

A. I. Nº - 281332.0001/17-6
AUTUADO - REFERÊNCIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/03/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Os cálculos foram refeitos para excluir recolhimentos comprovados pelo defendente, ficando reduzido o valor do imposto originalmente apurado. b) ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Constatada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém, ficou comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, sendo aplicada a multa cabível. 6. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ENTREGA. Ficou comprovado o cometimento de infração à legislação tributária estadual, por isso, foi aplicada a penalidade estabelecida em lei. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2017, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$392.523,35, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2015; março a julho de 2016. Valor do débito: R\$12.218,55. Multa de 60%.

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e de março a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$31.055,59. Multa de 60%.

Infração 03 – 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2015. Valor do débito: R\$2.286,65. Multa de 100%.

Infração 04 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março a maio, agosto e novembro de 2016. Valor do débito: R\$176.775,49. Multa de 60%.

Infração 05 – 07.01.03: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, abril, junho a outubro de 2016. Valor do débito: R\$5.792,00.

Infração 06 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março, abril, junho, julho e novembro de 2016. Valor do débito: R\$161.635,07. Multa de 60%.

Infração 07 – 16.14.02: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro e fevereiro de 2016. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$2.760,00.

O autuado apresentou impugnação às fls. 18 a 45, alegando que irá demonstrar equívocos existentes nos trabalhos fiscais; equívocos estes que acarretaram a cobrança indevida de infrações apontadas na autuação, bem como uma inteira incompreensão da acusação fiscal.

Antes de adentrar à lide em si, informa que destacará dois Princípios da maior importância para o desfecho da presente lide. Diz que assim o faz, é porque, mesmo ciente do notório conhecimento tido pelos Julgadores acerca da legislação tributária, considera essencial que os representantes da Junta de Julgamento Fiscal, tenham em mente, ao se debruçar sobre os fatos relacionados a estes autos, o conteúdo dos dois Princípios que citou: PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL, inserido no art. 2º do RPAF-BA/99 e art. 2º do Regimento Interno do CONSEF. PRINCÍPIO DA INQUISITORIEDADE, devidamente aplicável ao ramo do Direito Tributário.

Também informa que antes de discutir o mérito da lide, demonstrará a existência de vícios insanáveis neste processo, provocados pelo autuante; vícios estes que os Julgadores irão constatar, e que implicam nulidade de parte das infrações do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Comenta que, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências desobservadas de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal. É caso de nulidade do Auto de Infração. Esta é a regra imposta pelo Inciso I do art. 18 do RPAF/99.

Entende que após a leitura completa da Impugnação, ficará claro para os membros desta JJF, que este Auto de Infração, possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelo autuante nos seus trabalhos, não são meramente formais, aproximando-se, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Conclui que, após os Julgadores analisarem o teor dos autos, atentando-se para as observações colocadas na peça impugnatória, restará clara a necessidade de se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, quanto à infração 04, esclarece que durante o exercício de 2016, estava descredenciado para o pagamento do ICMS relativo à antecipação tributária parcial, bem como à Substituição Tributária, logo, em relação a todas as entradas das mercadorias decorrentes de outras unidades Federadas, era calculado e pago o ICMS destas operações, e o defendente estranha que a autuante

tenha encontrado diferença de ICMS em suas planilhas para esse período. Afirma que os cálculos do imposto eram conferidos por outros prepostos da SEFAZ-BA em postos fazendários localizados nas fronteiras e estradas da Bahia.

Alega que houve repetição de cobrança de débito do imposto por parte da SEFAZ-BA, porque também foi cobrado o mesmo imposto através da Notificação Fiscal de número 232340.1030/16-3 de 10/05/2016 que reclama valor histórico de R\$13.508,79.

Diz que outro equívoco ocorreu na apuração da planilha da autuante nesta infração, pois, no quadro de resumo mensal não foi computado em cada mês os ICMS pago no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas e em notificações fiscais, tendo por consequência, cobrança indevida do ICMS indicada nos meses, em planilha do preposto da SEFAZ-BA. Elabora planilha com resumo mensal que consigna os reais pagamentos do ICMS, corrigindo o resumo da autuante, informando, de forma analítica, os pagamentos mensais encontrados no sistema de arrecadação mensal, ressaltando que os DAES citados nas relações mensais constam no Sistema de Arrecadação do Estado da Bahia.

Também alega que a autuante, durante o seu processo de fiscalização, nos cálculos da substituição tributária, reduziu os créditos fiscais do ICMS destacados em documentos fiscais do Contribuinte, por força normativa do Decreto nº 14.213, de 22 de novembro de 2012 que restringe a acumulação do crédito do ICMS quando em determinadas unidades da Federação.

No tocante à restrição do crédito do ICMS por parte da autuante, entende que deveria considerar que mesmo os fornecedores do autuado estando localizados em unidades federativas em guerra fiscal com o Estado da Bahia, poderia ainda considerar que eles não fazem jus ao regime de apuração do ICMS apontados no próprio Decreto 14.213/2012 em suas localidades. Informa que anexa à defesa cópia de declarações que tais fornecedores não se enquadram nos regimes de redução da base de cálculo interna em seus referidos Estados.

Ainda em relação à restrição do crédito do ICMS por parte de Estado da Bahia, o defendente reclama pela inconstitucionalidade do Decreto do 1.413/2012, alegando que, sendo uma norma do executivo, limita o crédito do ICMS em matéria própria da Constituição Federal. Transcreve o art. 155, inciso II, § 2º, I, da mencionada Constituição Federal.

Diz que a não cumulatividade do ICMS é um princípio constitucional consignado pela lei basilar do direito tributário, que não requer emendas por decreto do executivo para cessar tal disposição. Também afirma que as alíquotas aplicáveis às operações interestaduais são disciplinadas pela Resolução do Senado Federal nº 22/89.

Entende ser notório a inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213/2012, e que se trata de matéria do ICMS avançando a sua área de vigor, que ora deveria ser tratado através de Resolução do Senado Federal ou Acordo entre os Estados no CONFAZ, mas jamais poderia restringir o crédito fiscal ao contribuinte da Bahia que adquire mercadorias em outras unidades federativas. A guerra fiscal ocorre entre os Estados Federados não podendo o autuado ser penalizado.

Em relação às diferenças encontradas com o produto biscoito, alega que a apuração da substituição pela utilização da pauta fiscal fez com que a planilha do Fisco gerasse diferença do imposto a maior contra o autuado. Diz que a utilização de pauta fiscal na apuração da Substituição Tributária é matéria já pacificada no judiciário, que tem entendimento contrário a essa prática do Fisco, logo, o defendente suplica aos Julgadores para ser desconsiderada tal prática.

Quanto à infração 06, o autuado discorda com o procedimento fiscal, afirmando que está em total desacordo com o RPAF, bem como as decisões já pacificadas nas juntas e Câmara de julgamentos do Estado da Bahia. Alega que nas planilhas de apuração, além do fisco cobrar o valor do imposto da antecipação parcial, sem considerar que o autuado já vendera as mercadorias, uma vez adquiridas. Sem saber qual a razão e fundamentação legal de tal procedimento da autuante, solicita inominadamente o cancelamento desta infração.

Afirma que houve repetição de cobrança de débito do imposto por parte da SEFAZ-BA, informando que também foi cobrado o mesmo imposto através da Notificação de nº 213080.1021/6-1, de 08/03/2016, que reclama valor histórico de R\$13.255,78, referente às Notas Fiscais de compras nº 547715 e 547716.

Diz que outro equívoco ocorreu na apuração da planilha da autuante na presente infração, pois, no quadro de resumo mensal não foi computado em cada mês o ICMS pago no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas e em notificações fiscais, tendo por consequência, cobrança indevida do ICMS indicada nos meses em planilha do preposto da SEFAZ-BA. Apresenta, de forma analítica, todos os pagamentos de DAEs sob o código da receita 2175 que estão consignados no Sistema de Arrecadação do Estado da Bahia, afirmando que não houve compensação da efetiva totalidade mensal na planilha do Fisco que cobra diferença do ICMS para esta infração.

Repete a alegação quanto ao cálculo da antecipação parcial, relativamente ao Decreto nº 14.213/2012. Apresenta o entendimento de que jamais poderia restringir o crédito fiscal ao contribuinte da Bahia que adquiriu mercadorias em outras unidades federativas, face da garantia constitucional da acumulação do total crédito fiscal destacado nos documentos fiscais de aquisição. Afirma que a guerra fiscal ocorre entre os estados Federados, não podendo o contribuinte ser penalizado, lhe causando sérios prejuízos financeiros.

Sobre as infrações 05 e 07, informa que tem tratamento diferenciado por ser uma empresa de pequeno porte, conforme reconhecido pela autuante no preâmbulo do seu feito que foi o auto de infração, destacando ser EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Diz que as penalidades atribuídas pela autuante não são aquelas específicas para uma empresa de pequeno porte, e se tivesse usado corretamente o RICMS-BA podia verificar que existem penalidades para o porte do estabelecimento autuado.

Não satisfeito com a cobrança do ICMS que incide nas operações próprias do autuado, o Fisco ainda impõe penalidades fixas além da cobrança do imposto, uma vez cobrada no presente auto de infração.

Entende que a infração de nº 05 não se aplica a fato ao qual a autuante fundamentou a exigência fiscal, pois não existe amparo no RICMS-BA para aplicação do seu feito, uma vez que se conformou com a tributação do ICMS nas respectivas saídas, sem considerar as MVAS presumidas no anexo 1, mesmo porque, nas maiorias dos casos as margens de valor agregado praticadas pelo autuado eram maiores que as estabelecidas pelo anexo 1 não gerando ônus ao erário

Alega que a infração nº 07 foi gerada em função de a autuante aplicar penalidade, num período, sob o argumento de falta da entrega da EFD. Diz que o imposto gerado pelo estabelecimento autuado foi pago sem qualquer prejuízo à fiscalização, e podia o Fisco se conformar apenas pela entrega do arquivo através de intimação sem aplicação da multa fixa, pois gera um ônus ao contribuinte que não tem de onde tirar, uma vez que se trata de estabelecimento que trabalha com preço populares.

Em seguida, o defendente alega inconstitucionalidade e abusividade das multas aplicadas, ressaltando que o auto de infração evidencia percentuais de 60% de multas, e que tal percentual foge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que vivemos, o que prejudica, de forma considerada, a continuidade dos trabalhos por parte do comerciantes e empresários.

Ressalta que o valor da multa é relevante dentro do valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária, e diz que a jurisprudência já tem se posicionado de outra forma.

Entende que se faz necessário a observância do valor da multa aplicada, bem como, requer que está seja retirada de forma integral, visto que, sua aplicação foge do percentual estabelecido pelos

principais órgãos de fiscalização, como a Receita Federal, e impede de forma direta o pagamento do tributo devido, objeto principal desta infração.

Afirma que em momento algum na fundamentação do seu auto, a autuante destacou uma penalidade ou multa atribuída de forma específica para uma EPP, em consonância com o disposto do art. 179 da Constituição Federal do Brasil, conforme apresentado em item anterior, percebendo-se que as multas aplicadas não são específicas para o porte do autuado.

Diz que a plena comprovação de que a Autoridade Fiscal pretendeu atuar na estrita proteção dos interesses da Fazenda Estadual, a multa aplicada por dolo, de 100% do tributo exigido, atinge elevado percentual do faturamento interno e externo do impugnante, e afigura-se inconstitucional, por afrontar aos princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco.

Cita ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, em especial a construída pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1/RJ. Afirma que, diante do reconhecimento, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina mais abalizada do princípio constitucional que proíbe a utilização de tributos com o intuito confiscatório às multas tributárias, afigura-se perfeitamente claro o caráter confiscatório das multas em tela, eis que fixadas em montantes exagerados e desproporcionais.

Entende que se denota que a aplicação de multas nestes patamares, tendo em vista o grande peso que a carga que os tributos lançados perfazem sobre o total da tributação dos empresários do ramo do Impugnante, além de ser confiscatória, inviabiliza plenamente suas atividades, ensejando a sua redução, sob pena de ferirem-se os princípios constitucionais da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Pede que se tome decisões preferidas pelos TRF da 1ª e 5ª Regiões, em que as multas impostas são reduzidas ao patamar de 20% (vinte por cento), ante o reconhecimento do caráter confiscatório que permeiam multas em percentuais de 75% e 60%.

Assegura que se impõe a conclusão no sentido de que as multas no importe de 100% do montante lançado, se afiguram confiscatórias, desproporcionais e sem qualquer razoabilidade, aviltando o princípio constitucional da capacidade contributiva, sendo medida de rigor, ante a inexistência de prejuízos à apuração dos tributos lançados, nem ao desenrolar da ação fiscal, bem assim, a inexistência de dolo por parte do Impugnante, pleiteia a sua relevância, excluindo-a integralmente e liberando o autuado de seu pagamento.

Também afirma que envidou máximos esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalho a Autoridade Fiscal, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras informações, para que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos pelos fiscalizadores.

Com base nesse raciocínio, entende ser desproporcional e, especialmente, desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados pela autuante, eis que não agiu o defendente com dolo, fraude ou simulação. Pugna pelo reenquadramento das multas aplicadas em todos os itens do AI, com o correspondente cancelamento das multas infligidas e subsidiariamente, pleiteia a sua redução a patamares aceitáveis, quais sejam mínimos estabelecidos pela lei.

Por tudo quanto exposto, consubstanciado nos elementos materiais e jurídicos ora apresentados, requer o autuado, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da Impugnação, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência da infração nº 06 ora defendida, nos exatos termos presentes na Impugnação.

No tocante às infrações relativamente às quais esta JJF visualiza situação de nulidade, o autuado pede que, não obstante o reconhecimento desta, os julgadores decidam pela procedência parcial

das demais infrações, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99.

Entende que, decidindo esta JJF nos termos ora solicitados, certamente se estará evitando um futuro prejuízo para o Estado, o qual certamente acabará arcando com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo, caso esta lide tenha continuidade no Poder Judiciário.

Requer, por fim, direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntada de novos documentos, inclusive na preliminar da informação fiscal, sejam acatadas todas as alegações de defesa.

A autuante presta informação fiscal às fls. 83 a 89 dos autos. Diz que o defendente reconhece integralmente as infrações nº 01, 02, 03; reconhece parcialmente a infração nº 04 e pede nulidade das infrações nº 05, 06 e 07.

Quanto à infração 04, repete a alegação defensiva de que “no quadro de resumo mensal” não foi computado em cada mês o ICMS pago no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas e em notificações fiscais, tendo por consequência cobrança indevida do ICMS”. Diz que o autuado apresenta “o resumo mensal” onde consigna os reais pagamentos do ICMS, e apresenta planilhas que foram confrontadas com o “Mapa de Recolhimento 2016”, elaborado durante os trabalhos de fiscalização e gravado no CD anexado a esse PAF.

Informa que o valor de R\$ 20.162,26 está lançado em março, por isso não está sendo discutido. O DAE no valor de R\$ 2.511,72, apesar de ter sido pago em 31/03/2016 refere-se à nota fiscal nº 617758, que foi lançada no mês de abril (07/04/2016) e, por esse motivo, ele compõe os pagamentos desse período, e não de março como pretende o contribuinte. (DAE anexo fl.78)

O único DAE contestado na tabela elaborada pelo contribuinte é o de valor R\$ 8.421,15. Apesar de ter sido pago em 30/08/2016, refere-se à nota fiscal nº 597589, que foi lançada no mês de setembro (05/09/2016) e, por esse motivo, ele compõe os pagamentos desse período, e não de agosto, como pretende o contribuinte. (DAE Anexo fls 76 e 77).

Afirma que os demais pagamentos estão lançados tanto na planilha do contribuinte quanto na do fisco, não sendo objeto de discussão. O único DAE contestado na tabela elaborada pelo contribuinte é o de valor R\$ 10.590,15. Apesar de ter sido pago em 25/11/2016, refere-se às notas fiscais nº 60725, 152504, 152503, 29595, 39489, 606310, 606311, 31773, 31772, 662442, 131040, 604947, 604054, 604055 e 99971, todas lançadas no mês de outubro e, por esse motivo, ele compõe os pagamentos desse período, e não de novembro, como pretende o contribuinte. (DAE Anexo fl.79). Os demais pagamentos estão lançados tanto na planilha do contribuinte quanto na do fisco, não sendo objeto de discussão.

Quanto ao argumento defensivo de que “Em relação a presente infração houve repetição de cobrança de débito do imposto por parte da SEFAZ-BA, pois a autuada também foi cobrada o mesmo imposto através da notificação nº 232340.1030/16-3, de 10/05/2016, que reclama valor do ICMS histórico de R\$13.508,79”, informa que, de fato, a notificação fiscal nº 232340.1030/16-3 de 10/05/2016, no valor de R\$ 13.508,79, não foi incluída nos pagamentos e, portanto, a reclamação do contribuinte é procedente. Analisando a memória de cálculo às páginas 50 e 51 da notificação fiscal, constatou que parte das notas fiscais refere-se à antecipação total e parte à antecipação parcial, haja vista que não levam MVA na memória de cálculo. E é por isso que no campo “Descrição dos Fatos” à página 48, a referida notificação fiscal traz o texto: “Falta de recolhimento ou a menor da antecipação parcial/total do ICMS...”

Informa que os valores referentes à antecipação total e que devem ser reduzidos do total devido no mês de maio é R\$ 4.159,30. O restante do valor da referida notificação fiscal, isto é, R\$ 9.349,49, se refere ao pagamento do ICMS Antecipação Parcial do mês de maio/2016. Tudo isso de acordo

com o demonstrativo “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária”, da Notificação Fiscal nº 232340.1030/16-3, anexo às páginas 50 e 51 desse processo.

Esclarece, ainda, que não foram feitas na infração 04 glosas de crédito previstas no Decreto nº 14213/2012 relativas à empresa ARCOR DO BRASIL S/A, CGC 54.360.656/0025-11, que teve declaração da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais de que o mesmo não possui o regime especial previsto no Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG, anexada ao processo.

Diz que os demais argumentos do contribuinte questionam a constitucionalidade do referido Decreto, matéria que foge ao escopo dos trabalhos de fiscalização.

Conclui que os valores relativos à Infração 04 ficam mantidos para todos os meses, com exceção do mês de maio que com a inclusão da Notificação Fiscal nº 232340.1030/16-3 fica com saldo zerado.

Infração 06: Informa que o autuado manifesta sua “discordância com o procedimento fiscalizatório” e argumenta que nas planilhas de apuração o fisco cobrou o valor do imposto da antecipação parcial sem considerar que a autuada já vendera as mercadorias, uma vez adquiridas.

Diz que concorda com as alegações do contribuinte, afirmando que, de fato, o autuado recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, mas recolheu devidamente o imposto normal na saída das mercadorias, por isso, considera mais adequado a cobrança apenas da multa, com enquadramento previsto no Artigo 12-A da Lei 7014/96 e tipificação no Artigo 42, Inciso II, alínea “d”, da mesma Lei. Dessa forma, solicita a esse Conselho a conversão dessa infração em multa.

Diz que o contribuinte alega que “no quadro de resumo mensal não foi computado em cada mês o ICMS pago no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas e em notificações fiscais, tendo por consequência cobrança indevida do ICMS indicada nos meses em planilha do preposto da SEFAZ”. A afirmação é vaga e imprecisa, e não indica quais os pagamentos não foram incluídos, exatamente porque não é verdadeira. Todos os DAEs pagos estão incluídos e foram abatidos dos valores calculados. Exceção a isso é apenas e tão somente a notificação fiscal nº 213080.1021/6-1 de 08/03/2016.

Anexa o demonstrativo ajustado a esse auto, no qual foram corrigidos os seguintes pontos, em atendimento às alegações do contribuinte acatadas pela fiscalização. Solicita também a reabertura do prazo para nova manifestação do contribuinte, esclarecendo:

1. Retirada a glosa do crédito prevista no decreto nº 14213/2012 relativa à empresa ARCOR DO BRASIL S/A, CGC 54.360.656/0025-11 que teve declaração da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais de que o mesmo não possui o regime especial previsto no Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG, anexada ao processo.
2. Incluída como pagamento de março/2016 notificação fiscal nº 213080.1021/6-1.

Também esclarece que não houve alteração nos valores devidos no exercício de 2015, já que nos meses desse exercício que são objeto de cobrança, não houve transação com o CGC 54.360.656/0025-11.

Informa que no exercício de 2016, as alterações se concentraram no mês de março, tanto devido à retirada da glosa do crédito prevista no decreto nº 14213/2012 relativa à empresa ARCOR DO BRASIL S/A, CNPJ 54.360.656/0025-11, como devido à inclusão da notificação nº 213080.1021/6-1 nos valores pagos pelo contribuinte, conforme demonstrativo ajustado e gravado em CD anexo a esse PAF. Dessa forma, fica zerado o débito do mês de março. Nos demais meses de 2016 que são objeto de cobrança nesse PAF os valores permanecem os mesmos, já que neles não há transação com o CNPJ 54.360.656/0025-11.

Com a conversão da infração 06 em multa os valores a serem recolhidos pela empresa passam a ser os discriminados na planilha que elaborou, cuja cópia em meio magnético encontra-se em CD anexo ao processo.

Infração 05: Reproduz as alegações defensivas e afirma que apesar de enquadrada como EPP no cadastro da Sefaz, a empresa autuada descumpre os requisitos para tal enquadramento previsto na no Capítulo II, Artigo 3º da Lei Complementar 123, de 14/12/2006, e devido a isso, foi tratada como uma empresa de porte normal.

Informa que o faturamento do autuado foi de R\$ 8.362.089,33 no exercício de 2015 e R\$ 10.220.778,78 no exercício de 2016 (DMA's anexas pgs 80 e 81). Trata-se, portanto, de uma empresa normal, tendo sido inclusive intimada ao final da fiscalização para proceder a mudança de porte (intimação anexa fl. 82).

Entende que a tipificação está muito clara, adequada e fundamentada no auto, e é uma multa aplicada pela mudança na sistemática de tributação. O contribuinte tratou como normal, mercadorias enquadradas na substituição tributária, e devido a isso mudou a forma de calcular o imposto estabelecido em lei. A diferença entre a MVA estabelecida em lei e a margem de valor agregado praticada pelo contribuinte, não vem ao caso, já que não há cobrança de imposto, apenas aplicação de multa. Mantém na íntegra a infração nº 05

Infração 07: Diz que o autuado alegou que o fato de ter entregue o arquivo quando intimado deveria isentá-lo da multa e que “podia o fisco se conformar apenas pela entrega do arquivo através de intimação, sem aplicação da multa fixa”.

Afirma que a multa é uma penalidade pelo descumprimento do prazo legal de entrega da sua escrita fiscal. Esses dados são de vital importância para a SEFAZ-BA, tanto para o desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização em si (porque sem eles o auditor não fiscaliza), quanto para os trabalhos de cruzamento de dados para o planejamento de todas as ações que dizem respeito à gestão trabalhos de fiscalização, acompanhamento e monitoração dos contribuintes. Conclui que deve ser mantida a infração 07.

O defendente foi intimado quanto à informação fiscal e apresentou manifestação às fls. 96 a 124. Diz que a informação fiscal concordou parcialmente com as alegações da defesa, mas discorda das informações trazidas na impugnação e cria diferença a pagar contra o autuado.

Sobre a infração 06, afirma que a autuante foi justa quando concordou com a manifestação trazida na defesa, que pediu a improcedência da infração, para deixar de cobrar o valor principal da antecipação parcial, entretanto, a auditora fiscal criou uma nova infração dentro do mesmo auto de infração não sendo admissível a sua competência funcional.

Entende que a tipificação da nova infração trazida no mesmo auto de infração é diferente, porque se trata de multa fixa, e diz que tentou ir ao SAC para pedir o parcelamento dentro do prazo de 60 dias para benefício de redução do seu valor em 90% e a atendente sequer encontrou o novo valor alterado. Afirma que a competência de anulação ou improcedência de infração ou alterar os valores decorre por decisão no CONSEF, dentro do período do prazo de pagamento com benefício da redução da multa, e que teve em vigor a Lei nº 13.803 de 23 de novembro de 2017 que concedeu anistia de multa, mas o autuado sequer pode analisar formas de pagamento, uma vez que não exista a nova infração configurada em auto de infração. Ressalta que a improcedência da infração é declaratória de competência dos julgadores e conselheiros do CONSEF.

Infrações 5 e 7: Informa que em razão do seu valor, resolveu aproveitar o novo prazo aberto de 60 dias, para efetuar o pagamento com benefício da redução da multa formal e, diante disso, compareceu para fazer emitir a guia para pagamento dentro do prazo com benefício da redução da multa em 90%, sendo negado no serviço da SEFAZ do SAC. Logo, solicita que reabra o prazo para pagamento com concessão do benefício da multa.

Ressalta o bom comportamento e convivência durante a execução do procedimento fiscal, com a Auditora Fiscal Mônica Cavalcanti Silva Araújo, por meio do lançamento ora impugnado.

O defendente repete as alegações apresentadas na impugnação apresentada anteriormente, afirmando que constatou equívocos que acarretaram a cobrança indevida de infrações apontadas

na autuação, bem como uma inteira incompreensão da acusação fiscal colocada no Auto de Infração.

Antes de adentrar a lide em si, o sujeito passivo comenta sobre dois Princípios que considera da maior importância para o desfecho da presente lide: o da Verdade Material e o da Inquisitorialidade.

Também reproduz a alegação quanto à existência de vícios insanáveis neste processo, provocados pela autuante; vícios estes que implicam nulidade de parte das infrações do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Afirma que após a leitura completa da Impugnação, ficará claro para os membros desta JJF, que este Auto de Infração, possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pela autuante, nos seus trabalhos, não são meramente formais, aproximando-se, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

No mérito, quanto à infração 04, alega que houve repetição de cobrança de débito do imposto por parte da SEFAZ-BA pois do autuado também foi cobrado o mesmo imposto através da Notificação nº232340.Í030/16-3, de 10/05/2016 que reclama valor histórico de R\$13.508,79.

Diz que outro equívoco, ocorreu na apuração da planilha autuante na presente infração, pois, no quadro de resumo mensal não foi computado em cada mês o ICMS pago no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas e em notificações fiscais, tendo por consequência, cobrança indevida do ICMS indicada nos meses em planilha do preposto da SEFAZ- BA.

Também alega que a autuante, durante o seu processo de fiscalização, nos cálculos da substituição tributária, reduziu os créditos fiscais do ICMS destacados em documentos fiscais do contribuinte, por força normativa do Decreto nº 14.213 de 22 de novembro de 2012 que restringe a acumulação do crédito do ICMS quando em determinadas unidades da Federação.

Em relação à restrição do crédito do ICMS por parte do Estado da Bahia, o defendente reclama pela inconstitucionalidade do Decreto do 1.413/2012. Sendo uma norma do executivo limita o crédito do ICMS em matéria própria da Constituição Federal. Diz que a não cumulatividade do ICMS é um princípio constitucional consignado pela lei basilar do direito tributário que não requer emendas por decreto do executivo cessar tal disposição. Por outro lado, as alíquotas aplicáveis as operações interestaduais são disciplinadas pela resolução do Senado Federal nº 22/89.

Ressalta que a apuração da substituição pela utilização da pauta fiscal, fez com que a planilha do fisco gerasse diferença do imposto a maior contra o autuado, e a utilização de pauta fiscal na apuração da substituição tributária, é matéria já pacificada no judiciário, que tem entendimento contrário a essa prática do fisco, logo, o defendente suplica aos julgadores para desconsiderarem tal prática.

Quanto à infração 06 o defendente discorda do procedimento fiscal, alegando que está em total desacordo com o RPAF/BA, bem como as decisões já pacificadas nas Juntas e Câmara de Julgamentos do Estado da Bahia, nas planilhas de apuração, além do fisco cobrar o valor do imposto da antecipação parcial, sem considerar que o autuado já vendera as mercadorias, uma vez adquiridas. Sem saber qual a razão e fundamentação legal de tal procedimento do preposto da SEFAZ, o autuado solicita inominadamente cancelamento desta infração. Repete as demais alegações defensivas já apresentadas na impugnação inicial.

Infração 05: Alega que não existe amparo no RICMS- BA para aplicação do seu feito, ora uma vez que se conformou com a tributação do ICMS nas respectivas saídas sem considerar as MVAS presumidas no anexo 1, mesmo porque nas maiorias dos casos as margens de valor agregado praticadas pela autuada eram maiores que as estabelecidas pelo anexo 1, não gerando ônus ao erário.

Infração 07: Assegura que o imposto gerado pela empresa foi recolhido sem qualquer prejuízo para a fiscalização, e que podia o fisco se conformar apenas pela entrega do arquivo através de intimação sem aplicação da multa fixa, pois gera um ônus ao contribuinte que não tem de onde tirar, uma vez que se trata de estabelecimento que trabalha com preços populares.

Também reproduz todas as alegações defensivas em relação às multas exigidas, afirmando que são inconstitucionais e ofendem Princípio Constitucional proibitivo da instituição de tributos com efeitos confiscatórios.

Pugna o impugnante pelo reenquadramento das multas aplicadas em todos os itens do AI. Pede o cancelamento das multas infligidas e, subsidiariamente, pleiteia a redução das multas a patamares aceitáveis, quais sejam, mínimos estabelecidos pela lei.

Por tudo quanto exposto, consubstanciado nos elementos matérias e jurídicos ora apresentados, requer o autuado, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da Impugnação, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência da infração nº 06 ora defendida, nos exatos termos presentes nesta Impugnação.

No tocante às infrações relativamente às quais esta JJF visualiza situação de nulidade, o autuado pede que, não obstante o reconhecimento desta, os julgadores decidam pela procedência parcial das demais infrações, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 140, dizendo que o autuado repete os argumentos feitos na defesa constante às fls. 18 a 45 do PAF, já respondidos na Informação Fiscal às fls. nº 83 a 89 do mesmo PAF.

Afirma que o defendente traz apenas um novo argumento que diz respeito à conversão da infração nº 06 em multa, fato que provocou a reabertura do prazo de defesa, tendo sido alegado pelo contribuinte que a *“auditora fiscal criou uma nova infração dentro do mesmo auto de infração, não sendo admissível à sua competência funcional”*.

Reitera que solicitou ao CONSEF, a conversão da infração em multa. Dessa forma, submete ao Conselho a decisão já que é o órgão competente para apreciar a matéria.

Diz que o autuado alegou, ainda, que se dirigiu ao SAC para fazer o pagamento das infrações 05, 06 e 07 e que só não o fez porque não foi concedido ao mesmo o benefício da redução de 90% da multa durante a reabertura do prazo de defesa. Isso indica o reconhecimento das infrações 05 e 07 na sua íntegra, bem como da infração 06 com os ajustes propostos na Informação Fiscal.

Por fim, encaminha o presente processo ao CONSEF para os trâmites normais.

VOTO

O defendente alegou existência de vícios insanáveis neste processo, provocados pela autuante. Disse que estes vícios implicam nulidade de parte das infrações do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Conforme estabelece o § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, *“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”*. Quando se verifica a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Constata-se que conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, somente é admitido o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. Por outro lado, não há que se decidir pela

nulidade da autuação sempre que se tipifiquem erros decorrentes de cálculos aritméticos, haja vista que tais equívocos são passíveis de correção.

No caso em exame, não houve necessidade de encaminhar o presente processo em diligência saneadora, considerando que nas informações fiscais a autuante já efetuou as necessárias retificações, acatando as comprovações apresentadas pelo defendente, e foi concedido prazo para a defesa se manifestar, com o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o defendente não apresentou impugnação quanto às infrações 01, 02 e 03. Dessa forma, são procedentes os itens não impugnados considerando a inexistência de lide a ser decidida.

A Infração 04 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março a maio, agosto e novembro de 2016.

Nesta infração, foi apurado o débito total de R\$176.775,49, e o autuado apresentou defesa parcial em relação ao valor de R\$40.711,02, reconhecendo o débito de R\$136.064,47.

No mês de março de 2016, foi lançado pela autuante o débito no valor de R\$43.375,64, tendo sido alegado pelo defendente que não foi considerado no levantamento fiscal o pagamento de ICMS efetuado no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas, no valor de R\$20.162,26, efetuado em 17/03/2016, e R\$2.511,72, pagamento efetuado em 31/03/2016, totalizando R\$22.673,98.

Na informação fiscal, a autuante disse que o valor de R\$20.162,26 está lançado em março, por isso, não há o que discutir, porque já foi incluído no levantamento fiscal. Disse, ainda, que o DAE no valor de R\$2.511,72, apesar de ter sido pago em 31/03/2016, se refere à NF 67758 que foi lançada no mês de abril, e que, por esse motivo, não compõe os pagamentos do mês de março.

Entendo que não assiste razão à autuante, considerando que se trata de pagamento de antecipação tributária de contribuinte não credenciado, sendo devido o imposto na entrada das mercadorias neste Estado. Neste caso, se o pagamento foi efetuado em 31/03/2016, conforme comprova a cópia do Documento de Arrecadação à fl. 78 deste PAF, o referido valor deve compor os pagamentos correspondentes ao mês 03/2016.

O defendente também alegou que houve repetição de cobrança de débito de imposto já exigido por meio da Notificação de nº 232340.1030/16-3, de 10/05/2016 que reclamou valor histórico de R\$13.508,79.

A autuante informou que em relação aos valores da antecipação total, devem ser reduzidos do total devido no mês de maio o valor de R\$ 4.159,30, incluído na Notificação Fiscal. O restante do valor da referida Notificação Fiscal, isto é, R\$ 9.349,49, se refere ao pagamento do ICMS Antecipação Parcial do mês de maio/2016. Tudo isso de acordo com o demonstrativo “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária”, da Notificação Fiscal nº 232340.1030/16-3, anexo às páginas 50 e 51 desse processo.

Conforme Memória de Cálculo à fl. 50, e planilha elaborada pela autuante à fl. 85, na Notificação Fiscal alegada pelo defendente, parte das notas fiscais se refere à antecipação tributária e parte à antecipação parcial, valores que não foram considerados pela autuante no levantamento fiscal. Por isso, em relação à antecipação tributária tratada neste item desta autuação fiscal, deve ser deduzido o valor de R\$4.159,30.

Dessa forma, do valor exigido no mês de março de 2016 devem ser deduzidos: R\$4.159,30 referentes à Notificação Fiscal, e R\$2.511,72 correspondentes ao DAE pago em 31/03/2016, valores que não foram considerados no levantamento fiscal originalmente efetuado, ficando reduzido o débito no referido mês para R\$36.704,62, conforme quadro abaixo:

MÊS/ANO	VALOR EXIGIDO (A)	DAE PAGO (B)	NOTIF FISCAL (C)	VALOR DEVIDO A - B - C
mar/16	43.375,64	2.511,72	4.159,30	36.704,62

Quanto ao mês de agosto de 2016, foi lançado no presente Auto de Infração o valor de R\$1.119,10, sendo alegado pelo defendente que não foram considerados pagamentos efetuados por meio de DAE e GNRE, no valor total de R\$28.600,78, código de receita 1145, conforme planilha que elaborou às fls. 24/25 deste processo.

Na informação fiscal, a autuante afirmou que em relação ao valor de R\$8.421,45, constante na tabela elaborada pelo defendente, apesar de ter sido pago em 30/08/2016, se refere à NF 597589, que foi lançada em setembro (05/09/2016), por esse motivo, entende que o mencionado valor compõe os pagamentos desse mês e não de agosto, como pretendo o autuado.

Não acolho os argumentos da autuante, considerando que se trata de pagamento de antecipação tributária de contribuinte não credenciado, sendo devido o imposto na entrada das mercadorias neste Estado. Neste caso, se o pagamento foi efetuado em 30/08/2016, conforme comprova a cópia do Documento de Arrecadação às fls. 76/77 deste PAF, o referido valor deve compor os pagamentos correspondentes ao mês 08/2016.

Quanto aos demais valores, a autuante esclareceu que estão lançados tanto na planilha do contribuinte quanto na do Fisco, não sendo objeto de discussão.

Assim, ao incluir o pagamento referente ao DAE no valor de R\$8.421,45, o débito apurado no mês em análise (08/2016), não subsiste.

Em relação ao mês de novembro de 2016, consta no demonstrativo de débito do presente Auto de Infração, o valor de R\$3.004,15, e foi alegado pelo defendente que não foram considerados pela autuante pagamentos efetuados por meio de DAE e GNRE, no valor total de R\$24.621,75, conforme tabela que elaborou à fl. 25 deste PAF.

A autuante afirmou que o único DAE contestado pelo Contribuinte é no valor de R\$10.590,15, que foi pago em 25/11/2016, mas se refere a notas fiscais lançadas em outubro, por esse motivo o mencionado pagamento compõe os valores do referido mês e não, mês de novembro. Os demais valores estão lançados tanto na planilha do contribuinte quanto na do Fisco, não sendo objeto de discussão.

Observo que na relação de DAEs à fl. 64 deste PAF consta o valor de R\$10.590,63 e a cópia do DAE à fl. 79 indica como referência o mês 10/2016. Neste caso, concordo com o posicionamento da autuante, de que o referido valor não compõe os pagamentos do mês de novembro de 2016, permanecendo inalterado o débito originalmente exigido.

O defendente também alegou que fornecedores localizados em unidades federativas em guerra fiscal com o Estado da Bahia poderia ser considerado que eles não fazem jus a regime de apuração do ICMS apontados no próprio Decreto 14.213/2012 em suas localidades

A autuante esclareceu que não foram feitas na infração 04 glosas de crédito previstas no Decreto nº 14213/2012 relativas à empresa ARCOR DO BRASIL S/A, CGC 54.360.656/0025-11, que teve declaração da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais de que o mesmo não possui o regime especial previsto no Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG, anexada ao processo.

O autuado reclama pela inconstitucionalidade do Decreto do 1.413/2012. Entretanto, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Em relação ao argumento defensivo de que a utilização de pauta fiscal na apuração da Substituição Tributária é matéria já pacificada no judiciário, que tem entendimento contrário a essa prática do Fisco, logo, o defendente suplica aos Julgadores para ser desconsiderada tal prática. Observo que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado por autoridade superior (art. 167, inciso III do RPAF/BA). O tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, independentemente do contribuinte.

Concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$168.985,37, considerando a exclusão do valor relativo ao mês de agosto e redução do débito relativo ao mês de março.

Infração 05: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, abril, junho a outubro de 2016.

Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

O defendente alegou que não existe amparo no RICMS/BA para exigência da multa, porque houve tributação do ICMS nas respectivas saídas sem considerar as MVAS presumidas no anexo 1 do RICMS-BA/2012, mesmo porque nas maiorias dos casos as margens de valor agregado praticadas pela autuada eram maiores que as estabelecidas pelo referido anexo 1, não gerando ônus ao erário estadual.

A autuante informou que o autuado tratou como normal, mercadorias enquadradas na substituição tributária, por isso, mudou a forma de calcular o imposto estabelecido em lei. Quanto à diferença de MVA que o autuado alegou ter praticado a mais, ressalta que não se trata de cobrança de imposto, e que a tipificação está clara no Auto de Infração, tratando-se de multa aplicada pela mudança na sistemática de tributação.

Observo que a multa exigida neste item da autuação se destina ao contribuinte que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, sendo dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Vale salientar, que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. Dessa forma, concluo pela subsistência desta infração, considerando que a aplicação da penalidade é prevista na Lei 7.014/96, conforme já mencionado, e sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, a autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério, independente, de qualquer outro elemento.

Infração 06: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março, abril, junho, julho e novembro de 2016. Valor do débito: R\$161.635,07.

O defendente alegou que o procedimento fiscal está em total desacordo com o RPAF, bem como as decisões já pacificadas nas Juntas e Câmara de Julgamentos do Estado da Bahia, nas planilhas de apuração além de ter sido cobrado valor de imposto relativo à antecipação parcial sem considerar que o autuado já vendera as mercadorias, uma vez adquiridas.

A autuante concorda com as alegações do contribuinte, afirmando que, de fato, o autuado recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, mas recolheu devidamente o imposto normal na saída das mercadorias, por isso, considera mais adequado a cobrança apenas da multa, com enquadramento previsto no Artigo 12-A da Lei 7014/96, e tipificação no Artigo 42, Inciso II, Alínea “d” da mesma lei. Dessa forma, solicita a esse Conselho a conversão dessa infração em multa.

Com a conversão da infração 06 em multa, os valores a serem recolhidos pela empresa passam a ser os discriminados na planilha que elaborou à fl. 87, cuja cópia em meio magnético encontra-se em CD anexo ao presente processo.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial. Portanto, não elide a imputação fiscal a alegação de que não houve prejuízo aos Cofres Públicos do Estado da Bahia, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Vale ressaltar, que conforme estabelece o art. 157 do RPAF/BA, “Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível...”.

Dessa forma, acato as conclusões da autuante, para exigência da multa no valor total de R\$98.281,88, (conforme demonstrativo à fl. 87), considerando que uma vez comprovada a tributação regular das operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

Infração 07: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro e fevereiro de 2016. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$2.760,00.

O autuado assegurou que o imposto gerado pela empresa foi recolhido sem qualquer prejuízo para a fiscalização, e que podia o fisco se conformar apenas pela entrega do arquivo através de intimação, sem aplicação da multa fixa, pois gera um ônus ao contribuinte que não tem de onde tirar, uma vez que se trata de estabelecimento que trabalha com preços populares.

Concordo com o posicionamento da autuante de que a penalidade é decorrente do descumprimento do prazo legal para entrega da escrita fiscal, e os dados requisitados pelo Fisco são importantes para o desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, inclusive o cruzamento de dados, acompanhamento e controle da arrecadação.

Concluo pela subsistência desta infração, sem a redução da multa requerida pelo defendente, tendo em vista que ficou comprovado o cometimento de infração à legislação tributária estadual, devendo ser aplicada a penalidade estabelecida na legislação, considerando a sua finalidade.

O autuado alegou inconstitucionalidade e abusividade das multas aplicadas, ressaltando que o auto de infração evidencia percentuais de multas, e que tal percentual foge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que vivemos, o que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte do comerciantes e empresários.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência, da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os respectivos percentuais, conforme estabelece o art. 42, inciso da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

<i>INFRAÇÃO Nº</i>	<i>C O N C L U S ã O</i>	<i>IMPOSTO</i>	<i>MULTA</i>
01	PROCEDENTE	12.218,55	-
02	PROCEDENTE	31.055,59	-
03	PROCEDENTE	2.286,65	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	168.985,37	-
05	PROCEDENTE	-	5.792,01
06	PROCEDENTE EM PARTE	-	96.281,88
07	PROCEDENTE	-	2.760,00
T O T A L	-	214.546,16	104.833,89

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281332.0001/17-6**, lavrado contra **REFERÊNCIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$214.546,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$212.259,51, e de 100% sobre R\$2.286,65, previstas no art. 42, incisos II, “d”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$104.833,89**, previstas no art. 42, incisos II, “d” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA