

A. I. Nº - 269130.3005/16-8
AUTUADO - AGNALDO LEAL SANDES
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO- INTERNET 09.04.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-02/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Valores identificados no Resumo da Conta Corrente Fiscal constante nos autos. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. REMETENTE NÃO INSCRITO NA BAHIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, são “São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: (.....)XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.” No caso, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar, visto que o remetente não possuía inscrição na Bahia. Argumentos defensivos não elidem a imputação. 4. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. 4. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/12/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de **R\$100.926,77**, apurado conforme demonstrativos constantes na mídia digital à fl. 33, em razão das seguintes infrações:

01 - 03.02.04 - Recolheu a menor ICMS no valor de R\$9.975,15, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a março de 2014, e março de 2015.

02 – 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$37.396,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da

Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2012, julho e agosto de 2014.

03 – 07.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$8.081,16, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária, nos meses de junho, setembro e novembro de 2015.

04 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015. Multa no valor de R\$42.713,96.

05– 16.04.01 – Deixou de apresentar livros fiscais relativos aos anos de 2011, 2012 e 2013, quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$2.760,00.

Mídia digital (CD) contendo todos demonstrativos e documentos – fl.33.

O contribuinte autuado foi cientificado da autuação em 16/03/2017 por meio do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, fl.35, e em 12/04/2017, através do Processo SIPRO nº 060152/2016-0, fls.37 a 52, o autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, apresentou tempestivamente defesa administrativa, na qual destaca que como se pode constatar desde o início da folha nº 02 do auto de infração em comento, a autuante descreve que **apurou** as seguintes irregularidades:

- 1- Como infração 01, a falta de apresentação de documentos quando regularmente intimado e, no entanto, dá enquadramento legal para a infração de **recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.***
- 2- Como infração 02, a falta de escrituração de documentos fiscais nas EFD e, no entanto, dá enquadramento legal para a infração de **falta de recolhimento da diferença de alíquotas.***
- 3- Como infração 04, a falta de recolhimento de ICMS por diferencial de alíquota e, no entanto, dá enquadramento legal para a infração de **entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.***
- 4- Com relação a apuração da infração 03 e sua imputação, embora não ocorra divergência e nem falte clareza, a denodada autuante, deixa de observar o devido processo legal, na medida que não apresenta as provas da impossibilidade de exigir o cumprimento da obrigação tributária do substituto tributário(remetente), como determina o RICMS/BA.*
- 5- Como infração 05, o erro de cálculo do ICMS normal em razão da utilização indevida de créditos tributários e, no entanto, dá enquadramento legal para a infração de **falta de apresentação de livro fiscal quando regularmente intimado.***

Ressalta que, como se verá no decorrer desta peça impugnativa, foram muitos os equívocos ocorridos na ação fiscal sub examine, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, culminando na lavratura do auto de infração em tela, razão pela qual este Egrégio Órgão Julgador se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

No tópico denominado DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO, apresenta razões de fato para impugnação do auto de infração, invocando princípios de Direito, destacando que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à **obediência ao princípio da reserva legal.**

Comenta que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade, ou seja, que deve obediência ao princípio da imparcialidade. Transcreve trecho publicado na Revista dos Tribunais sobre o tema.

Com base nisso, assevera que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Prosseguindo, argui que, como retro explicitado, o lançamento em tela não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações imputadas pela autuante, em virtude da existência de uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas.

No caso da infração 01, alega existência de incongruência entre o teor da acusação fiscal, **“Recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto”** e o constante na descrição dos fatos, onde é declarado que o autuado, **“Deixou de apresentar documentos quando regularmente intimado”**.

Diz que o mesmo também ocorre na infração 02, em que se observa a divergência entre o teor da acusação fiscal **“falta de recolhimento da diferença de alíquotas”** e o constante na descrição dos fatos, **“falta de escrituração de documentos fiscais nas EFD”**.

Em relação à infração 04, diz que a incongruência surge do teor da acusação fiscal, “entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal”, e o constante na descrição dos fatos, “falta de recolhimento de ICMS por diferencial de alíquota”.

Pelo acima alinhado, sustenta restar patente que o fulcro da autuação não corresponde ao indicado na infração. Nestes termos, argumenta que fica evidenciado o cerceamento de defesa, em face da dificuldade, que emerge desse óbice para que o sujeito passivo se defenda plenamente nos autos de acusação dúbia.

Dessa forma, aduz que a inobservância do devido procedimento legal revela insegurança jurídica quanto à acusação imputada ao autuado, cerceando seu direito de defesa, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Nesse sentido, dizendo que o Conselho Estadual da Fazenda – CONSEF já assim decidiu, transcreveu os Acórdãos **JJF Nº 0202-05/16; JJF Nº 0263-03/16; e JJF Nº 0236-04/16**.

Com relação à apuração da infração 03 e sua imputação, aduz que embora não ocorra divergência e nem falte clareza, a fiscalização deixou de observar o devido processo legal, na medida que não apresenta as provas da impossibilidade de exigir o cumprimento da obrigação tributária do substituto tributário (remetente).

Ou seja, diz que a autuante atribui responsabilidade tributária ao substituído, sem apresentar qualquer prova da impossibilidade de obter do remetente o pagamento do ICMS devido por ter esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser por ela, autuante, comprovada formalmente.

Frisa que a responsabilidade dos destinatários no caso de existência de Convênio ou Protocolo é supletiva, valendo dizer que estes não estão obrigados a efetuar o recolhimento do imposto, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do remetente.

Sobre o tema, para sustentar que assim já foi decidido, transcreve Ementas do Conselho Estadual da Fazenda – CONSEF, representadas pelos Acórdãos **JJF Nº 0059-01/10; CJF Nº 0015-12/11; e JJF Nº 0080-01/10**.

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0059-01/10 EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO POR SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO SITUADO EM OUTRO ESTADO. Restou comprovado que o autuado na qualidade de substituto tributário não efetuou a retenção e o consequente recolhimento do imposto devido. A responsabilidade dos destinatários no caso de existência de Convênio ou Protocolo é supletiva, valendo dizer que estes não estão obrigados a efetuar o recolhimento do imposto, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do remetente. A obrigatoriedade por parte dos destinatários surge apenas quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser comprovada formalmente. Elementos de provas apresentados pelo impugnante elidem parte deste item da autuação. Infração parcialmente caracterizada. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infração reconhecida. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

2 a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0015-12/11 EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do destinatário das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Deveria recair sobre o remetente das mercadorias, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, em virtude de Protocolo. Infração nula. A Decisão prolatada se apresenta correta, devendo ser mantida em sua inteireza. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0080-01/10 EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Nos termos do Convênio n. 45/99 c/c o art. 379, §1º do RICMS/BA, cabe ao remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. A responsabilidade do destinatário no caso de existência de Convênio ou Protocolo é supletiva, valendo dizer que este não está obrigado a efetuar o recolhimento do imposto, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do remetente. A obrigatoriedade por parte do destinatário surge apenas quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser comprovada formalmente. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Nesse sentido, argumenta que a infração em comento padece de motivação, e transcreve trechos de lições de renomados professores de direito tributário.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, o autuado REQUER, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF decrete a NULIDADE do auto de infração em tela.

A autuante ao prestar informação fiscal, folhas 71 a 77, concorda que o auto de infração realmente apresenta um desencontro entre a numeração das infrações descrita no corpo do processo e a numeração encontrada no demonstrativo de débitos.

Justifica que o programa de elaboração de auto de infração da Sefaz organiza as infrações automaticamente pela sua tipologia. No caso, diz que no corpo do auto as infrações foram organizadas a partir de outro critério.

Apresenta uma tabela das infrações como listadas no auto, correlacionando-as, a saber:

<i>Nº da infração no enquadramento</i>	<i>Enquadramento / Demonstrativo de débito</i>	<i>Nº da infração na Descrição</i>	<i>Títulos das infrações no corpo do auto</i>
<i>Infração 1</i>	<i>Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto</i>	<i>Infração 5</i>	<i>Erro no cálculo do ICMS normal em razão da utilização indevida de créditos tributários</i>
<i>Infração 2</i>	<i>Deixou de recolher ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento</i>	<i>Infração 4</i>	<i>Falta de recolhimento de ICMS por diferencial de alíquota na aquisição de ativo imobilizado</i>

<i>Infração 3</i>	<i>Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior</i>	<i>Infração 3</i>	<i>Falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária total-modalidade substituição tributária</i>
<i>Infração 4</i>	<i>Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal</i>	<i>Infração 2</i>	<i>Falta de escrituração de documentos fiscais as EFD</i>
<i>Infração 5</i>	<i>Deixou de apresentar Livro(S) Fiscal(is) quando regularmente intimado</i>	<i>Infração 1</i>	<i>Falta de apresentação de documentos quando regularmente intimado</i>

Observa que os títulos são suficientemente claros para que não haja nenhuma dificuldade em se realizar este cruzamento, de modo que não se pode falar em confusão e cerceamento de defesa.

Aduz que com o fim de pacificar melhor o entendimento sobre as infrações, passa a adotar a sequência informada pelo programa de elaboração de autos. Com isso, a Descrição das Infrações passa a ser:

" Infração 01_ Utilização indevida de créditos tributários.

A empresa transcreveu no registro E110 créditos incorretos ou inexistentes, cabendo seu estorno.

No registro E110 podem ser vistos transportes de créditos de valores inexistentes o que reflete no cálculo do ICMS dos meses seguintes.

A planilha " _AI05_Utilização incorreta de créditos" traz a tabela E110 onde os cálculos da fiscalização são destacados em colunas de fundo verde.

Os novos cálculos informam que houve imposto a recolher nos seguintes meses:

<i>AnoMes E110</i>	<i>Valor do diferença entre o Saldo apurado pela fiscalização e o ICMS a recolher apurado pelo contribuinte</i>	
<i>A</i>	<i>B</i>	
<i>1401</i>	<i>R\$</i>	<i>1.872,87</i>
<i>1402</i>	<i>R\$</i>	<i>696,84</i>
<i>1403</i>	<i>R\$</i>	<i>6.432,10</i>
<i>1503</i>	<i>R\$</i>	<i>973,34</i>

Infração 02 - Falta de recolhimento de ICMS por diferencial de alíquota na aquisição de ativo imobilizado.

Ao analisar as NFe's observou-se a aquisição interestadual de produtos de ativo imobilizado, como caminhões e computadores. Como a empresa não escritura CIAP, cabe cobrança de diferencial de alíquota (DIFAL).

Os caminhões são beneficiados com redução de base de cálculo de 48,1%, de acordo com a Lei 10.485/2002.

A planilha “_AI04_Cálculo do DIFAL a recolher” apresenta as seguintes tabelas:

- a- Tabela “_F01_NFe_DIE_DIFAL” onde identifica as notas e respectivos itens cobrados, a base de cálculo do DIFAL, a alíquota aplicável e o valor a recolher.
- b- Repete a tabela de recolhimentos do contribuinte onde se verifica que não houve pagamentos com o código do DIFAL (0791);
- c- Tabela “Resumo do apuração_EFDe110” que informa que não houve débitos devido ao DIFAL no cálculo do imposto a pagar mensal;
- d- Tabela “CIAP Registro C110” mostrando que o contribuinte não a escritura;
- e- Tabela “Total Mensal DIFAL a recolher” cujo conteúdo é autoexplicativo.

Cabe a cobrança de DIFAL, conforme tabela abaixo:

AnoMes	Total DIFAL
1212	R\$ 184,20
1407	R\$ 18.787,80
1408	R\$ 18.424,50

Infração 03 - Falta de recolhimento de ICMS por Antecipação Tributária Total – modalidade substituição tributária

Ao se calcular a antecipação tributária foram observadas compras de mercadorias sujeitas à antecipação tributária total por substituição cujo imposto não havia sido destacado ou recolhido, uma vez que o remetente não possui inscrição especial na Bahia.

Produtos, base de cálculo, MVA e imposto a recolher podem ser vistos nas diversas tabelas da Planilha _AI03_ Falta de recolhimento de ICMS por Antecipação Tributária Total :

- a- Tabela _E16_NFeE_itensST61 onde se mostra o MVA, a base de cálculo e o valor da antecipação total calculada.
- b- Tabela _E18_NFeE_ST61mes onde aparecem os totais mensais da AT calculada
- c- Tabela com os valores totais mensais por receita recolhidos pelo contribuinte.

Como pode ser visto na tabela _C03_Sigat_totReceita não houve recolhimento com código de receita relativo à antecipação total pelo contribuinte. Agnaldo Sandes não está credenciado. Os valores calculados são exatamente os que devem ser recolhidos.

AnoMes Nfe	ICMS_AT
1506	R\$ 3.541,83
1509	R\$ 968,95
1511	R\$ 3.570,38

Infração 04 - Falta de escrituração de documentos fiscais nas EFD.

A tabela _C01_EFDc100xNFe da planilha _AI02_EFDc100xNFe traz a correlação entre o registro EFDc100 e as NFe's do plantel da SEFAZ BA. O campo “Origem do Documento” informa se o documento foi escriturado no registro EFDc100 ou não. Quando o documento foi escriturado aparece a indicação “EFD” ou “EFD_NFe”. A indicação NFe indica que o documento não foi escriturado.

A tabela _C02_NFe_n_escriturada, da mesma planilha, traz apenas a lista das NFe's não escrituradas, para melhor visualização.

Os valores totais por mês da multa formal podem ser encontrados na terceira e última tabela da planilha:

Tabela AI_02c Totais Mensais da multa por não escrituração de documentos

<i>AnoMes Nfe</i>	<i>Valor Total das Nfes não escrituradas</i>	<i>Multa</i>
1401	R\$ 1.125,00	R\$ 11,25
1402	R\$ 14.255,99	R\$ 142,56
1404	R\$ 875,00	R\$ 8,75
1405	R\$ 282,00	R\$ 2,82
1406	R\$ 34.750,00	R\$ 347,50
1407	R\$ 371.308,30	R\$ 3.713,09
1408	R\$ 456.691,08	R\$ 4.566,91
1409	R\$ 109.717,87	R\$ 1.097,18
1410	R\$ 88.202,89	R\$ 882,03
1411	R\$ 203.474,45	R\$ 2.034,74
1412	R\$ 146.019,02	R\$ 1.460,19
1501	R\$ 134.230,66	R\$ 1.342,31
1502	R\$ 53.560,26	R\$ 535,60
1503	R\$ 174.698,12	R\$ 1.746,98
1504	R\$ 114.941,85	R\$ 1.149,41
1505	R\$ 303.949,37	R\$ 3.039,49
1506	R\$ 410.051,26	R\$ 4.100,54
1507	R\$ 292.157,52	R\$ 2.921,57
1508	R\$ 376.196,79	R\$ 3.761,97
1509	R\$ 291.105,77	R\$ 2.911,06
1510	R\$ 301.243,42	R\$ 3.012,44
1511	R\$ 194.759,16	R\$ 1.947,59
1512	R\$ 195.800,06	R\$ 1.958,01

Infração 05 - Falta de apresentação de documentos quando regularmente intimado.

Em 11 de outubro de 2010 a empresa Agnaldo Leal Sandes foi intimada, via Domicílio Eletrônico Tributário, para apresentação de livros e documentos relativos aos anos de 2011, 2012 e 2013 (intimação 16/01 e 16/02, em anexo). Como pode ser visto nos registros do sistema DET da secretaria da Fazenda, o contribuinte tomou conhecimento da intimação dia 21 do mesmo mês.

Não havendo apresentado os documentos foi novamente intimado em 22 de novembro de 2016 (intimações 16/03 e 16/04, igualmente em anexo).

Até a presente data as intimações não foram atendidas.

Cabe multa formal.

Devido ao seu tamanho, todas as planilhas que acompanham o auto de infração não foram impressas. Podem ser encontradas no CD de arquivos magnéticos anexo ao auto.

O contribuinte foi intimado por meio de seu Endereço Tributário Eletrônico."

Em seguida, a propósito da infração 03, falta de recolhimento de substituição tributária, a fiscalização, informa no corpo do auto, que não há destaque do tributo nas notas fiscais, e que

esta afirmativa pode ser verificada na tabela "_E16_NFeE_itensST61" encontrável na planilha "_AI03_Falta de recolhimento de ICMS por Antecipação Tributária Total".

Ano Mes NFe	CFOP NFe	UF emitente NFe	BC_ST61	MVA	ST_61	Produto NFe	Valor BC ST destacada na NFe	aliquota ICMS ST na NFe	Valor ICMS ST destacado na NFe	nº NFe	nº Item NFe	Chave NFe
1304	6101	PE	0,00	0	0,00	FT ESPECIAL 50KG SUPREMA	0	0	0	86623	1	#261304840461010535565510100
1305	6101	PE	0,00	0	0,00	FT ESPECIAL 50KG SUPREMA	0	0	0	93542	1	#261305840461010535565510100
1506	6101	SP	1.495,00	0,2	200,33	ESPAGUETE SEMOLA 20 x 500g (AZUL)	0	0	0	34984	1	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	480,00	0,2	64,32	PARAFUSO SEMOLA 20 x 500g (AZUL)	0	0	0	34984	2	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	240,00	0,2	32,16	PADRE NOSSO SEMOLA 20 x 500g (AZUL)	0	0	0	34984	3	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	161,00	0,2	21,57	FURADINHO SEMOLA 20 x 500g (AZUL)	0	0	0	34984	4	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	1.560,00	0,2	209,04	ESPAGUETE OVO 20 x 500g (VERMELHO)	0	0	0	34984	5	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	500,00	0,2	67,00	PARAFUSO OVO 20 x 500g (VERMELHO)	0	0	0	34984	6	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	250,00	0,2	33,50	PADRE NOSSO OVO 20 x 500g (VERMELHO)	0	0	0	34984	7	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	168,00	0,2	22,51	FURADINHO OVO 20 x 500g (VERMELHO)	0	0	0	34984	8	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	15.776,00	0,2	2.113,98	ESPAGUETE OVO ODELCIA 20 x 500g	0	0	0	34984	9	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	4.144,00	0,2	555,30	PARAFUSO OVO ODELCIA 20 x 500g	0	0	0	34984	10	#351506482051570001805500100
1506	6101	SP	1.657,60	0,2	222,12	PADRE NOSSO OVO ODELCIA 20 x 500g	0	0	0	34984	11	#351506482051570001805500100

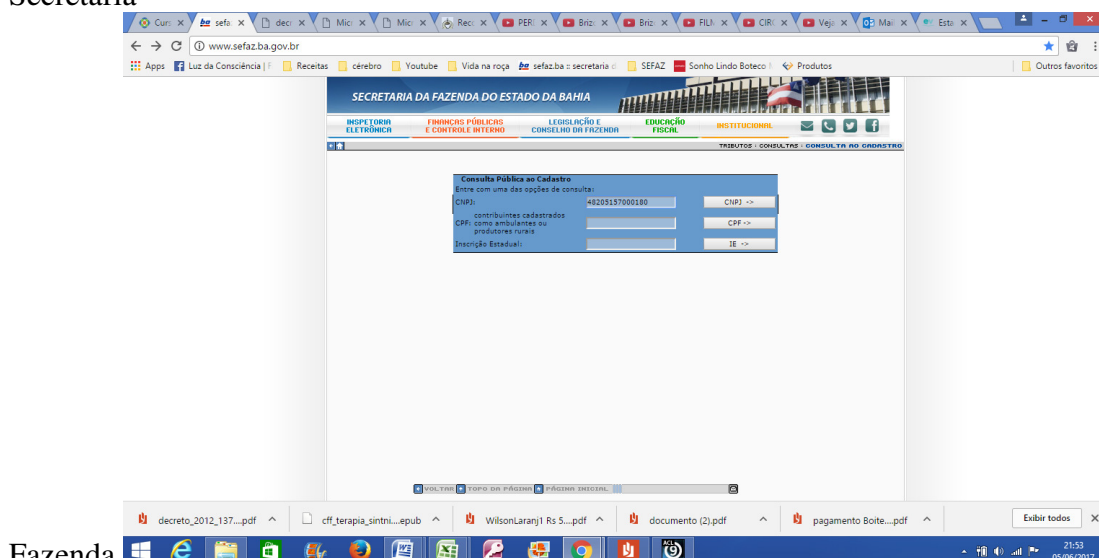
Além disso, diz que ainda no corpo do auto, informa-se que não há GNRE no plantel de recolhimentos encontrado no SIGAT, e que esta afirmativa é verificável na tabela "Recolhimentos", também encontrável na Planilha "_AI03_Falta de recolhimento de ICMS por Antecipação Tributária Total".

AnoMes SIGAT	Código da Receita	Descrição da Receita	VALOR	Ocorrências
1211	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 293,19	2
1212	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 174,72	1
1302	759	ICMS Normal	R\$ 1.626,18	1
1303	759	ICMS Normal	R\$ 906,00	1
1304	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 596,82	1
1305	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 1.873,35	4
1306	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 302,11	2
1307	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 403,25	1
1308	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 691,81	8
1309	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 505,60	2
1310	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 1.527,89	4
1311	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 615,69	1
1312	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 832,23	6
1401	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 217,83	2
1402	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 111,85	2
1403	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 1.979,81	6
1403	759	ICMS Normal	R\$ 5.355,43	1
1404	2175	ICMS Antecipação Parcial	R\$ 15,78	1
1404	759	ICMS Normal	R\$ 1.701,18	1

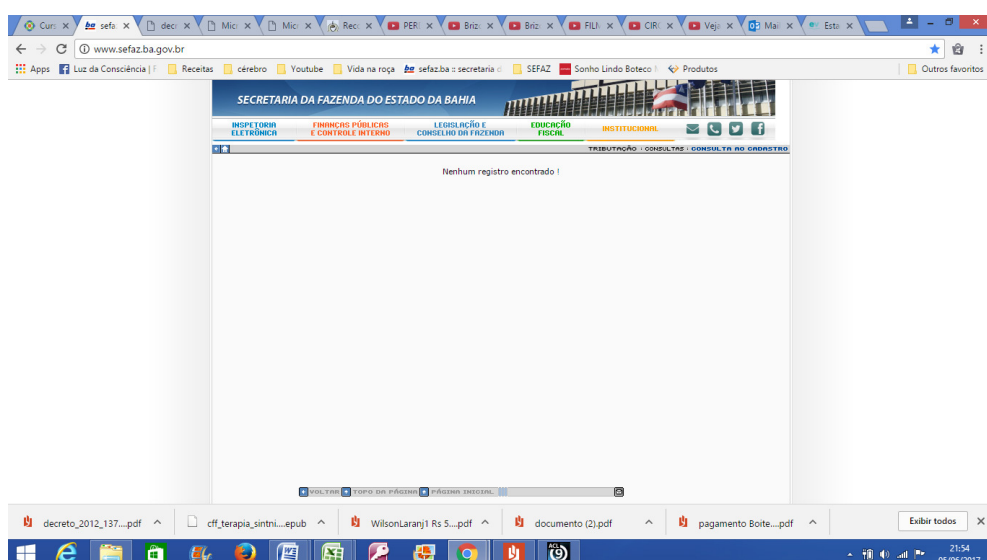
Salienta, também, que a empresa remetente não possui inscrição estadual na Bahia, não sendo, portanto, diretamente alcançável pelo fisco baiano, o que pode ser verificado no próprio site da

Secretaria

da



Fazenda.



Com isso, aduz que estão atendidas e **provas** todas as condições necessárias para que se cobre, de Agnaldo Sandes, o ICMS por substituição relativo às mercadorias da tabela "E16_NFeE_itensST61" .

"Art. 8º § 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado."

Conclui pela manutenção integral do auto de infração.

Consta às fls. 77 e 78, Processo SIPRO nº 111047/2017-8, referente intimação expedida em 13/07/2017, via DTE – Domicilio Tributário Eletrônico, para que o sujeito passivo se manifestasse sobre a inserção de elementos novos ao PAF por ocasião da informação fiscal de fls. 71 a 76, porém, no prazo estipulado manteve-se silente.

Em cumprimento ao artigo 138 do RPAF/99, tendo sido efetuada a avaliação dos elementos constantes nestes autos, em 11/01/2018, o Relator deu como concluída a instrução, e encaminhou o processo à Secretaria do CONSEF para ser pautado para julgamento.

Em 31/01/2018, o contribuinte autuado através do Processo SIPRO nº 060152/2016-0, fls. 83 a 94, por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, apresentou defesa administrativa complementar, fundamentada no seguinte:

Alega que a autuante deixou de observar que o Contribuinte autuado encontra-se inscrito no CAD - ICMS sob o regime normal de apuração do imposto, e desse modo está obrigado a efetuar a escrituração fiscal digital - EFD desde 01/01/2012.

Nesse sentido, diz que a autuante não poderia lavrar as intimações em anexo (Doc.01) exigindo que o sujeito passivo apresentasse, dentro de 05 (cinco) dias, livros e documentos fiscais em papel e em arquivo magnético, como consta do corpo do auto de infração em comento, no campo da descrição dos fatos relativos à infração 01, ao afirmar que até a presente data as intimações não foram atendidas e imputa como infração 05, **a falta de apresentação de livros fiscais**.

Dessa forma, sustenta que não merece prosperar a ação fiscal por inobservância do devido processo legal, não só pela irregularidade da intimação que solicita a apresentação de livros e documentos fiscais que o sujeito passivo deixou de ser obrigado a escriturar desde 01/01/2012, como também porque as intimações não concederam o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Neste tocante, sustenta que é indevido o lançamento que constituiu o crédito tributário em comento, porque foi efetuado com preterição dos princípios básicos que devem ser observados, uma vez que faltou a intimação prevista no parágrafo 4º do artigo 247 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12.

Cita e transcreve a jurisprudência do CONSEF em julgamentos onde foi firmado o entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando falta intimação ou quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual (Acórdão CJF Nº 0146-12/17; JJF Nº 0250-04/14; e CJF Nº 0146-12/17).

Além do acima exposto, argumenta que a autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem entregues ou retificados a EFD, é nula a referida infração por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual.

Conclui requerendo a NULIDADE do auto de infração em apreço pela inobservância do devido processo legal.

Anexou ao processo cópias das intimações constantes às fls.96 a 102.

VOTO

De acordo com as peças que compõem o presente PAF, o Auto de Infração em tela foi lavrado para exigir ICMS e MULTA decorrentes de 05 (cinco) infrações.

Sob aspecto formal, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está fundamentado no auto de infração que foi lavrado observando os atos e/ou procedimentos, e as disposições contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), visto que:

- a) Conforme consta à fl.03 e na informação fiscal de fl.75, a ação fiscal que resultou no auto de infração foi iniciada, mediante intimações expedidas em 16/01/2017 e 16/02/2017, via Domicílio Eletrônico Tributário (DTE), para apresentação de livros e documentos fiscais, consoante prevê o artigo 26, inciso III, combinado com o artigo 28, inciso II, do RPAF/99. O autuado em momento algum de sua impugnação se manifestou em sentido contrário, inclusive foi cientificado da aludida informação fiscal e manteve-se silente.
- b) O Termo de Encerramento da Fiscalização lavrado no corpo do auto de infração, fls.02 e 03, e o próprio Auto de Infração, se constituem um instrumento único, nos termos do art. 30, e contém todas as indicações determinadas nos incisos do artigo 28;
- c) O auto de infração contém todas as exigências previstas no artigo 39, eis que, foram anexados aos autos os demonstrativos, levantamentos e respectivos documentos elaborados pelo autor do feito, inclusive uma mídia digital, ou seja, contém as provas necessárias à demonstração dos fatos imputados.

- d) Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, foram fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, conforme assinatura de preposto do autuado no Termo de Cientificação da Lavratura do Auto de Infração constante à fl.35, inclusive uma mídia digital (CD) contendo tais demonstrativos, o que possibilitou o exercício da ampla defesa e do contraditório, conforme será analisado adiante.
- e) Sobre a alegação de que a fiscalização não concedeu o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, e que portanto, não poderia lavrar as intimações em anexo (fls.96 a 102) exigindo a apresentação, dentro de 05 (cinco) dias, de livros e documentos fiscais em papel e em arquivo magnético, constato não assistir razão ao defendente, visto que a concessão do prazo de trinta dias se aplica aos casos em que a fiscalização expede intimação para entrega da EDF ou entregue com inconsistências. No caso as intimações foram expedidas solicitando apresentação de livros fiscais.

Portanto, ante o acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Das cinco infrações contempladas no auto de infração, o sujeito passivo, em sua impugnação, sem adentrar no mérito, alegou que há discrepância entre as descrições das infrações 01, 02, 04 e 05, apontadas no auto de infração e os respectivos enquadramentos, resultando em cerceamento do seu direito de defesa, em razão da "falta de clareza e segurança". No caso de infração 03, o sujeito passivo alegou que, embora não haja divergência nem falte clareza à imputação da infração, faltam provas de que não é possível exigir o cumprimento da obrigação tributária do remetente da mercadoria, o verdadeiro sujeito passivo de acordo com o RICMS/BA, segundo o defendente.

Além disso, invocando obediência ao princípio da reserva legal e ao princípio da imparcialidade, discorreu detalhadamente a respeito das discrepâncias que entende existir no processo, para afirmar que *"o lançamento em tela não contém elementos suficientes para determinar com segurança as infrações imputadas (...) diante da desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal"*, por serem situações distintas.

Por conta disso, suscitou a nulidade do auto de infração.

Analisando a preliminar de nulidade acima, em que pese a fiscalização ter obedecido as disposições contidas no RPAF/99, acima comentadas, verifico que de fato existe um desencontro com as numeração das infrações constantes no Termo de Encerramento da Fiscalização indicadas com os números Infração 01, Infração 02, etc., para as consignadas no Auto de Infração sob os códigos Infração 01 – 03.02.04, Infração 02 – 06.01.01, etc, fato reconhecido pela própria autuante em sua informação. O mesmo correndo em relação às demais infrações.

Acolho a justificativa da autora do feito de que o programa de elaboração de auto de infração da Sefaz organiza as infrações automaticamente pela sua tipologia, e que no corpo do auto de infração as infrações foram organizadas a partir de outro critério.

Contudo, constato que na informação fiscal, a autuante elaborou uma tabela, fls.72 e verso, contendo as infrações que foram apuradas no trabalho fiscal, correlacionando-as com as infrações que foram descritas no Termo de Encerramento da Fiscalização (TEF) de fl.02 e 03, com as infrações indicadas no corpo do Auto de Infração (AI).

Para melhor entendimento, tomando por base a ocorrência apurada relativa a *"Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto"*, foi lançada no AI como Infração 01 – 03.02.04, e no TEF consta como infração 05, e corresponde exatamente a este fato, inclusive consta em ambos que a origem do imposto decorre do erro do cálculo do imposto devido.

Além disso, diante da preliminar suscitada na defesa, como dito acima, a autuante na informação

fiscal, além da tabela de fls.72 e verso, prestou todos os esclarecimentos necessários, fornecendo os motivos ensejadores da conclusão fiscal, com a especificação dos documentos fiscais que originaram tal conclusão, inclusive em relação a todas as demais infrações, os quais, restaram claros que são suficientes para o entendimento das imputações, e consequentemente, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Cabe consignar, ainda, que através do Processo SIPRO nº 111047/2017-8, fls. 77 e 78, foi expedida intimação em 13/07/2017, via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, para que o sujeito passivo se manifestasse sobre os esclarecimentos acima prestados por ocasião da informação fiscal de fls.71 a 76, porém, no prazo estipulado manteve-se silente, razão que me leva a aplicar ao caso o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Ressalto que o art. 39, inciso III do RPAF/BA, prevê que “o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta”.

Já o § 1º do artigo 18, do mesmo regulamento, reza *in verbis*:

Art. 18. São nulos:

(....)

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

O artigo 47, por sua vez: *Na lavratura do Auto de Infração, ocorrendo erro não passível de correção, deverá o Auto ser cancelado pelo Inspetor Fazendário, por proposta do autuante, até antes do seu registro no sistema de processamento, com o objetivo de renovar o procedimento fiscal sem falhas ou incorreções, se for o caso.*

E o artigo 19, dispõe que: A indicação 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.

No presente processo, pelo acima alinhado, entendo que se trata de incorreção eventual passível do saneamento previsto no § 1º do art.18 do RPAF/BA, considerando que a discrepância na numeração das infrações no TF para as consignadas no TEF, não se caracterizam como erro na indicação do fulcro da autuação, constituindo, assim, um vício perfeitamente sanável, tendo em vista que pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal.

Trata-se, portanto, de vício passível de correção no curso do processo, haja vista que a correção, não implicou mudança no fulcro das imputações fiscais, e o autuado ao ser cientificado da informação fiscal teve todas as oportunidades de se defender dos fatos que foram objeto da preliminar de nulidade.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade arguída na peça defensiva, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99, em especial, no inciso IV, alínea “a”, haja vista que o lançamento de ofício contém todos os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Nestas circunstâncias, restou perfeitamente possível dar prosseguimento ao processo na forma que se encontra, tendo em vista que o referido lançamento não foi constituído com preterição do direito de defesa, existindo para o contribuinte autuado segurança quanto às infrações apontadas, na medida em que as correções na numeração das infrações apontadas no campo “infração” e os fatos objeto das exigências fiscais, não implicam mudança no fulcro das imputações fiscais.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade arguídas na peça defensiva, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, em relação às infrações 01, 02, 04 e 05, as imputações dizem respeito a: erro de cálculo do ICMS normal em razão da utilização indevida de créditos tributários; falta de recolhimento de ICMS por diferencial de alíquota; falta de escrituração de documentos fiscais nas EFD; e falta de apresentação de livros fiscais, quando regularmente intimado, respectivamente, constato que a fiscalização trouxe aos autos a comprovação das acusações fiscais, mediante a juntada de demonstrativos de apuração dos respectivos débitos constante na mídia digital que foi entregue ao sujeito passivo. Considero subsistentes os valores lançados no auto de infração, visto que a arguição de nulidade do sujeito passivo não prosperou, e o autuado teve todas as oportunidades de elidir a legitimidade dos créditos tributários correspondentes e não o fez.

Como infração 03, a acusação fiscal diz respeito à ocorrência de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$8.081,16, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária, nos meses de junho, setembro e novembro de 2015.

Consta na mídia digital o demonstrativo de apuração da falta de recolhimento do ICMS-ST referente às notas fiscais nº 1506, 1509 e 1511.

O lançamento tributário deste item, foi impugnado com base na alegação de que a fiscalização não apresentou as provas da impossibilidade de exigir o cumprimento da obrigação tributária do substituto tributário (remetente), ou seja, que foi atribuída ao autuado a responsabilidade tributária ao substituído, sem apresentar qualquer prova da impossibilidade de obter do remetente o pagamento do ICMS devido por não ter sido esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser por ela, autuante, comprovada formalmente.

Realmente a responsabilidade dos destinatários no caso de existência de Convênio ou Protocolo é supletiva, valendo dizer que estes não estão obrigados a efetuar o recolhimento do imposto, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do remetente.

Contudo, no caso, a autuante em sua informação fiscal comprovou que não existe o destaque do tributo nas notas fiscais, tendo colado foto da tabela "*E16_NFeE_ItensSST61*" constante na planilha "*A103_Falta de recolhimento de ICMS por Antecipação Tributária Total*" existente na mídia digital anexa aos autos, que foi entregue ao autuado, bem como, da tela comprovando que a empresa remetente não possui inscrição estadual na Bahia.

Reza o **Art. 6º**: “São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(.....)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.”

Além disso, a autuante comprovou que o estabelecimento remetente, nas datas dos fatos geradores, não estava inscrito no cadastro fazendário do Estado da Bahia nessa condição.

Sendo assim, restando comprovado que o estabelecimento remetente, nas datas dos fatos geradores, não estava inscrito no cadastro fazendário do Estado da Bahia nessa condição, o sujeito passivo responde solidariamente pelo recolhimento do ICMS-ST, nas operações objeto da lide.

Desta forma, concluo que foi atendida a condição prevista no Art. 8º § 5º do RICMS/97, havendo a devida motivação para a manutenção da exigência fiscal em questão. Infração subsistente.

Cabe consignar, que diante desta conclusão, as decisões do Conselho Estadual da Fazenda – CONSEF, citadas na defesa, representadas pelos Acórdãos JJF Nº 0059-01/10; CJF Nº 0015-12/11; e JJF Nº 0080-01/10, não se aplicam ao caso.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.3005/16-8**, lavrado contra **AGNALDO LEAL SANDES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.452,81**, acrescido das multas de 50% sobre R\$231,51 e de 60%, sobre R\$18.579,57, previstas no inciso II, alínea “a”, “f”, e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$45.473,96**, prevista no inciso XX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de março de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/ RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR