

PROCESSO - A. I. N° 281332.0004/18-3
RECORRENTE - R. F. ATACADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0104-01/19
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/03/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0368-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. REGISTRO DE VALORES SUPERIORES REFERENTES À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Fato comprovado. Infração subsistente. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A exigência fiscal se apresenta correta, haja vista que, em face do remetente não ser inscrito no Estado da Bahia na condição de substituto tributário, o destinatário/autuado assume a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto, conforme determina o artigo 6º, inciso XV c/c com o artigo 8º, § 5º da Lei nº 7014/96. Infração subsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. As planilhas elaboradas pela autuante contém todos os elementos que permitem identificar nas suas colunas os valores objetos deste item da autuação. Ou seja, nas colunas “Vlr do item” consta o valor da mercadoria, porém, na coluna referente à alíquota utilizada consta 0 (zero) e, por consequência, na coluna do valor do ICMS, também consta 0 (zero). Infração subsistente. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Incabível a discussão no âmbito do julgamento fiscal administrativo sobre a constitucionalidade aduzida pelo impugnante. A extinção da redução da base de cálculo nas operações de saídas de charque, de fato, ocorreu, cabendo ao Contribuinte observar as disposições legais vigentes à época dos fatos. Assim sendo, como o autuado aplicou indevidamente a redução da base de cálculo, a exigência fiscal se apresenta correta. Infração caracterizada. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Da análise dos documentos apresentados, assiste razão a alegação recursal quanto à Nota Fiscal nº 9255, tendo pertinência suas alegações, devidamente comprovadas, conforme BO e nota fiscal apresentada. Procede-se a exclusão da referida nota dos demonstrativos do autuante, sendo esta nota referente ao período de 08/2014 constante no levantamento fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS

ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. As planilhas elaboradas pela autuante cuja ciência foi dada ao autuado, não permite qualquer dúvida sobre a exigência fiscal. Ou seja, identifica as Notas Fiscais arroladas na autuação; o período, o remetente, a mercadoria com o seu código NCM, sendo possível identificar-se claramente que se trata de mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, o que não foi feito pelo autuado, conforme a acusação fiscal. Infração procedente. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A exigência fiscal diz respeito a mercadorias adquiridas para comercialização cujas saídas são tributadas normalmente e não sujeitas ao regime de substituição tributária. Diversamente do alegado pelo autuado, as planilhas elaboradas pela autuante permitem identificar com clareza os documentos fiscais arrolados neste item da autuação e respectivos valores exigidos. Infração subsistente. b) MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que, se aplica a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II deste artigo, quando o Contribuinte deixa de recolher o imposto por antecipação parcial, nos prazos regulamentares, mas, comprovadamente, recolhe o imposto na operação ou operações de saída posteriores. Infração procedente. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2018, o qual formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$145.185,48, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 2. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, no mês de novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.723,00, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares, no mês de junho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.137,90, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 4. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, abril, maio, julho a novembro de 2014, janeiro a junho, agosto a outubro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$31.273,08, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 5. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto

nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$25.487,88, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 6. *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante entradas de mercadorias não registradas, nos meses de agosto e dezembro de 2014, fevereiro, maio a julho, setembro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$39.714,81, acrescido da multa de 100%. Consta se tratar de Notas Fiscais não registradas na escrituração fiscal e contábil.*

INFRAÇÃO 7. *Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de maio, julho e outubro de 2014, janeiro e julho de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.064,59, acrescido da multa de 60%;*

INFRAÇÃO 8. *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.883,57, acrescido da multa de 60%;*

INFRAÇÃO 9. *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de julho e dezembro de 2014, no valor de R\$3.123,09;*

INFRAÇÃO 10. *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.479,82, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.*

Após a devida instrução processual, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de dez infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas impugnadas.

Inicialmente, cabe apreciar as nulidades arguidas pelo impugnante.

Certamente que não há como prosperar a pretensão defensiva. Isto porque, as infrações estão descritas de forma clara e precisa. É possível identificar-se nas infrações, o sujeito passivo, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o montante do débito, o período de ocorrência dos fatos infracionais, portanto, possibilitando ao autuado exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório. Inexiste nos demonstrativos elaborados pela autuante a alegada ausência de clareza. Verifica-se que os demonstrativos elaborados pela autuante constam no CD acostado à fl. 30 dos autos, sendo todos entregues ao autuado conforme “Recibo de Arquivos Eletrônicos” acostado à fl. 31 dos autos.

Quanto à alegação defensiva de falta a indicação por parte da Fiscalização dos dispositivos da legislação tributária que enquadram cada um dos produtos, é certo que independentemente da indicação dos aludidos dispositivos, descebe falar-se em nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, como ocorre no caso das infrações imputadas no lançamento de ofício em lide.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inociência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o lançamento.

No mérito, relativamente à infração 1, o levantamento levado a efeito pela autuante diz respeito apenas às Notas Fiscais nºs 583.459, 579.977 e 580.558, emitidas pela empresa Caramuru Alimentos S.A. localizada no Estado de Goiás.

Verifica-se que, nos referidos documentos fiscais, consta o destaque do imposto que foi apropriado pelo autuado e objeto de glosa no valor total de R\$1.297,74, valor este lançado no demonstrativo de débito do Auto de Infração e consta na planilha elaborada pela autuante no CD acostado à fl. 30 dos autos, cuja cópia foi entregue ao autuado, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos acostado à fl. 31 dos autos.

Na realidade, a alegação defensiva de que o valor histórico no Auto de infração é de R\$1.297,74 e o valor da planilha elaborada pela Fiscalização totaliza R\$2.085,22, decorre do fato de na planilha colacionada pelo autuado, anexada à fl. 73 dos autos, além das Notas Fiscais nºs 583.459, 579.977 e 580.558 acima referidas, constam também as Notas Fiscais nºs 73.840, 74.887, 13.087 e 79.556, cujos valores não foram objeto da exigência fiscal de cuida este item da autuação.

A análise das Notas Fiscais nºs 583.459, 579.977 e 580.558, arroladas na autuação, permite constatar que descebe a exigência fiscal. Isto porque, as saídas das mercadorias discriminadas nas referidas Notas Fiscais, a

exemplo de óleo de milho, óleo de girassol, creme de milho, não são beneficiadas com isenção do imposto, sendo, em verdade, tributadas normalmente nas saídas, descabendo, desse modo, a glosa do crédito fiscal, haja vista que o creditamento levado a efeito pelo autuado se apresenta legitimo.

Diante disso, a infração 1 é improcedente.

No tocante à infração 2, o autuado alega que a multa prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7014/96, apontada na autuação é equivocada e só deve ser aplicada quando a infração não resulta em falta de descumprimento de obrigação principal.

A autuante na Informação Fiscal admite que procede a alegação defensiva, haja vista que o crédito fiscal referente ao ICMS devido por antecipação parcial apropriado indevidamente provocou uma repercussão no pagamento do imposto, que foi realizado a menos.

Assinala que o enquadramento correto é: Infração: 1.2.28 – Utilização Indevida de Crédito Fiscal com Repercussão na Obrigaçāo Principal. Enquadramento: Arts. 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c Arts. 309 e 310 do RICMS/12 aprovado pelo Dec. nº 13.780/12. Tipificação: Alínea “f” do Inciso II do art. 42 Lei nº 7.014/96.

Salienta que os demonstrativos que respaldam a infração permanecem os mesmos.

Solicita ao CONSEF que considere a mudança de tipificação da infração.

Na realidade, não há como modificar o lançamento originalmente realizado, na forma solicitada pela autuante, consonte estabelece o art. 146 do Código Tributário Nacional – CTN.

Entretanto, no presente caso, considero que não se trata precisamente de modificação do lançamento, mas sim da efetiva correção do enquadramento da multa aplicada. Ou seja, o percentual da multa permanece o mesmo, isto é, 60% do valor do imposto, apenas a multa aplicada é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e não art. 42, inciso VII, alínea “a” do mesmo diploma legal, conforme apontado no Auto de Infração.

Assim sendo, este item da autuação é procedente, sendo que, de ofício, procedo à alteração da multa aplicada para a prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 3, a exigência fiscal se apresenta correta, haja vista que, em face do remetente não ser inscrito no Estado da Bahia na condição de substituto tributário, o destinatário/autuado assume a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto, conforme determina o art.6º inciso XV c/c com o art.8º, § 5º da Lei nº 7014/96, abaixo reproduzidos:

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.

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:

[...]

§ 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.

Cumpre observar que este órgão julgador administrativo fiscal não tem competência para apreciação e declaração de inconstitucionalidade da norma, bem como para negar vigência a ato normativo emanado de autoridade superior, conforme determina o art. 125, incisos I e III do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) instituído pela Lei n. 3.956/81, abaixo transcrito:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

[...]

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante disso, a infração 3 é subsistente.

No respeitante à infração 4, o autuado argui a nulidade da autuação alegando que não há qualquer explicação de como a autuante chegou ao resultado constante nas planilhas que elaborou anexadas ao Auto de Infração. Alega que o que se verifica é uma planilha constando dados sobre a nota fiscal e um valor que sofre a incidência de uma alíquota de 17%, trazendo um resultado que é alvo da autuação.

Apesar de a nulidade arguida ter sido afastada, conforme explanado linhas acima, verifica-se que as planilhas elaboradas pela autuante contém todos os elementos que permitem identificar nas suas colunas os valores objetos deste item da autuação. Ou seja, nas colunas “Vlr do item” consta o valor da mercadoria, porém, na coluna referente a alíquota utilizada consta 0 (zero) e, por consequência, na coluna do valor do ICMS, também consta 0 (zero).

Dessa forma, a infração 4 é subsistente.

Relativamente à infração 5, consigna o impugnante que exige a diferença de ICMS devido, resultante de erro na determinação da base de cálculo, entre outros, da mercadoria charque, produto este contemplado com o benefício da redução da base de cálculo até 30/11/2014. Alega que nesta data foi revogada a redução, elevando a base de cálculo do produto, sem obediência ao princípio da anualidade ou mesmo da noventena, atingindo frontalmente o princípio da não surpresa, conforme se verifica na redação original prevista para o benefício constante do RICMS/2012, no qual se observa a inexistência de prazo para seu encerramento, ou seja, trata-se de um benefício sem prazo certo, que não poderia ser revogado sem atender ao princípio da anterioridade e da noventena.

Não assiste razão ao impugnante. Inexiste ofensa ao princípio da anterioridade, haja vista que não se trata de criação de um novo tributo ou mesmo aumento de tributo já existente. Na realidade, ocorreu apenas que a redução da base de cálculo da mercadoria charque concedida pelo ente tributante, no caso o Estado da Bahia, deixou de existir passando a base de cálculo a ser integral a partir da alteração. Do mesmo modo, não há que se falar em noventena, haja vista que descabe a observância do prazo de 90 dias, no presente caso, pois não se trata de aumento de tributo.

Incabível, ainda, a discussão no âmbito do julgamento fiscal administrativo sobre a inconstitucionalidade aduzida pelo impugnante. A extinção da redução da base de cálculo nas operações de saídas de charque, de fato, ocorreu, cabendo ao Contribuinte observar as disposições legais vigentes à época dos fatos.

Assim sendo, como aplicou indevidamente a redução da base de cálculo, a exigência fiscal se apresenta correta, sendo a infração 5 procedente.

No respeitante à infração 6, o autuado alega em relação à Nota Fiscal nº 9255, de 08/08/2014, que a mercadoria foi objeto de furto durante o transporte e junta ao PAF o Boletim de Ocorrência nº 041201400416.

A autuante contesta a alegação defensiva afirmando na documentação colacionada pelo autuado, não identificou nenhum elemento na mesma que a vincule à Nota Fiscal nº 9255.

Assiste razão a autuante. De fato, não há como se estabelecer uma vinculação entre o Boletim de Ocorrência aduzido pelo impugnante com a Nota Fiscal nº 9255. A análise do referido Boletim de Ocorrência permite constatar que em nenhum momento há menção a qualquer Nota Fiscal que acobertassem as mercadorias objeto do roubo ocorrido.

Dante disso, a infração 6 é subsistente.

No respeitante à infração 7, constato que não procede a alegação defensiva. As planilhas elaboradas pela autuante cuja ciência foi dada ao autuado, não permite qualquer dúvida sobre a exigência fiscal. Ou seja, identifica as Notas Fiscais arroladas na autuação; o período, o remetente, a mercadoria com o seu código NCM, sendo possível identificar-se claramente que se trata de mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, o que não foi feito pelo autuado, conforme a acusação fiscal.

Dessa forma, a infração 7 é subsistente.

Quanto à infração 8, a autuação se apresenta correta. A alegação defensiva de que não é possível exigir o imposto devido por antecipação tributária sem indicar o dispositivo que enquadra as mercadorias nesse regime de substituição tributária interna, que obriga a correspondente antecipação tributária, permite constatar que incorre em equívoco o impugnante, haja vista que a exigência fiscal diz respeito a mercadorias adquiridas para comercialização cujas saídas são tributadas normalmente e não sujeitas ao regime de substituição tributária. Diversamente do alegado pelo autuado, as planilhas elaboradas pela autuante permitem identificar com clareza os documentos fiscais arrolados neste item da autuação e respectivos valores exigidos.

Dante disso, a infração 8 é subsistente.

No que concerne à infração 9, o autuado alega que a exigência fiscal diz respeito à multa por falta de recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial. Ou seja, trata-se de uma multa isolada, por descumprimento da obrigação acessória de não recolhimento tempestivo da antecipação parcial. Afirma que a multa imposta não se ajusta à exigência fiscal, haja vista que o dispositivo indicado da Lei nº 7014/96, no caso o artigo 42, inciso II, alínea “d”, trata da multa por descumprimento de obrigação principal e só se aplica quando há falta de recolhimento do imposto.

Não assiste razão ao impugnante. O § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que se aplica a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II deste artigo, quando o Contribuinte deixa de recolher o imposto por

anticipação parcial, nos prazos regulamentares, mas, comprovadamente, recolhe o imposto na operação ou operações de saída posteriores.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

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

[...]

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Assim sendo, a autuação se apresenta correta, sendo subsistente este item da autuação.

Relativamente à infração 10, o impugnante alega apenas a retroatividade prevista no art. 106 do CTN para aplicação da multa.

No presente caso, a multa de 1% do valor comercial da mercadoria prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7014/96, vigente à época dos fatos, se apresenta correta, descabendo, falar-se em retroatividade.

Vale observar, a título de esclarecimento, que a retroatividade arguida pelo impugnante se aplica quando a autuação impõe multa de 10%, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista a nova redação do referido inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, 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. Nessa situação, a retificação da multa de 10% para 1% se dá com fundamento no art. 106 do Código Tributário Nacional, por cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da conduta infracional.

Diante disso, a infração 10 é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, assim, o montante do débito é o seguinte:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	1.297,74	0,00	60%
02	PROCEDENTE	3.723,00	3.723,00	60%
03	PROCEDENTE	10.137,90	10.137,90	60%
04	PROCEDENTE	31.273,08	31.273,08	60%
05	PROCEDENTE	25.487,88	25.487,88	60%
06	PROCEDENTE	39.714,81	39.714,81	100%
07	PROCEDENTE	21.064,59	21.064,59	60%
08	PROCEDENTE	6.883,57	6.883,57	60%
09	PROCEDENTE	3.123,09	3.123,09	-----
10	PROCEDENTE	2.479,82	2.479,82	-----
		145.185,48	143.887,74	

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, pelos seguintes fundamentos:

Preliminarmente afirma que a Junta de Julgamento Fiscal não apreciou devidamente as nulidades apresentadas pelo contribuinte e passa a impugnar, uma a uma, as infrações que lhe foram imputadas:

Infração 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Decisão da JJF relativa à infração 01 foi pela Improcedência não cabendo Recurso Voluntário.

Infração 02: Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou exterior. Enquadramento Legal: art. 31 da Lei nº 7014/96 C/C art. 309, inciso II; art. 315 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Aponta a nulidade da infração, na medida em que a descrição dos fatos (da infração) não reflete o levantamento constante da planilha apresentada pela fiscalização, nem mesmo a multa aplicada. Diz que a planilha da fiscalização indica que há um crédito lançado em duplicidade, de forma equivocada, o que provocou o recolhimento a menos do imposto. Trata-se, portanto, de recolhimento a menos, em razão de erro na apuração do imposto. A multa, constante do art. 42,

VII, “a” da Lei nº 7014/96, é equivocada e só deve ser aplicada quando a infração não resulta em falta de descumprimento de obrigação principal. Há expressamente o desencontro entre a descrição da infração, a multa e o levantamento efetuado pela fiscalização.

Explica, a recorrente, que o que houve foi duplicidade de utilização de crédito fiscal, pois a autuante considerou um descumprimento de obrigação acessória, ou seja, quando não há descumprimento de obrigação principal e aplicou, inicialmente a multa prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7014/96, depois entendendo que deveria reenquadra a multa no art. 42, II, f, passando a enquadrar a infração por descumprimento de obrigação principal, e a JJF, enquadra a infração por falta de antecipação parcial, conforme art. 42, II, “d”.

Entende que o enquadramento inicial da infração foi por descumprimento de obrigação acessória, sem falta de recolhimento do imposto, não havendo como modificar o fulcro da autuação para descumprimento de obrigação principal. Não foi sem razão que o próprio autuante pede a este CONSEF para modificar o lançamento. Pedido esse que não foi acolhido pela JJF e não poderia ser, cabível, neste caso um novo lançamento.

Ademais, a infração foi caracterizada por ter havido recolhimento do imposto intempestivo, passando posteriormente para ser caracterizada por ter havido falta de recolhimento do imposto, não há como manter a infração após ser necessário modificação na própria materialidade do fato gerador, alvo da exigência tributária.

Como se não fosse bastante, alega, a recorrente, que a JJF não observou o devido processo legal previsto no § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, ou seja, não comunicou 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.

Assim, considerando que não há como modificar a infração por descumprimento de obrigação acessória para descumprimento de obrigação principal, bem como não foi obedecido o devido processo legal, pela falta de ciência do autuado, pedimos, em primeiro e principal plano, a nulidade da infração, bem como, em segundo plano, se não foi acolhida, que seja nula a decisão de primeira instância, na medida em que não poderia deixar de apreciar os argumentos relativos a modificação da multa aplicada que reforma o enquadramento de uma infração por descumprimento de obrigação acessória em principal, suprimindo a primeira instância da apreciação das arguições aqui apresentadas.

Infração 03: Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido, por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares. Solicitado, o contribuinte não apresentou GNRE, comprovando o pagamento do imposto destacado a Nota Fiscal nº 47.540 de 23/05/2015. Consultado as bases de dados da SEFAZ, essa fiscalização também não identificou o pagamento. Enquadramento legal: Item 1, da alínea “g”, do inciso III, do art. 332 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 C/C, Inciso XV e § 3º do art. 6º, alínea “a”, do inciso I do art. 8º e Incisos III e IV, do art. 34 da Lei nº 7.014/96.

Explica que o contribuinte substituto, conforme consta da Nota Fiscal nº 47.540, efetuou o destaque e a retenção do imposto devido por substituição e afirma a autuante não constar nos registros da SEFAZ, o respectivo recolhimento. Ocorre que, autorizado a reter o imposto pelo Estado, o substituto efetivamente reteve o imposto devido e cobrou do substituído, ora autuado. Segundo a autuante, o substituto reteve e não recolheu, o que pode ser demonstrado, claramente, pelo destaque do imposto devido por substituição tributária, verificada na nota fiscal em lume.

Afirma que, sem qualquer razoabilidade, e se omitindo da responsabilidade (fruto de uma autorização que concedeu diretamente ao contribuinte substituto), o Estado atribui a responsabilidade solidária ao substituído, quando o substituto não cumpre a obrigação a que está submetido pela legislação tributária aplicável.

Entende que, diante dessas considerações, ante a exigência do imposto ao substituído, que já pagou o imposto ao substituto por determinação do próprio Estado, cabe encaminhar em diligência, os autos para que o substituto tributário seja intimado a apresentar o documento de arrecadação do imposto que reteve do substituído, na medida em que, havendo a efetiva falta de recolhimento por parte do substituto, é dever do Estado aplicar, a esse último, sanções e consequências legais que são mais amplas quando se trata de retenção e não recolhimento.

Considerando, por fim, a eventualidade de ser mantida, incorretamente, a exigência fiscal, visto que o adquirente (substituído) estará autuado, agora, na condição de substituto tributário, requer a autuada, ao ser obrigado a recolher o imposto devido por substituição tributária, o direito de utilizar os dois créditos do imposto destacado na Nota Fiscal nº 47.540, emitida pelo fornecedor, ou seja, o crédito do imposto normal destacado e devido ao Estado de origem e o crédito do imposto devido por substituição tributária, na medida em que a utilização dos créditos fiscais pelo destinatário, no sistema constitucional e infraconstitucional de apuração do ICMS, não está atrelada ao recolhimento do imposto, e sim ao seu correto e idôneo destaque no documento fiscal.

Assim, a recorrente requer a nulidade, primeiro em razão da data de ocorrência, que está incorreta, o que descaracteriza o fato gerador em seu elemento temporal, na medida em que esta data seria a da saída da mercadoria. Segundo, por ilegitimidade passiva, na medida em que o substituído não faz parte dessa relação jurídico-tributária e, por meio do princípio da eventualidade, a improcedência da infração, uma vez que o autuado teria os créditos relativos ao imposto normal e devido por substituição tributária, destacados na nota fiscal, o que tornará a presente exigência tributária sem qualquer valor a ser reclamado.

Infração 04: Recolheu a menor ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas. Enquadramento Legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Entende a recorrente que, mais uma vez, trata-se de uma infração nula, na medida em que não há qualquer explicação de como a autuante chegou ao resultado constante nas planilhas anexadas ao Auto de Infração. O que se verifica é uma planilha constando dados sobre a nota fiscal e um valor que sofre a incidência de uma alíquota de 17%, trazendo um resultado que é alvo da exigência fiscal.

Aduz ser necessário que o demonstrativo da fiscalização, que ampara a autuação, apresente, com clareza, os cálculos que levaram a apurar a base de cálculo alvo da incidência de 17%, sob pena de nulidade da infração, bem como, por meio de diligência, exclua as mercadorias destinadas a outra Unidade da Federação e mercadorias enquadradas no art. 16, I, “a” da Lei nº 7014/96.

Alega que a decisão do órgão *a quo* não enfrenta especificamente as arguições de nulidade, não trata da exclusão das mercadorias destinadas a outra unidade federativa, bem como não enfrenta a arguição específicas de improcedência da autuação, motivo pelo qual a infração deve ser considerada nula.

Infração 05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Enquadramento Legal: Artigos 17 a 21; art. 23 da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese). Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Explica que a infração exige a diferença de imposto devido, resultante de erro na determinação da base de cálculo, entre outros, da mercadoria charque, produto este contemplado com o benefício da redução da base de cálculo até 30/11/2014, data em que foi revogada a redução, elevando a base de cálculo do produto, sem obediência ao princípio da anualidade ou mesmo da noventena, atingindo frontalmente o princípio da não surpresa, conforme se verifica na redação original prevista para o benefício constante do RICMS/2012, no qual se observa a inexistência de

prazo para seu encerramento, ou seja, trata-se de um benefício sem prazo certo, que não poderia ser revogado sem atender ao princípio da anterioridade e da noventena.

Afirma que o tratamento aleatório do Estado, em relação à elevação da base de cálculo, inesperada e imprevista, é de tamanho desprezo ao princípio da não surpresa, que, poucos meses depois, o Estado retornou com a redução da base de cálculo para o mesmo produto (charque), trazendo confusão e incerteza quanto ao tratamento tributário a ser aplicado sobre esses produtos. Ademais, o autuado previa que as revogações da redução da base de cálculo do produto, uma vez que se trata de benefício fiscal, seria realizada ou autorizada por Convênio/ICMS, obedecendo o rito próprio.

Com amparo, mais uma vez, no princípio da eventualidade, tendo em vista a incerteza do próprio Estado quanto ao tratamento tributário a ser dispensado ao produto em lume, quando revogou a redução de base de cálculo, não obedeceu ao princípio da não surpresa, cristalizado pela noventena e, sem a validade do necessário Convênio/ICMS, induziu o contribuinte, ao manter, de boa-fé, o mesmo tratamento tributário que vinha dedicando ao produto.

Requer, a autuada, a nulidade, que não foi enfrentada pela JJJ. Reitera a improcedência da autuação que apurou uma infração relativa ao produto Charque, cuja revogação da redução da base de cálculo se ampara em norma ilegal e inconstitucional, visto que, independente da forma com que foi concedido, o benefício, que é de responsabilidade exclusiva do Estado, não foi atendido o procedimento legal e constitucional para a revogação da redução de base de cálculo, que deveria ocorrer por meio de Convênios ICMS, obedecendo ao rito preconizado pela Lei Complementar nº 24/75, especificamente alinhado em seu parágrafo segundo, bem como não foi observada a anterioridade e a já mencionada e necessária noventena para a elevação da base de cálculo do produto.

Infração 06: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de entradas de mercadorias não registradas. Enquadramento Legal: Artigo 4º, §4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96. Multa aplicada: Artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Explica que, no que tange à Nota Fiscal nº 9255, de 08/08/2014, cuja base de cálculo no demonstrativo do Auto de Infração é de R\$104.400,00, com multa de 100% e imposto exigido no valor de R\$17.748,00, cabe observar que se trata de mercadoria extraviada, alvo de “furto” ocorrido no percurso entre o remetente e o destinatário, conforme Boletim de Ocorrência nº 0412014003416, registrado em 13/08/2014, às 16:04hs da tarde, no qual consta a placa do veículo EFO7986, indicando o transporte, para vários adquirentes, de 600 caixas de charque, pesando, cada uma, 30kg.

O caminhão da transportadora, conforme consta do boletim de ocorrência, continha 18.000 kg de charque. Desse total, 9.000 kg - ou seja, 300 caixas - eram destinadas à empresa ora autuada, R. F. ATADO LTDA. (metade da mercadoria roubada, conforme consta da Nota Fiscal número 9255, alvo da autuação, anexa aos autos).

Verifica que a nota fiscal em questão foi emitida em 08/08/2014, portanto, antes da ocorrência do furto, consta a mesma placa do caminhão, indicada na ocorrência, e o remetente, o mesmo (a fábrica da JBS S.A, estabelecida no Distrito Industrial Lins). Lembra que a mercadoria, relativa à nota fiscal acima indicada, foi alvo de furto antes mesmo de ingressar no estabelecimento do adquirente.

Explica que a venda, conforme consta da nota fiscal emitida pelo fornecedor, é sob cláusula CIF, cabendo, portanto, todo o procedimento devido pelo remetente, conforme inciso I do Art. 313, acima indicado. Na condição de destinatário, portanto, não cabia qualquer procedimento previsto no aludido dispositivo.

Sob pena de se exigir o imposto relativo a uma mercadoria que foi extraviada, requer que, caso eventualmente ainda remanesça dúvida sobre ocorrência do alegado extravio, que de forma criteriosa e com amparo no princípio da verdade material, que ilumina as decisões desse

importante contencioso administrativo, determine DILIGÊNCIA para que o órgão de Assessoria Técnica possa, *in loco* ou através dos meios de comunicação disponíveis, fazer contato com o fornecedor constante do documento fiscal, bem como o responsável pelo transporte, até mesmo a delegacia que foi registrada a ocorrência e quem mais o Ilustre Relator entender pertinente.

Requer a improcedência da infração 06.

Infração 07: 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. Enquadramento Legal: Artigo 8º, inciso II e §3º. art. 23 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Aponta a recorrente que, ao examinar a planilha anexada pela autuante, não foi possível identificar a procedência dos totais reclamados no Auto de Infração ou quais notas e produtos compõem a presente exigência fiscal. Os totais que constam na “planilha resumo” não coincidem com o exigido no lançamento, bem como não coincidem os períodos reclamados.

Entende que a JJF não se debruçou efetivamente sobre a alegação posta, motivo pelo qual requer a nulidade da Infração 07, cabendo o retorno ao órgão *a quo* para, sem suprimir instâncias, reavalie especificamente as arguições defensivas, bem como o necessário enfrentamento em relação a nulidade e a improcedência arguidas pela defesa e não examinadas em sua plenitude.

Infração 08: Deixou de efetuar recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Enquadramento Legal: Artigo 12-A da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Preliminamente, imputa a nulidade da infração, uma vez que não há como identificar, nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, os valores efetivamente exigidos no Auto de Infração, relativos à infração 08, ou seja, não consta qualquer demonstrativo indicando quais notas fiscais e correspondentes mercadorias efetivamente são alvo da infração imputada, obstruindo, dessa forma, a identificação das mesmas e a impugnação do lançamento fiscal.

Aponta que não é possível exigir o imposto devido por antecipação tributária sem indicar o dispositivo que enquadra as mercadorias nesse regime de substituição tributária interna, que obriga a correspondente antecipação tributária.

Pede que se verifique a singeleza da decisão da JJF, sem contemplar ou mesmo enfrentar com a necessária fundamentação as arguições defensivas. Tal afirmação fica evidente quando arguirmos a nulidade da infração, “uma vez que não há como identificar, nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, os valores efetivamente exigidos no Auto de Infração, relativos à infração 08, ou seja, não consta qualquer demonstrativo indicando quais notas fiscais e correspondentes mercadorias efetivamente são alvo da infração imputada, obstruindo, dessa forma, a identificação das mesmas e a impugnação do lançamento fiscal”. Como decisão da JJF temos a seguinte fundamentação “diversamente do alegado pelo autuado, as planilhas elaboradas pela autuante permitem identificar com clareza os documentos fiscais arrolados neste item da autuação e respectivos valores exigidos”.

Renova, assim, o pedido de nulidade e, por eventualidade, a improcedência da infração 08.

Infração 09: Multa percentual sobre o imposto (ICMS), que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, como saída posterior tributada normalmente. Enquadramento Legal: Artigo 12-A da Lei 7.014/96. Multa aplicada: Artigo 42, II, aliena “d” da Lei nº 7014/96.

Entende que não há, na capitulação da multa aplicada, a indicação de que se trata da aplicação do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Salienta que a JJF não observou o devido processo legal, previsto no § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, ou seja, não comunicou 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.

Infração 10: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Afirma que A infração 10 trata apenas da aplicação da multa por falta de registro da nota fiscal, contudo, o inciso XI, do art. 42 da Lei nº 7014/96 foi revogado, não cabendo a sua aplicação.

Defende a aplicação do art. 106 do CTN, que prevê a retroatividade da lei que beneficia, na medida em que se ajusta a aplicação de fato pretérito, quando se tratar de ato não definitivamente julgado, quando a lei deixar de defini-lo como infração ou quando se trata de penalidade menos severa.

Pontua que, diferente do que entende a JJF, o art. 106 do CTN, não se aplica apenas quando há redução da multa, que no caso seria de 10 para 1%, mas também, conforme determina o seu inciso II, “a”, quando deixar de defini-lo como infração. No presente caso, o inciso IX do art. 42 da Lei nº 7014, que fundamenta a aplicação da multa exigida na infração 10, foi revogado. A decisão da JJF é, no mínimo, incompleta na medida em que não enfrenta a arguição defensiva de que mais se aplica a multa em questão.

Por fim, requer o Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, entendendo pela Insubsistência da infração 01 (não objeto de análise neste momento, em virtude da inexistência de Recurso de Ofício) e da manutenção das demais infrações em sua integralidade.

O recurso apresentado tem como estrutura um breve resumo de cada infração e a consequente razão recursal. Assim, procederemos da mesma maneira, a fim de manter a didática adotada e a melhor compreensão da decisão apresentada.

No pertinente à infração 02, após o resumo dos fatos, alega a recorrente como razão recursal que não há como modificar a infração por descumprimento de obrigação acessória para descumprimento de obrigação principal, bem como não foi obedecido o devido processo legal, pela falta de ciência do autuado, motivo que justifica a nulidade da infração.

Em segundo plano, na medida em que a JJF não poderia deixar de apreciar os argumentos relativos a modificação da multa aplicada, que reforma o enquadramento de uma infração por descumprimento de obrigação acessória em principal, suprimindo a primeira instância da apreciação das arguições aqui apresentadas, requer também a nulidade da infração.

Da análise da questão posta, percebe-se, quanto às alterações promovidas na tipificação da multa aplicada, que, de fato, não estaria a decisão de piso eivada de vício, uma vez que o próprio RPAF permite as alterações realizadas, como preconiza o art. 19 do RPAF/99.

Ressalte-se que as alterações foram em relação à tipificação da multa aplicada, inalterando os valores cobrados. A conduta ilícita cometida (o comportamento adotado pelo contribuinte) não foi objeto de questionamento. Como se sabe, a multa é proposta pela autoridade administrativa, cabendo ao julgado aplicar conforme o caso concreto.

Infração 02 Procedente.

No pertinente à infração 03, o contribuinte, em suas razões recursais, afirma que a Junta de Julgamento Fiscal não se debruçou sobre a arguição de nulidade, o pedido de diligência, a

utilização de créditos fiscais, bem como a ilegitimidade passiva e questões inerentes ao mérito, o que torna a decisão de primeira instância nula.

Pois bem.

No momento em que o julgador fundamenta o seu voto na aplicação da norma que referenda a cobrança do imposto autuado, as questões preliminares encontram-se superadas por uma questão lógica.

Ao reconhecer que a conduta praticada tem como fundamento legal o art. 6º, XV da Lei nº 7.014/69, o julgador entende pela insubsistência das demais alegações trazidas.

Ademais, o próprio STJ já decidiu nesse sentido. Vejamos:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.”

“O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.”

“Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.”

STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585).”

Descabida a nulidade aventada. Infração 03 Subsistente.

Em relação à infração 04, a recorrente aduz que a infração não está clara, não podendo o contribuinte realizar uma defesa amparada em deduções, procurando decifrar o que a fiscalização fez ou quais cálculos realizou para chegar ao valor do imposto devido.

Ademais, afirma que a decisão do órgão *a quo* não enfrentou especificamente as arguições de nulidade, não tratou da exclusão das mercadorias destinadas a outra unidade federativa, bem como não enfrentou a arguição específica de improcedência da autuação.

Vislumbro que não merece reparo a decisão proferida neste ponto, uma vez que, ao analisar a planilha apresentada pelo autuante, anexada ao CD na fl. 30, resta clarividente a metodologia aplicada pelo autuante. Assim, caberia ao contribuinte promover objetivamente o confronto de suas alegações com a legislação pertinente, apontando a discordância em relação ao enquadramento atribuído pela fiscalização.

Nulidade superada. Mantida a infração 04.

No pertinente à infração 05, alega a improcedência da autuação que apurou uma infração relativa ao produto Charque, cuja revogação da redução da base de cálculo se ampara em norma ilegal e inconstitucional, visto que, independente da forma com que foi concedido, o benefício, que é de responsabilidade exclusiva do Estado, não foi atendido o procedimento legal e constitucional para a revogação da redução de base de cálculo, que deveria ocorrer por meio de Convênios ICMS, obedecendo ao rito preconizado pela Lei Complementar 24/75, especificamente alinhado em seu parágrafo segundo, bem como não foi observada a anterioridade e a já mencionada e necessária noventena para a elevação da base de cálculo do produto.

Saliento que este órgão administrativo não tem competência para analisar ilegalidade nem inconstitucionalidade, cabendo a devida aplicação da norma legal, o que foi realizado nesta infração.

Quanto ao princípio da anterioridade, o julgador de piso deixou bem clara a sua inaplicabilidade no presente caso, tendo em vista que: *“não se trata de criação de um novo tributo ou mesmo aumento de tributo já existente. Na realidade, ocorreu apenas que a redução da base de cálculo da mercadoria charque concedida pelo ente tributante, no caso o Estado da Bahia, deixou de existir passando a base de cálculo a ser integral a partir da alteração. Do mesmo modo, não há que se falar em noventena, haja vista que descabe a observância do prazo de 90 dias, no presente caso, pois não se trata de aumento de tributo.”*

Assim, descabe a nulidade/improcedência aventada, eis que a extinção da redução da base de cálculo nas operações de saídas de charque, de fato, ocorreu, cabendo ao recorrente o ajuste da norma estadual às operações por ela realizadas.

Atinente à infração 06, aduz que a decisão de piso decisão não se ajusta a realidade dos fatos, pois no que tange à Nota Fiscal nº 9255, de 08/08/2014, cuja base de cálculo no demonstrativo do Auto de Infração é de R\$104.400,00, cabe observar que se trata de mercadoria extraviada, alvo de “furto” ocorrido no percurso entre o remetente e o destinatário, conforme Boletim de Ocorrência nº 0412014003416, registrado em 13/08/2014, às 16h04minhs da tarde, no qual consta a placa do veículo EFO7986, indicando o transporte, para vários adquirentes, de 600 caixas de charque, pesando, cada uma, 30 kg.

Informa, ainda, que o caminhão da transportadora, conforme consta do boletim de ocorrência, continha 18.000 kg de charque. Desse total, 9.000 kg - ou seja, 300 caixas - eram destinadas à empresa ora autuada, R. F. ATACADO LTDA (metade da mercadoria roubada, conforme consta da Nota Fiscal nº 9255, alvo da autuação, anexa aos autos).

Lembra também que a mercadoria, relativa à nota fiscal acima indicada, foi alvo de furto antes mesmo de ingressar no estabelecimento do adquirente.

Assim, solicita diligência para que o órgão de Assessoria Técnica possa, *in loco*, ou através dos meios de comunicação disponíveis, fazer contato com o fornecedor constante do documento fiscal, bem como o responsável pelo transporte, até mesmo a delegacia que foi registrada a ocorrência e quem mais o Ilustre Relator entender pertinente.

De início, informo que descabe o pedido de diligência formulado, uma vez que tal produção de prova contrária compete ao contribuinte, sendo seu o ônus de provar fato impeditivo, extintivo ou modificativo, inexistindo razão para a diligência suscitada, até porque já consta nos autos elementos de prova para a convicção dos julgadores.

Da análise dos documentos apresentados, vislumbro que assiste razão sua alegação quanto à Nota Fiscal nº 9255. Toda pertinência tem suas alegações, devidamente comprovadas, conforme BO e nota fiscal apresentada. Assim, procedo com a exclusão da referida nota dos demonstrativos do autuante, sendo esta nota referente ao período de 08/2014, constante no levantamento fiscal, conforme anexo apresentado pelo autuante.

Infração 06 parcialmente caracterizada. Exclusão do mês de 08/2014, passando a autuação a valorar em R\$21.966,81.

Em relação à infração 07, afirma a recorrente que, para afastar a alegação de nulidade trazida quanto as planilhas apresentadas, a decisão *a quo* deveria demonstrar as notas e produtos que compõem a exigência fiscal, que os totais que constam da planilha resumo coincidem com o exigido no lançamento de ofício.

Salienta que a alegação de que nas planilhas constam notas fiscais, períodos, remetente, mercadoria com código de NCM com a identificação clara de que se trata de mercadorias sujeitas a antecipação, é claramente insuficiente para afastar a arguição defensiva de que, inclusive, a planilha resumo não coincide com o exigido no lançamento, bem como não coincidem os períodos reclamados.

E requer a nulidade da Infração 07, cabendo o retorno ao órgão *a quo* para, sem suprimir instâncias, reavaleie especificamente as arguições defensivas, bem como o necessário enfrentamento em relação nulidade e a improcedência arguida pela defesa e não examinadas em sua plenitude.

Novamente, o contribuinte tenta imputar ao julgador o ônus de prova que lhe compete. As notas e produtos que compõem a exigência fiscal, como salientou o julgador de piso, foram devidamente citadas nas planilhas apresentadas pela autuante, inexistindo razão de nulidade.

Ademais, o contribuinte não se insurgiu objetivamente contra as operações autuadas, razão pela qual Subsiste integralmente a infração 07.

Quanto à infração 08, reforça o pedido de nulidade, alegando que não há como identificar, nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, os valores efetivamente exigidos no Auto de Infração, relativos à infração 08, ou seja, não consta qualquer demonstrativo indicando quais notas fiscais e correspondentes mercadorias efetivamente são alvo da infração imputada, obstruindo, dessa forma, a identificação das mesmas e a impugnação do lançamento fiscal.

Totalmente descabida as alegações da recorrente. Ao verificar o CD dos trabalhos realizados pela autuante (fl. 30), constam os anexos da infração 08, segregados por período, constando efetivamente os valores autuados, as chaves de acesso das notas fiscais e a metodologia adotada pela autuante.

Ademais, como bem pontou o julgador *a exigência fiscal diz respeito a mercadorias adquiridas para comercialização cujas saídas são tributadas normalmente e não sujeitas ao regime de substituição tributária. Diversamente do alegado pelo autuado, as planilhas elaboradas pela autuante permitem identificar com clareza os documentos fiscais arrolados neste item da autuação e respectivos valores exigidos.*

Infração 08 Procedente.

No pertinente à infração 09, afirma, a recorrente, que a presente exigência fiscal é relativa à multa por falta da antecipação parcial, e que a multa aplicada não se ajusta à exigência fiscal, visto que o dispositivo indicado da Lei nº 7014/96, trata da multa por descumprimento de obrigação principal. Ademais, salienta que a JJF não observou o devido processo legal, previsto no § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, ou seja, não comunicou 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.

Não houve alteração de capitulação da multa, tendo em vista que o § 1º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que se aplica a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II deste artigo, quando o Contribuinte deixa de recolher o imposto por antecipação parcial, nos prazos regulamentares, mas, comprovadamente, recolhe o imposto na operação ou operações de saída posteriores.

Assim, a autuação já aplicou a previsão correta, conforme determina o §1º do art. 42 da Lei.

Infração 09 Subsistente.

Quanto à infração 10, afirma que, no presente caso, o inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7014, que fundamenta a aplicação da multa exigida na infração 10, foi revogado. A decisão da JJF é, no mínimo, incompleta na medida em que não enfrenta a arguição defensiva de que mais se aplica a multa em questão.

Em verdade, não houve a revogação da penalidade aplicada, mas tão somente a unificação da tipificação dos incisos IX e XI, ambos passando a adotar a mesma porcentagem. Deste modo, descabe a alegação de nulidade/improcedência da autuação, nos moldes apontados. Infração 10 Subsistente

Deste modo, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando as alegações recursais tão somente em relação à infração 06, mantendo as demais nos termos da decisão de piso, conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	IMPROCEDENTE	1.297,74	0,00	0,00	60%
02	PROCEDENTE/N.PROVIDO	3.723,00	3.723,00	3.723,00	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	10.137,90	10.137,90	10.137,90	60%
04	PROCEDENTE/N.PROVIDO	31.273,08	31.273,08	31.273,08	60%
05	PROCEDENTE/N.PROVIDO	25.487,88	25.487,88	25.487,88	60%

06	PROCEDENTE/P.PROVIDO	39.714,81	39.714,81	21.966,81	100%
07	PROCEDENTE/N.PROVIDO	21.064,59	21.064,59	21.064,59	60%
08	PROCEDENTE/N.PROVIDO	6.883,57	6.883,57	6.883,57	60%
09	PROCEDENTE/N.PROVIDO	3.123,09	3.123,09	3.123,09	-----
10	PROCEDENTE/N.PROVIDO	2.479,82	2.479,82	2.479,82	-----
TOTAL		145.185,48	143.887,74	126.139,74	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281332.0004/18-3**, lavrado contra **R. F. ATACADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento imposto no valor total de **R\$120.536,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$98.570,02 e 100% sobre R\$21.966,81, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.479,82** e multa percentual no valor de **R\$3.123,09**, previstas, respectivamente, nos incisos XI e II, “d” do mesmo artigo e diploma legal já citados, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões CONSEF, 18 de dezembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASAI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS