

A. I. Nº - 207668.0015/18-4
AUTUADO - MARIA DA GLORIA IVO MARTINS DA ROCHA
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-01/18

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. a) ANTECIPAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação às mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL As mercadorias adquiridas para fins de comercialização, não compreendidas entre aquelas sujeitas ao regime da substituição tributária. (Art. 12-A da Lei nº 7.014/96). O autuado não logrou apresentar provas favoráveis à sua defesa. **2. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS.** Resta comprovado que o autuado não efetuou o registro das notas fiscais eletrônicas, apontadas no demonstrativo fiscal das respectivas infrações, na sua EFD - Escrituração Fiscal Digital. Aplicada alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%, na infração 5. Retroatividade benigna que deve ser feita, com previsão no Art. 106, II, "c", do CTN - Código Tributário Nacional. Infrações subsistentes. **3. DECLARAÇÃO INCORRETA NAS INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA.** O contribuinte deveria entregar correta e mensalmente a respectiva DMA, a partir de 01.11.2014. Infração subsistente. **4. FALTA DE ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO. EFD.** Contribuinte deveria efetuar a entrega dos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, estando obrigado a fazê-lo, a partir de 01.11.2014, nos prazos previstos na Legislação. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/03/2018, exige crédito tributário de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$668.095,73 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (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 e/ou do exterior, conforme Levantamentos e Demonstrativos ST anexados ao PAF - ANEXO II, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e 2017. Valor R\$63.061,18. Multa 60%.

INFRAÇÃO 2 (07.01.02) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, conforme Levantamentos e Demonstrativos ST anexados ao PAF - ANEXO III, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril e maio de 2015. Valor R\$2.699,67. Multa 60%.

INFRAÇÃO 3 (07.24.03) - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme Levantamentos e Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO IV, nos meses maio de 2015, de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a novembro de 2017. Valor R\$442.476,57. Multa 60%.

INFRAÇÃO 4 (07.24.04) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme Levantamentos e Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO IV, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril, junho a dezembro de 2015, maio e dezembro de 2016. Valor R\$40.350,20. Multa 60%.

INFRAÇÃO 5 (16.01.01) - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO V, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e 2016, janeiro a outubro de 2017. Valor R\$106.163,65.

INFRAÇÃO 6 (16.01.02) - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO VI, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e 2016, janeiro a outubro de 2017. Valor R\$8.624,46.

INFRAÇÃO 7 (16.05.18) - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015. Valor R\$1.960,00. Art. 42, VIII, "c", alterada pela Lei nº 8.534/02;

INFRAÇÃO 8 (16.05.18) - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2014. Valor R\$2.760,00. Art. 42, XIII-A, "I".

Em peça defensiva apresentada pelo representante do autuado, fls. 163/177, de início, requer que as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada (devidamente constituídos mediante procuração anexa), no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC.

Descreve os fatos da autuação, argumentando que a autuante procedeu de forma irregular, na lavratura do presente Auto de Infração, uma vez que lhe falta competência legal, nos exercícios de 2014 e 2015, para apurar o ICMS pelo regime simplificado.

Explica que a própria legislação tributária do Estado da Bahia aponta qual a autoridade com competência para realizar o lançamento tributário, a teor do Artigo 42 do RPAF/BA, com redação em vigor a partir de 01/07/09, como será efetivamente demonstrado.

Ressalta que a fiscal também procedeu sem observar o devido processo legal, na medida em que imputa as infrações constantes do Auto de Infração, com base em escrituração não autorizada, uma vez que conforme consta da suposta infração 7, a Escrituração Fiscal Digital - EFD foi entregue zerada. Desse modo, comprovado que no período da autuação o Sujeito Passivo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da EFD, e tendo esta sido entregue em branco, descabe, portanto, considerar qualquer outra forma de escrituração.

Quanto às infrações 1 e 3, destaca que também foi também procedido de modo irregular, pois realizou cobrança de ICMS por antecipação total e parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc.

Sustenta que não há como manter as exigências constantes das supostas infrações, porque nelas existem parcelas significativas de mercadorias cuja fase de tributação se encontra encerradas.

Diz que segundo o art. 2º do RPAF/BA, o legislador baiano assegura aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Assinala os princípios constitucionais de direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Salienta que o CTN, Lei Complementar à Constituição, regula a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte, conforme o artigo 112 do CTN, que reza o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Assevera que a função fiscal tem exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido, controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, sujeitos à obediência ao princípio da reserva legal. Acrescenta que as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública, que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Explica o papel do administrador fiscal, como administrador público, registrando que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo não envolve interesse próprio, nem exerce um direito subjetivo do órgão fiscal, também não é parte credora de uma relação jurídica.

Argui que a ação da autoridade fiscal tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos; o tributo será tomado líquido e certo, exigido dentro da mais estrita legalidade. Deve o Fisco, integral imparcialidade na exigência do tributo devido, e sua fiscalização deve sujeitar-se ao princípio da reserva legal.

Afirma que as imputações ofendem as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público, seja pela inobservância do devido processo legal, seja pela falta de certeza e liquidez. Pede pela nulidade e/ou improcedência.

Reitera a incompetência da autoridade fiscal, nos exercícios de 2014 e 2015, que procedeu de forma irregular na lavratura do Auto de Infração, para apurar o ICMS pelo regime simplificado.

Verifica que a competência para fiscalização de empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio, é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Pontua que a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei nº 11.470/09, cabe aos Agentes de Tributos, que não detêm as mesmas competências para lavrarem Autos de Infração, em face dos contribuintes fora daqueles limites. Sustenta que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Colaciona Acórdão do CONSEF (A-0028-06/16; A-0261-01/13).

Com relação à EFD que foi entregue zerada, sustenta que comprovado o período da autuação, o sujeito passivo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da EFD, e tendo esta sido entregue em branco, descabe considerar qualquer outra forma de escrituração. Junta jurisprudência deste CONSEF (A-0324-01/13; A-0008-05/17; A-0090-04/17).

Alude falta de motivo para a autuação. Sustenta que não subsiste a exigência do pagamento de

ICMS por antecipação total/parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, e que sofreram substituição tributária, sendo mercadorias da cesta básica, isentas, para uso/consumo, etc., porque contraria a legislação que rege a matéria. Acostam Acórdão do CONSEF (A-0039-04/16; A-0017-11/15; A-0156-04/16).

No tocante às infrações 1 e 2, reafirma que falta motivo para se proceder com sua exigência, uma vez que as mercadorias relacionadas pela autuante se referem a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, com base de cálculo reduzida, mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc., como pode ser constatada através das notas fiscais a serem juntadas oportunamente (DOC 04).

Salienta que a agente fazendária não apurou mais detalhadamente a realidade material. Explica que quando comprou as mercadorias em outros Estados, teve base de cálculo reduzida, no qual infere que não há antecipação parcial a recolher, já que as saídas são feitas com carga tributária correspondente a 7%.

Refuta que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, “*in casu*”, sendo que carece de motivos que sustentem a autuação, visto que se trata de mercadorias que tiveram suas bases de cálculo reduzidas, as saídas correspondem à alíquota de 7%. Provada tal situação, a ação fiscal é improcedente, corroborando com entendimento consolidado deste Órgão. Ver acórdão do CONSEF (A-0040-05/15; A-0214-05/16).

Discorre sobre o princípio da motivação, conforme o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, reafirma que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do presente auto de infração, posto que é premissa exata que o auto de infração ou a notificação fiscal que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos “*ex radice*”, inconvalidáveis (STF, RTJ 79/478-490; HELY LOPES MEIRELES, Direito Administrativo Brasileiro. 15 ed. RT, SP 1990, pp. 174/175).

Aduz que o lançamento do crédito tributário configura ato de vontade pelo qual o poder público aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Reproduz os cinco elementos do ato administrativo consagrado pelo mestre Seabra Fagundes.

Consigna que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, conforme expressão utilizada no art. 3º do CTN; requer a nulidade e/ou improcedência da autuação.

Em nova petição, (fl. 188), o autuado requer, novamente, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da autuada, procuração anexa, com fulcro no art. 272, §5º do CPC, nos endereços eletrônicos jamileoliveira@oliveira-advogados.adv.br e juvenals.oliveira@hotmail.com.

A autuante presta informação fiscal, às fls. 199/203, reproduz as infrações, salientando que o estabelecimento (comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - CNAE 4712100), possui conta domicílio tributário eletrônico (DT-e) ativa, desde março de 2016, sendo devidamente intimada (10/01/2018) para apresentação de documentos fiscais, entrega de EFDs e ciência em 26/01 (decorrido o prazo legal de 15 dias após o envio), e leitura efetuada apenas em 29/01/18 (fls.17 e 18 do PAF).

Admite que o autuado integrou o Simples Nacional até 31/10/2014; passando a apurar o imposto pelo regime de Conta Corrente Fiscal a partir de novembro do mesmo exercício (2014).

Informa que foi indicada para fiscalização pelo Centro de Monitoramento Online – CMO, por suspeita de omissão de receita, uma vez ter efetuado compras tanto através de operações internas como interestaduais e vendas via cartão de crédito/débito, sem registros e sem recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS NO, Antecipação Parcial, ST. Diz que o mesmo possui vários processos fiscais.

Diz que o contribuinte apresentou DMAs dos meses de novembro e dezembro de 2017; alterou lançamentos das DMAs do exercício de 2016 e deu entrada em Denúncias Espontâneas após intimação e durante a ação fiscal (Auditoria Sumária).

Quanto à alegação de *incompetência da autoridade fiscal*, diz que o autuado (EPP), apura o ICMS, no regime de conta corrente fiscal, desde novembro do exercício de 2014, sendo que foi do Simples Nacional até outubro/2014, tendo descredenciamento em 31/10/14.

Explica que a fiscalização (OS 500127/18) foi direcionada e efetuada para o período de 01/11/2014 a 31/12/2017, sendo completamente descabidas as alegações da defesa quanto à falta de competência legal da autoridade fiscal, uma vez que não se trata de empresa do Simples Nacional desde novembro de 2014 e até então.

Sobre a alegação de *inobservância do devido processo legal pela utilização de escrituração fiscal não autorizada* (infração 7), repete que se trata de obrigação acessória, conforme previsão do Art. 255, §1º, inciso I do RICMS-BA), sendo que as DMAs mensais foram entregues com dados incorretos (Entradas/Saídas/Apuração zerados), mesmo tendo efetuado compras e vendas no período (novembro de 2014 a dezembro de 2015). Reafirma que não se referiu à apresentação de EFD zeradas.

Completa que a autuada deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de novembro e dezembro do exercício de 2017, descumprindo outra obrigação acessória (infração 8). Diz que as decisões que citou em seu favor, não são cabíveis, nem para a infração 7, nem para a infração 8.

Quanto à alegada falta de motivação, esclarece que as infrações 1 e 2, efetivamente, tratam de mercadorias da Substituição Tributária (Anexo 1 do RICMS/BA), adquiridas de outros Estados, para as quais não teve recolhimento ou foram recolhidos a menor (ICMS/ST), conforme demonstrativos de fls. 19 a 30 do PAF. As infrações 3 e 4 se referem à falta de recolhimento e o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial de mercadorias tributadas, vindas de outros Estados para comercialização. Demonstrativos de fls. 31 a 46 e 155/PAF.

Observa que os cálculos não foram contestados; que as notas eletrônicas interestaduais autorizadas (não registradas/lançadas nas DMAs e EFDs), estão listadas com seus devidos códigos de acesso. Assevera que intimou o autuado (15/05), para apresentar/juntar arquivo magnético da defesa, conforme determinação legal (fls.192 do PAF), o que não ocorreu, até a presente data.

Quanto às Infrações 5 e 6, também descumprimento de obrigações acessórias, uma vez que promoveu entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (EFDs DMAs), conforme NF-es de entrada autorizadas, elencadas nos ANEXOS V e VI do PAF (fls. 47 a 154), e que também não foram sequer citadas.

Sustenta que nada foi apresentado ou demonstrado que pudesse alterar os cálculos feitos nas auditorias efetuadas. Pede a procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração versa sobre a imputação fiscal descrita e relatada na inicial dos autos, que será objeto da apreciação nas linhas seguintes.

Preliminarmente, pede o autuado que as intimações alusivas ao presente processo sejam dirigidas exclusivamente aos seus advogados, no endereço indicado, sob pena de nulidade, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC.

Alega ainda, ausente a motivação para a lavratura de Auto de Infração, incompetência da autoridade fiscal para efetuar o lançamento tributário e a aplicação de interpretação mais favorável ao contribuinte, em conformidade com o Artigo 112, CTN.

Verifico que o contribuinte autuado, localizado nesse Estado da Bahia, aderiu ao Sistema de

Domicílio Tributário Eletrônico (DT – e), onde o contribuinte se encontra cadastrado, conforme faz prova os documentos, nos autos, às fls. 17/18.

Instituído pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014, o (DT – e) faz parte do Programa SEFAZ On-line, conjunto de iniciativas que se baseiam na nova realidade de dados digitais, para promover a maior aproximação entre a SEFAZ BA e os contribuintes. Através do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), o Fisco baiano encaminhará avisos, intimações, notificações e dará ciência de todos os tipos de atos administrativos aos contribuintes inscritos no cadastro do ICMS. A comunicação terá validade jurídica para todos os fins, preservando a segurança e o sigilo fiscal da informação.

Dessa forma, o não atendimento à solicitação para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam destinadas ao endereço do advogado do estabelecimento autuado, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, Art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

Inadmissível, outrossim, o argumento defensivo da falta de motivação no lançamento de ofício. Não há ausência de justa causa ou impropriedade na lavratura do Auto de Infração, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário pretensamente não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

O princípio da interpretação mais favorável ao contribuinte (art. 112, CTN), deve ser aplicado nos casos em que haja dúvidas. Funda-se, pois, na noção de que havendo dúvida não devem ser criados sacrifícios injustificados e desnecessários ao patrimônio do contribuinte, do que não trata o caso presente.

Quanto à alegação de *incompetência da autoridade fiscal*, diz que o autuado apura o ICMS no regime de conta corrente fiscal, desde novembro do exercício de 2014, sendo que foi do Simples Nacional até outubro/2014, tendo descredenciamento em 31/10/14.

Quanto à alegação de incompetência da autoridade fiscal, na lavratura do presente Auto de Infração, não tem razão o autuado, uma vez que o mesmo esteve enquadrado no Simples Nacional até 31/10/14. A partir de novembro de 2014, no cadastro normal de contribuintes, somente poderia ser fiscalizado por Auditor Fiscal.

O Código Tributário deste Estado – COTEBA (Lei nº 3.956/81) estabelece que:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

[...]

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

E o art. 7º da Lei nº 8.210/2002 (Alterada pela Lei nº 11.470/09) assim dispõe:

Art. 7º - São atribuições dos titulares dos cargos de Agente de Tributos Estaduais:

I - arrecadar receitas estaduais;

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

A competência dos Agentes de Tributos Estaduais para a constituição de créditos tributários, no Estado da Bahia, é residual. Limita-se à fiscalização de mercadorias em trânsito e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional. Em regra, compete aos Auditores Fiscais a tarefa de fiscalização e constituição de crédito tributário.

Superadas as questões adjetivas, no mérito, a primeira e a segunda infração tratam, respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS e do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Os demonstrativos que instruem as exigências foram acostados aos autos, às fls. 19/26 (infração 1), no total de R\$63.061,18. Para a infração 2, às fls. 27/29, no total de R\$2.699,67.

As exigências têm fundamento no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, reproduzida no art. 289, RICMS BA-12, vigente à época dos fatos, ao prescrever que 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, 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.

A Auditora Fiscal instruiu a exigência com demonstrativos circunstanciados, discriminando as notas fiscais de aquisição, data da entrada das mercadorias no estabelecimento, descrição do item, valor, margem de valor agregado, créditos fiscais, base de cálculo, ICMS ST apurado, valor recolhido (infração 2) ICMS-ST a recolher. Cópias do demonstrativo foram entregues regularmente ao contribuinte autuado.

O sujeito passivo não manejou a sua defesa de forma assertiva, discutindo os itens e valores exigidos, optando por alegar a falta de motivação, argumentando sinteticamente que o autuado relacionou aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte, por substituição tributária, sobre mercadorias isentas para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc., do que não trata o caso em concreto.

Durante a sessão ordinária de apreciação e julgamento, no momento da sustentação oral, a pedido dos advogados do autuado, aduzindo que poderia produzir provas no interesse das suas razões e mesmo do Processo Administrativo Fiscal - PAF, o julgador Olegário Miguez Dominguez pediu vistas dos autos, a fim de apreciar melhor a necessidade de apresentação de novos documentos de provas, oportunizando o pleito do sujeito passivo.

Na nova audiência, a defesa do autuado não logrou apresentar quaisquer provas em socorro à sua tese.

Diante do exposto, a infração 1 (R\$63.061,18) e a infração 2 (R\$2.699,67), restam devidamente caracterizadas.

Os itens 3 e 4 se referem à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, mas do cadastro normal de contribuintes e não como optante do Regime do Simples Nacional.

Os demonstrativos que instruem as exigências foram acostados aos autos, às fls. 31/46, para a infração 3, no total de R\$442.476,57; para a infração 4, no total de R\$40.350,20.

As mercadorias, objeto da exigência do ICMS antecipação parcial, são adquiridas para fins de comercialização e não estão compreendidas entre aquelas sujeitas ao regime da substituição tributária. Na antecipação tributária parcial (art. 12-A, da Lei nº 7.014/96), sem encerramento da tributação, exige-se apenas parte do tributo devido na operação, razão porque ela é chamada de

parcial. O restante do tributo deverá ser recolhido oportunamente, quando da ocorrência efetiva do fato gerador.

Novamente, o sujeito passivo não manejou sua defesa de forma assertiva, alegando tão somente que comprou as mercadorias em outros Estados com base de cálculo reduzida, não cabendo antecipação parcial a recolher, considerando a carga tributária correspondente a 7%.

Não é o que se observa dos autos. As exigências estão instruídas em conformidade com a legislação pertinente, e calculadas com a aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Mesmo na nova sessão de julgamento dos autos, após aduzir os representantes que teriam provas com respaldo às suas assertivas, a defesa do autuado não logrou apresentar quaisquer elementos que dessem suporte às suas razões.

Infrações caracterizadas integralmente, nos valores de R\$442.476,57 e R\$40.350,20, respectivamente, em relação aos itens 3 e 4.

Nos itens 5 e 6, imputa a fiscalização a multa por descumprimento da obrigação acessória, pela falta de registro da mercadoria que deu entrada no estabelecimento.

A obrigação dos registros na forma de Escrituração Fiscal Digital – EFD, substituiu em seu primeiro módulo a escrituração e impressão dos livros fiscais, Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP (art. 247, § 1º, RICMS BA-12), a partir do momento em que estiver obrigado, o contribuinte.

Observo da página do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, que o contribuinte apontado pela fiscalização, com Inscrição Estadual nº 53.017.130, se encontra obrigado na entrega dos aludidos arquivos a partir de 01.01.2017.

Em não fazendo o registro das notas fiscais de entrada na forma da Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme consignou a Auditora Fiscal, incidiu o autuado nas penalidades previstas no Art. 42, incisos IX e XI.

A acusação fiscal de que o autuado não teria efetuado o registro das notas fiscais eletrônicas, apontadas no demonstrativo fiscal das respectivas infrações, na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, resta provada, caracterizando a infração imputada. Aplicada, inclusive, a alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%, na infração 5. Retroatividade benigna que deve ser feita, com previsão no Art. 106, II, "c" do CTN - Código Tributário Nacional. A nova redação do inciso IX, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

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

(...)

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”

Caracterizado o aludido descumprimento da obrigação acessória, a aplicação de penalidade resta subsistente nos valores de R\$106.163,65 e R\$8.624,46, medida que se impõe, respectivamente, em relação aos itens 5 e 6.

A infração 7 trata também da multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o autuado declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

Os contribuintes inscritos no cadastro estadual que apuram o imposto pelo regime normal (conta corrente fiscal) estão obrigados à entrega da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, que deverá ser entregue até o dia 20, relativamente às operações do mês anterior (art. 255, RICMS BA).

Desenquadrado do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, em 31.10.2014, passando para o cadastro normal de contribuintes, a partir de 01.11.14, o autuado deveria entregar correto e mensalmente, respectiva DMA.

Aplicação da multa procede no valor total de R\$1.960,00.

Por fim, na infração 8, a acusação é que o contribuinte deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2014.

A empresa deveria efetuar a entrega dos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, estando obrigado a fazê-lo, a partir de 01.11.2014, nos prazos previstos na legislação. Não o fez, já estando, nesse momento, caracterizado o descumprimento da obrigação acessória e fato gerador da multa descrita nos autos. Ainda assim, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos EFD, conforme intimação de fl. 18, e prazo de 30 dias, nos termos do Art. 247, § 4º do RICMS (Decreto nº 13.780/12). Desatendeu, dessa vez, o contribuinte, a intimação da Fazenda Pública para apresentar os aludidos arquivos, o que implicaram em penalidade ainda mais gravosa.

Aplicação da multa que procede, no valor total de R\$2.760,00.

Diante do exposto, o Auto de Infração é PROCEDENTE.

É assim que voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0015/18-4**, lavrado contra **MARIA DA GLORIA IVO MARTINS DA ROCHA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$548.587,62**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$119.508,11**, prevista no inciso IX (reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c o Art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 – CTN), XI, XVIII, “c” e XIII-A, “I”, alterada pela Lei nº 8.534/02, do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR