todas impugnadas, assim posiciona:

INFRAÇÃO 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à transferência interestadual de bem do ativo imobilizado. Diz que foi dirimida com a apresentação da nota fiscal de retorno de mercadorias anexadas às fls. 75 e 76 do presente PAF. Redução de R\$96.000,00 (noventa e seis mil reais).

INFRAÇÕES 2, 3 e 4, o contribuinte pede nulidade alegando irregularidades na autuação que ocasionaram cerceamento de defesa. Diz que os demonstrativos analíticos das autuações estão anexos ao PAF às fls. 23 – *Demonstrativo: Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs UF) – Lista de notas fiscais/itens (infração 02)*. Neste ponto, aduz que autuação está mantida; fls. 25 – *Levantamento das notas fiscais lançadas como canceladas – sem o efetivo cancelamento (infração 03)*. Neste ponto, aduz que as notas fiscais listadas não foram incluídas na apuração do ICMS por terem sido canceladas, e que não houve confirmação do cancelamento. Destaca que a autuação está mantida; fls.: 27 e 28 – *Débito escriturado menor que o destacado na NFE – Demonstrativo Analítico, (infração 04)*. Neste ponto, aduz que as notas fiscais listadas têm destacado o ICMS correto, mas o listado na EFD é menor. Valores a menor devidamente autuados. Mantém a autuação.

Momento seguinte, diz que o contribuinte continua alegando cerceamento de defesa por não apresentação dos documentos que deram origem a autuação e acaba por pedir a decretação da nulidade de todo auto de infração. Diz que a autuada esquece que as notas fiscais que deram origem ao auto de infração foram emitidas eletronicamente, estando, portanto disponível no sistema do contribuinte. Ainda que assim não fosse, os documentos listados são de propriedade do contribuinte e em suas mãos se encontram. O pedido de nulidade não se sustenta.

Em relação à infração 5, que diz respeito à retenção e recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Diz que os cálculos não são questionados. A alegação da defesa é de ilegalidade. Observa que o defendente fala no Código Tributário Nacional, em seu “art. 97 – *Somente a lei pode estabelecer: ... (IV) – a fixação de alíquota do tributo e de sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65*”, e “*que o Estado da Bahia sistematicamente edita decretos e/ou instruções normativas voltadas a regulamentar a tributação de determinadas operações através de Pauta Fiscal ou MVA, ao arrepio da Constituição Federal e do CTN*”.

Neste contexto, diz que, o exercício de sua atividade é vinculado, não lhe cabendo responder a estes questionamentos, mas apenas verificar a aplicação correta da legislação do ICMS. Autuação mantida.

Quanto à infração 9, não foi reconhecida nem questionada. Autuação mantida.

Isto posto, diz que, no aguardo da manifestação deste colendo CONSEF pelo provimento parcial do presente PAF que foi reduzido em R\$96.000,00, torna-se o presente PAF em R\$142.690,01 (cento e quarenta e dois mil, seiscentos e noventa reais e um centavo).

Às fls. 87/99, o sujeito passivo volta aos autos em sede de manifestação quanto a Informação Fiscal acostada aos autos, pelos Autuantes, na pessoa da Auditora Fiscal Maria Celia Riccio Franco, de fls. 82/83; onde não traz nada de novo em suas argumentações de defesa, apenas repisa o já exposto em sua defesa de fls. 60/71, exceto quanto a concordância da improcedência da infração 1, acatada pelos autuantes.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido

processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Preliminarmente, a defendente coloca em relevo aspectos de nulidade no que pertine às infrações 2, 3 e 4, sob a perspectiva de que trazem informações genéricas sobre os eventuais erros cometidos, bem assim por lhes denegar o acesso aos documentos que consubstanciam as autuações, arguindo ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa.

Entendo não restar razão ao defendente, vez que todas as infrações 2, 3 e 4, objeto em análise, estão com as suas respectivas descrições, enquadramentos e tipificações, claros e precisamente apresentados, contando ainda com demonstrativos constitutivos das autuações bem detalhados às fls. 23/28, que sob partes integrantes do CD/Mídia às fls. 43, entregues por Termo de Intimação, através da empresa Correios, na modalidade de A. R. (Aviso de Recebimento), com o registro de assinatura do recebedor, sem qualquer manifestação de recusa, no documento às fls. 57 dos autos, conforme rege a norma legal.

Portanto, o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto no art. 39, bem assim o art. 40, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, que normatiza sobre o que o auto deve conter, bem como o que se fará acompanhar para surtir seus efeitos jurídicos e legais, vigentes no Estado da Bahia.

No mérito, trata-se o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir imposto e multa no montante de R\$238.690,01, relativo a nove irregularidades caracterizadas na inicial às fls. 01/05 dos autos, tendo o autuado acatado as infrações 6, 7 e 8; mantido silente em relação à infração 9; e impugnado as demais infrações, sendo as infrações 2, 3 e 4 por nulidade e as infrações 1 e 5 por arguição de inexistência de utilização de crédito fiscal e ilegalidade na fixação da base de cálculo de apuração do imposto, respectivamente. Em sendo assim as infrações 6, 7, 8 e 9 estão sendo de pronto, consideradas procedentes, não fazendo parte da lide. Assim, a contenda se restringe apenas às infrações 2, 3 e 4, por arguição de nulidade, a qual foi afastada pelas considerações acima expostas, restando apenas as infrações 1 e 5, que a seguir passo a manifestar.

A Infração 1, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à transferência interestadual de bem do ativo imobilizado, na forma do demonstrativo à fl. 14 dos autos, com lançamento de imposto no valor de R\$96.000,00, com enquadramento no art. 30, inc. I, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 3280, inc. XVI, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que procedeu ao empréstimo de um maquinário integrante de seu ativo fixo imobilizado, tendo emitido notas fiscais de remessa (fls. 74/76) e, posteriormente, emitido notas fiscais de retorno das mercadorias (fls. 77/79), onde assevera que, em momento algum, se creditou de quaisquer impostos decorrentes dessa operação, em especial em razão da não incidência do ICMS na referida circulação.

Ao tomar conhecimento dos fatos, em sede de informação fiscal, às fls. 82 dos autos, os d. Autuantes acatam as considerações de defesa, com a apresentação das documentações (fls. 74/79) pelo sujeito passivo e pedem a improcedência da autuação, em relação ao item 1 do Auto de Infração, em tela. Em sendo assim, não vendo nada que desabone o pedido de improcedência, coaduno com pedido dos autuantes de considerar improcedente a Infração 1.

A Infração 5, diz respeito ao sujeito passivo ter retido e recolhido a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta da descrição dos fatos que o

Contribuinte Autuado utilizou a MVA de 100%, quando deveria ter utilizado a MVA de 114%, referente às operações ocorridas nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Lançado, portanto, ICMS no valor de R\$115.222,05, com enquadramento no artigo 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

Assim dispõe o artigo 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia e o artigo 289 do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados. (Grifo acrescido)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado. (Grifo acrescido)

...

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento. (Grifo acrescido)

Como tal, todas as mercadorias objeto do demonstrativo constitutivo da Infração 5, que diz respeito a “Água Mineral” constam do Anexo I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/92, onde a MVA estabelecida para apuração da base de cálculo da ST é de 114%, com a redação dada pela Resolução nº 13, de 25/04/2012, efeitos a partir de 01/01/2013; e não MVA de 100%, utilizada pelo defendente, como assim acusam os autuantes na descrição dos fatos da autuação.

Aliás, fato este não negado pelo defendente. Na realidade, a defesa do sujeito passivo, sobre este item da autuação, reside apenas na arguição de ilegalidade da aplicação de “pauta fiscal” e/ou “MVA” à espécie da infração apontada, consubstanciado nas disposições do art. 155 da CF/88, combinado com as disposições da Súmula nº 431 do STJ.

Saliento, entretanto, que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Cabe destacar, entretanto, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 do citado diploma legal, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o Fiscal Autuante, como bem destacado em sede de diligência fiscal, cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Nesse contexto, registro que o artigo 123 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo diploma legal.

Desta forma, não vendo nada que desabone a autuação, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos e suas bases de cálculo apurados consoante o levantamento de fls. 29/42, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 43, entendendo restar subsistente a Infração 5.

Por fim, não acolho o pedido para que seja relevada a penalidade aplicada ou, ao menos, reduzida, sob a alegação de que não houve falta de pagamento de imposto ou tampouco dolo, fraude ou simulação, visto que, além do autuado não ter logrado comprovar esta justificativa na sua totalidade, considerando que no próprio auto de infração em comento restou caracterizado descumprimento de obrigação principal nas infrações 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 que foram apuradas através de levantamento fiscal, em que pese não tenha sido caracterizado por dolo, fraude ou simulação; como se trata de pedido de redução de multa decorrente de descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar tal pedido no que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	96.000,00	0,00	-----	IMPROCEDENTE
02	797,98	797,98	60%	PROCEDENTE
03	1.071,47	1.071,47	60%	PROCEDENTE
04	5.153,66	5.153,66	60%	PROCEDENTE
05	115.222,05	115.222,05	60%	PROCEDENTE
06	7.081,93	7.081,93	60%	RECONHECIDA
07	1.071,50	1.071,50	150%	RECONHECIDA
08	5.728,09	5.728,09	150%	RECONHECIDA
09	6.563,33	6.563,33	-----	RECONHECIDA
Total	238.690,01	142.690,01		

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 **108595.0002/17-2**, lavrado contra **ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$136.126,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$129.327,09 e 150% sobre R\$6.799,59, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$6.563,33**, previstas no inciso IX, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Janeiro de 2018.

JOÃO VICENTE COSTA NETO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR