

**A. I. Nº** - 113837.0004/16-6  
**AUTUADO** - JOSÉ MAURÍCIO SOARES  
**AUTUANTE** - PAULINO ALVES DE ARAÚJO  
**ORIGEM** - INFRAZ SERRINHA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 2602.2019

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0022-02/19**

**EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES.** Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não contestada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES INTERNAS.** Comprovada inclusão indevida de nota fiscal no levantamento fiscal. Ajuste realizado pelo autuante quando da informação fiscal. Excluída operação com canjica de milho que é produto tributado. Infração parcialmente subsistente. **b) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO.** Infração não contestada. **b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Ajustes na MVA dos produtos macarrão e aguardente realizados pelo autuante reduzem o valor lançado. Infração parcialmente procedente. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, é devida a antecipação parcial. Retirada operação com óleo de soja Liza, tendo em vista o fato de ter a Lei Complementar 160, de 07 de agosto de 2017 e o convênio ICMS 190/2017 concedido remissão para débitos de igual natureza deste autuado. Mantidos os demais produtos. Infração parcialmente mantida. **5. RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES COM ECF.** O sujeito passivo não conseguiu carrear aos autos qualquer elemento de prova que desconstituísse a acusação fiscal. Infração mantida. **6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTADAS E NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DE IMPOSTO POR PRESUNÇÃO.** A defesa não comprovou o registro dos referidos documentos fiscais na sua escrituração fiscal. Convertida a exigência de imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória pela conduta do contribuinte. Incabível a

exigência de imposto por presunção no caso em tela.  
Infração procedente em parte. Auto de Infração  
**PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 26 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 339.121,76, além de multas de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.01.** Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no montante de R\$ 40.982,44, multa de 60%, para fatos arrolados nos meses de janeiro e abril de 2014.

Infração 02. **01.02.03.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto, nos meses de janeiro a março de 2014, no valor de R\$10.253,74, proposta multa de 60%.

Infração 03. **01.02.06.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no total de R\$ 16.633,20, multa de 60%, para fatos verificados nos meses de janeiro a abril de 2014.

Infração 04. **07.01.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, no valor de R\$ 4.945,53, multa de 60%, no mês de outubro de 2014.

Infração 05. **07.01.02.** Efetuou 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 perfazendo um total de R\$ 21.740,72, nos meses de fevereiro a julho de 2014, setembro e novembro de 2015. Multa de 60%.

Infração 06. **07.15.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização perfazendo R\$ 39.486,30, além de multa de 60%, fatos verificados em janeiro e fevereiro de 2014.

Infração 07. **03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no total de R\$133.501,80, multa de 60%, fatos constatados nos meses de janeiro, março a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

Infração 08. **02.01.02.** Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Presunção de saídas anteriores por dar entradas no estabelecimento de mercadorias ou serviços e não escriturar nos livros fiscais próprios, autorizada conforme determinação do artigo 4º, parágrafo 4º, Inciso IV, da Lei 7.014/96, no valor de R\$ 71.578,03, multa de 100%, para ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 60 a 66, onde, após breve resumo da autuação, para a infração 02, aponta que o autuante, ao levantar os créditos de ICMS escriturados nos livros fiscais, glosou indevidamente todos os créditos de ICMS, trazendo a título de exemplo a Nota Fiscal 132006, emitida por Indústrias Alimentícias Maratá Ltda. - SDR, tendo como mercadoria canjica de milho amarelo Jackeline, gerando um crédito de R\$103,60, já que o mesmo tratou como produto isento, na forma do Anexo 01.

Esclarece que o RICMS, de forma expressa, traz os produtos desta natureza que são isentos de ICMS, conforme artigo 265, inciso II, alínea “d”, transcrito, motivo pelo qual requer a improcedência total desta infração.

Quanto a infração 03, indica ter o autuante efetuado levantamento alegando que o contribuinte havia se creditado de mercadorias da substituição tributária. Todavia, acontece que para dar sustentação a tal afirmação, deveria o mesmo trazer aos autos a fundamentação para dar o lastro jurídico necessário, o que faz com que se incline pela improcedência total da mesma.

Na infração 05, assevera ter o autuante em seu levantamento realizado através do demonstrativo 01 identificado o valor devido do ICMS-ST referente a vários produtos e respectivamente de várias notas fiscais. Ocorre que, tratará especialmente dos produtos “aguardente de cana Jangada e Pirassununga”, como também o produto “Macarrão”.

Com relação aos produtos “Aguardente de Cana Jangada e Pirassununga 51”, ambos com a NCM 2208400, foi aplicada indevidamente a MVA de 55,56%, quando deveria ser aplicada a de 36,81%, prevista sua aplicação até 09/06/2014, conforme previsto no anexo I do Regulamento do ICMS de 2012, combinado com o Protocolo 15/06, reproduzido.

Para o produto Macarrão, NCM 19021900, descrito na nota fiscal e levantamento do Autuante como M Verde, o mesmo aplicou indevidamente a MVA de demais produtos 45,66%, entretanto, existe MVA específica para o produto macarrão que é de 20%, além disto, está prevista também a aplicação da pauta (anexo 11).

Ao emitir as Notas Fiscais 216.265 e 220.864, o fornecedor Petisco, aplicou ao seu entender, corretamente a pauta para massas alimentícias comuns, ou seja, R\$ 3,32 por quilograma, valor este já cobrado pelo próprio na condição de substituto tributário, ressaltando que tal aquisição foi realizada junto a fornecedor de Estado não signatário, sendo aplicado o anexo 1 do RICMS/2012, item 33.1.

Diante do exposto requer que seja retificada a planilha supracitada para que sejam levantados os novos valores e desde já impugna a quantia de R\$ 4.754,85, na forma dos anexos 02 a 10.

Em relação à infração 06, pede a devida vênia para arguir que os produtos relacionados na respectiva planilha, possuem base de cálculo reduzida em operações internas, e por consequência, não cabe recolhimento de antecipação parcial sobre os mesmos, motivo pelo qual entende ser improcedente a autuação neste item.

Quanto a infração 07, aduz a necessidade de o autuante trazer a baila todos os fundamentos legais para justificar a não aplicação da alíquota que este atribuiu, o que o faz entender ser também improcedente esta infração.

Por fim, para a infração 08, anota que em levantamento efetuado pelo autuante e demonstrado na planilha denominada “Demonstrativo T” foram elencadas várias notas fiscais alegando *“presunção de saídas anteriores por dar entradas no estabelecimento de mercadorias ou serviços e não escriturar nos livros fiscais próprios...”*, caracterizando, na sua ótica, o “estouro de caixa”.

Na sua ótica, várias notas fiscais foram apropriadas indevidamente, com CFOPs - Código Fiscal de Operação, 6921 (Devolução de vasilhame ou sacaria), como também 5949 (Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado) e 5411 (Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), perfazendo um montante no valor de R\$ 257.116,55 para o ano de 2014, ver anexos 12 a 45.

Para o ano de 2015 indica que além de existirem Notas Fiscais com CFOP 6921, incorreu também a autuação em equívoco, vez que algumas notas com operação de compra e venda CFOP 5102 e 6401 não estavam registradas, sendo as mesmas de n.º 55.430, 699.127 e 700.750 conforme Anexos 46 a 74 e 77 a 78, alcançando assim um montante de R\$ 313.144,12.

Frisa que todas as operações supracitadas, não influenciam sobre a tipificação aplicada, ou seja, as devoluções de vasilhame, notas que foram registradas, porém não foram identificadas, devoluções de clientes, não são fatos geradores de uma presunção de saídas que possa causar prejuízos ao erário público.

Desta forma, após o levantamento efetuado, para o ano de 2014, expurgando o valor de R\$ 257.116,25 do total das operações, aplicando a proporcionalidade que fora levantada pelo autuante, aponta como devida base de cálculo de R\$ 51.559,37, perfazendo um valor devido de R\$ 8.771,88.

De igual maneira, após o levantamento efetuado, para o ano de 2015, extraindo o valor de R\$ 313.144,12 do total das operações, aplicando a mesma proporcionalidade que fora levantada, entende devida uma base de cálculo de R\$ 80.960,16, perfazendo um valor devido a título de imposto de R\$13.763,23.

Para um melhor entendimento, afirma se encontrar apensada, planilha comparativa e documentos demonstrando os novos valores levantados pelo contribuinte, para que sejam tomados como referência, nos anexos 75 e 76.

Por fim, solicita sejam levantados os novos valores desta infração e como também a improcedência parcial da mesma, no valor de R\$ 49.042,92.

Conclui, solicitando a nulidade parcial do auto de Infração no valor de R\$ 253.672,81, de acordo com as evidências apresentadas, visto que o mesmo realiza uma cobrança injusta e indevida.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 147 a 149 esclarece que mantém em parte a presente ação fiscal, pois a mesma está embasada na legislação pertinente a matéria e apenas pequena parte das alegações do contribuinte procede, as quais serão contestadas uma a uma.

Para a infração 02, rebate o argumento defensivo, esclarecendo que para o produto canjica de milho, deu tratamento como sinônimo de fubá e/ou farinha de milho, acolhendo a tese defensiva, sendo que as demais Notas Fiscais de emissão da COOP. ARROZEIRA EXTREMO SUL LTDA., do Estado do Rio Grande do Sul, destinam arroz beneficiado (produto isento) para a empresa autuada. E por ser, efetivamente, produto isento o arroz, conforme prevê o artigo 265, inciso II, alínea “c” do RICMS/2012, e tendo a empresa usado indevidamente os créditos ali destacados apurou e glosou esses valores indevidamente utilizados e formalizou a infração em lide, conforme “Demonstrativo de Utilização Indevida...”, anexo aos autos à fl. 15.

Assim sendo, mantém a infração em quase sua totalidade, abatendo R\$ 103,60, até pelo seu ínfimo valor, restando a recolher de R\$ 10.150,14.

Na infração 03, frente ao argumento defensivo diz se tratar de meramente protelatório, reafirmando o entendimento de ser descabido, com o único intuito de apenas ganhar tempo, uma vez que para apurar os créditos ora reclamados, além de elaborar o “Demonstrativo de Utilização Indevida de Crédito...”, anexo aos autos a fl. 16, onde constam os usos indevidos de créditos de mercadorias da substituição tributária como: açúcar cristal e aguardente de cana Jangada, também anexou aos autos todas as cópias das Notas Fiscais ali relacionadas, bem como das folhas do Livro Registro de Entradas de Mercadorias, onde consta o efetivo uso indevido dos referidos créditos ora reclamados, conforme fls. 19 a 40 dos autos.

Dessa forma, mantém em sua totalidade essa infração.

Quanto à infração 05, diante da alegação da defesa de ter, no “Demonstrativo 01” lançado ICMS ST, usando MVA a maior para os produtos: aguardente de cana Jangada, Pirassununga e macarrão, pedindo a retificação da planilha e que seja abatido da mesma o valor impugnado de R\$ 4.754,85, após análise do mesmo, constatou, efetivamente, a aplicação de MVA maior que a devida, motivo pelo qual retificou as MVAs, aplicando 36,81% para aguardentes até 09/06/2014 e 20% para o produto macarrão.

Ante o exposto, após retificar a planilha, restou devido recolhimento a menor de ICMS por antecipação, no valor de R\$ 17.179,58, maior em R\$ 193,70 do reconhecido pela autuada, pois nos meses de setembro e novembro de 2015, apurou os valores respectivos de R\$ 71,20 e R\$ 122,50, destacados nas respectivas notas fiscais com pagamentos não confirmados, ficando a autuada solidariamente responsáveis por estes valores, trazendo anexo, novo Demonstrativo 01, retificado.

Na infração 06, da mesma forma, não acata a alegação da defesa, sob o argumento de que a mesma não condiz com a verdade dos fatos, pois na planilha em tela, Demonstrativo 02

(Antecipação Parcial) anexo aos autos à fl. 45, os produtos ali contidos são leite em pó fabricados (industrializados) nos Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, (Notas Fiscais. 041.130 e 035.944) isto é, produzidos fora do Estado da Bahia, portanto não contemplados com a Redução da Base de Cálculo, conforme prevê o artigo 268, inciso XXV do RICMS/2012.

Fala que os outros dois produtos relacionados na planilha são creme de leite e óleo de soja, sendo o primeiro também produzido no estado do Rio Grande do Sul, tributado normalmente não contemplado por qualquer redução, e o segundo, apesar de contemplado com redução da base de cálculo, é remetido por uma empresa distribuidora (PÉROLA DISTRIBUIÇÃO) do Estado de Goiás, que de acordo com o Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, possui restrição ao uso integral do crédito, neste caso, admitido apenas 7%, e como a alíquota interna do produto é 12%, entende ser devida a antecipação parcial.

Garante ter a defesa o intuito de ganhar tempo, opinando pela manutenção total da infração no valor original de R\$ 39.486,30, estando em anexo cópias das Notas Fiscais e das páginas do livro Registro de Entradas onde se encontram registradas as mesmas.

Já na infração 07, diante do argumento do contribuinte de que deveria trazer à baila todos os fundamentos legais para justificar a não aplicação da alíquota que atribuiu, pontua não entender aonde quis chegar a impugnante, haja vista que suas alegações não possuem qualquer base legal.

Apona contradição na afirmação de que não teria atribuído uma alíquota, vez ter feito na apuração desta infração atribuição de alíquotas corretas após abertura da memória fita detalhe (MFD) da empresa autuada e a constatação de que ela teria aplicado nas suas saídas através ECF, alíquotas menores do que às previstas na legislação, sendo essa ação indevida geradora de valor de ICMS a recolher no final de cada período bem inferior ao devido.

Dessa forma, com a constatação da irregularidade acima apontada, diz ter lavrado o “DEMONSTRATIVO 4 – DÉBITO DE ICMS – ECF”, anexo aos autos em mídia a fl. 13, apurando um débito de ICMS a recolher do valor histórico de R\$ 133.501,80, se posicionando pela manutenção da infração em tela em sua totalidade, pois, efetivamente, todos os fundamentos legais estão ali elencados.

Finalmente, na infração 08, diante da alegação defensiva de no “DEMONSTRATIVO T” estarem elencadas várias Notas Fiscais não susceptíveis de presunção de omissão de saídas anteriores, assegura que ao verificar os anexos 12 a 78 apresentados pela empresa, constatou, efetivamente, que algumas ali anexadas não deveriam fazer parte da presunção de omissão de saídas, pois não constituem em uma operação onerosa (compras) e sim de devoluções de vasilhame em sua grande maioria, com exceção da Nota Fiscal 003.223 (fl. 112) que só o valor de R\$ 1.620,00 não se trata de operação onerosa (CFOP 5949), o outro item, trata-se de compras de 180 caixas de Velho Barreiro, CFOP 5403, operação onerosa.

Assim sendo após retificar o referido “DEMONSTRATIVO T” e o “DEMONSTRATIVO C”, excluindo dos mesmos todas as Notas Fiscais elencadas indevidamente nos demonstrativos anteriores, pois apesar de não escrituradas não se constituíam em uma operação onerosa, ainda assim, apurou falta de recolhimento no valor de R\$ 22.866,27, sendo, portanto, maior em R\$ 331,16 do que o reconhecido pela autuada em sua defesa, pelas razões já expostas, relativas à Nota Fiscal 003.223.

Ante o acima exposto, após refazimento dos Demonstrativos das infrações 05 e 08 acima referidos, ora anexos aos autos em mídia e provando a veracidade dos fatos levantados, opina pela procedência em parte do Auto de Infração em tela, ficando o valor a recolher de R\$285.745,26 valor histórico, tendo em vista que a defesa não se referiu as demais infrações que compõem o presente.

Intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, através de Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 158 e 159), o autuado não se manifestou.

Consta às fls. 161 a 164, extrato de pagamento de parte do débito correspondente ao principal de R\$ 85.448,95.

Na sessão de julgamento, compareceu o advogado da empresa autuada, o qual, quando da sua sustentação oral, reiterou todos os termos defensivos postos anteriormente.

## VOTO

O lançamento constitui-se em oito infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação por parte da empresa autuada, as de número 02, 03, 05, 06, 07 e 08 e atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Inexistindo matéria preliminar a ser analisada, adentro no mérito da autuação, observando inicialmente que as infrações 01 e 04, por não terem sido contestadas pelo sujeito passivo são tidas como procedentes, se encontrando fora da lide.

Quanto as demais infrações, objeto de impugnação, serão analisadas de *per si*, iniciando pela de número 02, em relação a qual o argumento defensivo é o de que a infração seria indevida diante da inclusão de nota fiscal relativa ao produto canjica de milho amarelo da marca “Jackeline”, no que foi acompanhado pelo autuante, em sede de informação, fiscal, o qual retirou tal produto do levantamento realizado, mantendo as demais Notas Fiscais, vez se tratarem de arroz, produto isento.

Analisando a matéria, efetivamente o uso do crédito fiscal é vedado para as operações realizadas com isenção, caso em foco, de acordo com a acusação, restando apenas se verificar presente ou não tal mecanismo.

O artigo 265 do RICMS/12 enumerava em 2014 os produtos e as operações isentas de ICMS, estando no inciso II, alínea “a”, a previsão de isenção para feijão e arroz em operações internas, o que mantém a infração, a menos que a autuada comprovasse que as suas vendas teriam ocorrido para outras unidades da Federação, em operações interestaduais, o que motivaria a manutenção proporcional do crédito fiscal apropriado, o que não se encontra provado nos autos, e que leva a manutenção da acusação quanto a tal produto (arroz).

Quanto ao produto canjica de milho, tratado pelo autuante segundo suas palavras como sinônimo de fubá e/ou farinha de milho, constato que a isenção, na redação do RICMS/12 em vigor à época dos fatos geradores, estava prevista para fubá e farinha de milho.

O fubá de milho vem a ser o grão do milho extra moído e peneirado, o que lhe dá consistência ultrafina. De acordo com a ANVISA, a farinha de milho e o fubá são sinônimos, e são produtos obtidos pela moagem do grão de milho, desgerminado ou não, peneirados, devendo ser enriquecida com ferro e ácido fólico (Resolução RDC 150, de 13 de abril de 2017). No Brasil existem dois tipos de fubás de milho, o branco que é mais conhecido na região Sul e o amarelo, mais conhecido no Sudeste.

Já a canjica de milho é o grão de milho, branco, mesclado ou amarelo triturado por meio mecânico, inclusive pilão, apresentando textura que a difere da farinha, vez que não peneirado, e a canjiquinha também se apresenta como pedaços de grãos, sendo a sua diferença para a canjica verificada pela presença de maior ou menor percentual de grãos inteiros retidos em medidas de peneiras, na forma da Classificação Física da Canjica de Milho do Ministério da Agricultura, (SDA/CGAL), datada de 08/04/2013, mas sem ser farinha, também pela ausência de peneiramento. A imagem dos produtos, nas quais se evidencia a diferença entre a mesma e a farinha ou fubá pode ser verificada em [www.maratá.com.br/produtos](http://www.maratá.com.br/produtos).

Logo, pela descrição, se constata que a farinha ou fubá de milho, produtos isentos do ICMS de acordo com a legislação do estado da Bahia, não pode ser confundido com a canjica, produto

tributado normalmente, com possibilidade de utilização de crédito fiscal destacado no documento em operação de aquisição interestadual. Logo, correto o procedimento do autuante em realizar a exclusão do mesmo do levantamento, o que concorre para a procedência parcial da infração em R\$ 10.150,14, como demonstrado na informação fiscal prestada, sendo alterado apenas o valor lançado no mês de fevereiro de 2014, reduzido para R\$ 4.104,10, retificado o demonstrativo de fl. 15.

Da análise da infração 03, a defesa se prende ao argumento de caber ao autuante trazer aos autos a fundamentação para dar o lastro jurídico necessário para tal lançamento, com o que o mesmo não concorda, asseverando que a cobrança recaiu sobre açúcar cristal e aguardente de cana, que à época dos fatos geradores, se encontravam na condição de sujeitas a substituição tributária.

Efetivamente, se trata a tese da defesa em alegação desprovida do necessário embasamento, haja visto que o autuante, no campo próprio do Auto de Infração nominou como infringidos os artigos 9º (*ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei*) e 29, § 4º, inciso II (*é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita, para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior*) da Lei 7.014/96, a qual caracteriza de forma clara a conduta infracional do sujeito passivo de se utilizar de crédito fiscal em operações relativas a produtos submetidos à substituição tributária, uma vez que, se está encerrada a fase de tributação, não é mais cabível nem o débito pelas saídas nem o crédito pelas entradas, o que estriba a acusação fiscal e lhe dá o devido suporte legal. Infração mantida.

Infração 05 a lide se resume a divergência de entendimento quanto a MVA a ser aplicada aos produtos aguardente e macarrão. Para o primeiro, de NCM 2208400, foi aplicada indevidamente a MVA de 55,56%, quando deveria ser aplicado o percentual de 36,81%, vigente até 09/06/2014, conforme previsto no anexo I do Regulamento do ICMS de 2012, combinado com o Protocolo 15/06, ao passo que para o produto Macarrão, NCM 19021900, foi aplicada indevidamente a MVA de “demais produtos” 45,66%, entretanto, existe MVA específica para o mesmo que é de 20%, além disto, está prevista também a aplicação da pauta (anexo 11).

O autuante, quando da informação fiscal, refez os cálculos, diante do reconhecimento de ter utilizado MVA efetivamente incorreta para a aguardente e o macarrão, produtos invocados pela defesa, reduzindo o débito para o montante de R\$ 17.179,58.

Analisando o Anexo 01 ao RICMS/12, verifico que no item 5.1 havia previsão em 2014 até 30/11/2015 de substituição tributária para aguardentes com CFOP 2207 e 2208 (esta última caso das mercadorias autuadas), com MVA de 36,81% até 09/06/2014, na forma do Protocolo 15/06. Já no item 33.1 se encontra o produto “macarrão”, com NCM 1902.1, cuja MVA prevista para fins de substituição tributária é de 20%, tanto em 2014, como em 2015.

Assim, o argumento defensivo possui a devida pertinência, tendo agido de forma correta o autuante ao fazer os devidos ajustes para o período, no valor de R\$ 17.179,58, quase coincidente com aquele indicado na defesa, que acolho neste momento, até pelo fato de a empresa não mais se insurgir após a informação fiscal contra tal valor, julgando a infração procedente em parte naquele montante.

Infração 06 os produtos arrolados são creme de leite, leite em pó e óleo de soja. Para o creme de leite, a legislação vigente à época dos fatos geradores (janeiro e fevereiro de 2014) assegurava no inciso XIX do artigo 266 do RICMS/12 a redução de base de cálculo “*das operações internas com os produtos derivados de leite, indicados a seguir, realizadas pelo fabricante, estabelecido neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento)*”:

*a) leiteiro, leite e creme de leite coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau”.*

Ou seja, a redução de base de cálculo prevista na legislação estava condicionada ao fato do produto ser produzido por fabricante do estado da Bahia, o que não é o caso dos autos, daí porque devida a cobrança do imposto a título de antecipação parcial.

Da mesma forma, para o leite em pó, na redação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores, qual seja, o Decreto 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13, efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15, previa, no mesmo artigo 268, inciso XXV, a redução de base de cálculo *“das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)”*.

Como as entradas de tal produto foram oriundas dos estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, ou seja, foram tributados na origem a 7%, e não atenderam a condicionante de terem sido produzidos no estado da Bahia, ficam mantidas no lançamento.

No caso específico da mercadoria “óleo de soja Liza”, constante à Nota Fiscal 73.501 de 19/02/2014 tendo sido emitida por Pérola Distribuição e Logística Ltda., CNPJ 06.204.131/0002-58, sendo o valor da operação R\$ 48.500,00 e ICMS de R\$ 5.820,00 consoante se verifica no documento de fl. 156, o autuante entende que tal documento deva ser arrolado, e o imposto lançado, diante do fato de que o Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, possui restrição ao uso integral do crédito, neste caso, admitido apenas 7%, como a alíquota interna do produto é 12%, daí entende ser devida a antecipação parcial, ou seja, uma diferença de 5%.

A questão de fundo é de natureza eminentemente jurídica, e nesta ótica será analisado, a começar pela Lei Complementar 24/75, a qual ainda vige, vez não ter sido expressamente revogada, e que visava dispor sobre os Convênios para a concessão de isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM).

Tal Lei Complementar em questão que teria sido recepcionada pelo atual ordenamento constitucional, determinando que as isenções e demais benefícios fiscais relativos ao ICM seriam concedidos ou revogados nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, explicitando no artigo 8º, incisos I e II:

*“Art. 8º A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:*

*I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;*

*II – a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente”.*

Desta maneira, a utilização de quaisquer benefícios fiscais de ICMS concedidos por Lei Estadual sem a anuência do CONFAZ, não poderiam ser considerados como regulares, pois a lei e os benefícios fiscais em questão seriam inconstitucionais, conforme contido no artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta Magna, combinado com tal artigo 8º, incisos I e II, LC 24/75.

Diante do estabelecimento da denominada “guerra fiscal” entre as diversas unidades da Federação, que segundo alguns estudiosos decorreu da omissão do CTN no que diz respeito às regras necessárias à composição de eventual conflito de interesses entre as unidades federadas. Ou seja: foi instalada uma luta pelos entes Federados *“para atrair para seus respectivos territórios investimentos internos e externos capazes de promover o desenvolvimento industrial, comercial e social de suas regiões”* como conceitua José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 15ª Ed. 2009, p. 25). Assim assistiu-se a uma verdadeira “feira de ofertas tributárias” abarcando concessões de isenções, reduções de base de cálculo ou várias outras formas de incentivos fiscais.

Chamado a se pronunciar, o Supremo Tribunal Federal (STF) ensejou decisões como a que ao apreciar ADI sobre o tema em pauta, declarou inconstitucional Lei Estadual do Estado do Paraná



que concedia incentivos fiscais de ICMS sem a aprovação do CONFAZ, conforme a seguinte Ementa:

*“I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.*

*1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75.*

*2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio.*

*3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica.*

*4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento”. (ADI 4.481/PR – Relator: Ministro Luís Roberto Barroso – Data do julgamento – 11/03/2015).*

Com o fito de minimizar tal prática, a Lei Complementar 160, de 07 de agosto de 2017, permitiu que, mediante Convênio, os Estados e o Distrito Federal deliberassem sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, alterando a Lei 12.973, de 13 de maio de 2014, estipulando em seu artigo 1º que “*Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:*

*I - a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;*

*II - a reinstituição das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais referidos no inciso I deste artigo que ainda se encontrem em vigor”.*

Como decorrência de tal comando, foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017 que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto mencionado na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

A sua Cláusula segunda assim prevê:

*“As unidades federadas, para a remissão, para a anistia e para a reinstituição de que trata este convênio, devem atender as seguintes condicionantes:*

*I - publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos, conforme modelo constante no Anexo Único, relativos aos benefícios fiscais, instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal;*

*II - efetuar o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais mencionados no inciso I do caput desta cláusula, inclusive os correspondentes*

*atos normativos, que devem ser publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária instituído nos termos da cláusula sétima e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ.*

*§ 1º O disposto nos incisos I e II do caput estendem-se aos atos que não se encontrem mais em vigor, observando quanto à reinstituição o disposto na cláusula nona.*

*§ 2º Na hipótese de um ato ser, cumulativamente, de natureza normativa e concessiva, deve-se atender ao disposto nos incisos I e II do caput desta cláusula.*

*§ 3º A Secretaria Executiva do CONFAZ responsabiliza-se pela guarda da relação e da documentação comprobatória de que trata o inciso III do § 2º da cláusula primeira e deve certificar o registro e o depósito”.*

Ou seja, o Convênio determina os procedimentos acima enumerados a serem obedecidos pelos estados.

Ainda em atendimento ao prazo estabelecido no inciso I da cláusula terceira do referido Convênio, tal como fez o Estado da Bahia em relação aos seus atos normativos vigentes, por meio do Decreto 18.270/18, os demais Estados publicaram, em seus respectivos Diários Oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos citados no Anexo Único do Decreto 14.213/12, visando à remissão dos eventuais créditos tributários existentes.

Decorrente do citado Convênio, o Secretário Executivo do CONFAZ, publicou em 09 de agosto de 2018, o Despacho 102, com vistas a regular a forma e o procedimento de entrega da reinstituição dos benefícios fiscais, previsto nas cláusulas sétima e nona do Convênio ICMS 190/17. Tal medida parece ser o fim, ou ao menos uma trégua na “guerra fiscal”, o que acaso implementada, significará o fim não somente de tais benefícios ao arrepio do consenso naquele Órgão, como, de igual modo, a inexistência de dispositivos legislativos limitadores como o constante no Decreto 14.213/2012.

O entendimento vigente neste CONSEF, em relação à matéria ora apreciada é pacífico, podendo mencionar decisões como os Acórdãos JJF 0160-02/18 e 0103-01/18. Logo, diante de tais posicionamentos, que demonstram inexistir qualquer discussão a respeito no âmbito do Órgão de julgamento administrativo, a decisão está atrelada ao mero cumprimento do Convênio 190/17.

Pelos expostos motivos, a inclusão de tal documento é indevida, devendo o mesmo ser excluído do levantamento, até pelo fato de nos termos previstos no artigo 156, inciso IV do CTN estar extinto qualquer crédito tributário a respeito, de acordo com previsão no Convênio ICMS supramencionado.

Assim, julgo a infração procedente em parte, no valor de R\$ 37.061,30, sendo mantida a ocorrência apenas para o mês de janeiro de 2014, e excluída aquela lançada para o mês de fevereiro do mesmo ano, no demonstrativo de fl. 15.

Na infração 07, o argumento defensivo é o de que não teria o autuante indicado o fundamento legal para a mesma, com o que o mesmo não concorda. Para a resolução desta matéria, basta apenas a leitura da peça exordial, onde se encontra a indicação de que os artigos infringidos seriam os 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96.

Nestes, o artigo 15, determina as alíquotas aplicáveis às diversas operações ocorridas neste estado, o artigo 16 traz aquelas alíquotas que não se enquadram nas hipóteses e/ou produtos indicados no artigo 15, e o artigo 16-A aponta as situações e produtos sobre os quais incidirá o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Ao aplicar nas operações realizadas com ECF alíquotas inferiores às previstas na legislação, com a consequente tributação a menor dos produtos comercializados, agiu a autuada contrariamente à legislação, especialmente aos artigos acima mencionados, aí estando a base legal para o lançamento, lembrando que a ninguém é dado o direito de alegar desconhecimento da lei, como quer fazer crer a defesa apresentada. Por tal razão, a infração deve ser mantida.

Por fim, na infração 08, a qual, de acordo com o autuante, encontra-se estribada na presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, segundo o qual:

*“Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*(...)*

*§ 4º. Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

*I - saldo credor de caixa;*

*II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;*

*III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*

*IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

*V - pagamentos não registrados;*

*VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

*a) instituições financeiras;*

*b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*

*c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*

*VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”.*

De tal inteligência se verifica, de plano, que o legislador estabeleceu duas vertentes para a ocorrência da presunção: exame nos livros contábeis da empresa e informações advindas de terceiros.

No primeiro caso, temos as hipóteses dos incisos I a V, ao passo que nos incisos VI e VII encontram-se presunções advindas de informação de terceiro, caso das administradoras de cartões de débito e crédito, das instituições financeiras e shopping centers.

Feita esta colocação, observo que o autuante, e seu trabalho fiscal embasou-se nos lançamentos constatados da análise do Livro Registro de Entradas de Mercadorias, não se reportando, em momento algum, a exame levado a efeito na contabilidade da empresa, para fins de constatação de tais lançamentos de notas fiscais.

Nesta hipótese, entendo, em alinhamento com diversas decisões deste Colegiado, que apenas e tão somente, com base na escrituração fiscal, seria possível o lançamento da multa de 1% estabelecida no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96 segundo a qual cobrar-se-ia “1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”, não sendo possível o lançamento de imposto, a menos que comprovado que a falta de registro ocorreu na contabilidade da empresa, o que não se verificou, ou não se informa e prova nos autos.

Tal entendimento encontra-se estribado, como afirmado anteriormente, em julgados deste Conselho, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0204-12/16 o qual possui a seguinte Ementa:

*“ICMS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **Quando esta situação ocorre, a lei autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. A ocorrência foi constatada pela falta de contabilização de entradas de mercadorias.** Comprovada a inadequação do roteiro de fiscalização da forma como foi aplicado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser “hotel”, com venda de serviços de hospedagem com fornecimento do serviço “all inclusive”, cuja operação sujeita-se ao pagamento de imposto municipal”. Modificada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO e, de ofício, julgar Improcedente o Auto de Infração. Decisão unânime”.* (grifei).

Por outro lado, posso mencionar, de igual forma, decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada em 10 de novembro de 2015, à unanimidade, através do Acórdão 0220-04/15, cujo texto a seguir destaco: “...a cobrança realizada é de imposto, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias, sem o registro dos documentos fiscais nos livros próprios, o que configuraria pagamento das aquisições com recursos decorrentes de operações anteriores sem notas fiscais, podendo ser apurada através dos registros contábeis, especialmente o livro caixa. Desta forma, o autuante deveria lançar a falta de escrituração dos documentos fiscais na escrita contábil, da empresa.

Todavia, nas informações constantes nos autos, facilmente se constata que foram verificados apenas e tão somente os livros fiscais, o que torna o roteiro aplicado incompatível com a infração lançada, pois ao cobrar imposto por presunção, não ficou comprovada a realização de qualquer exame contábil pelo autuante, o que inviabiliza a autuação quanto a este item, e diante das hipóteses elencadas no artigo 18 do RPAF/99, de ofício, a julgo nula”.

Na mesma esteira, cito Decisão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, o qual, através de sua 1ª Câmara de Julgamento proferiu o Acórdão 20.379/11/1ª, o qual possui a seguinte ementa a respeito de tal tema:

“OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75. Entretanto, excluem-se a multa isolada vinculada às mercadorias recebidas por transferência de outro estabelecimento do mesmo titular, em face da conexão com a Multa Isolada do art. 55, inciso II da mesma lei. Adequação da penalidade remanescente, ao disposto na alínea “b” do mesmo dispositivo, quando vinculadas às mercadorias recebidas para industrialização, em face do acobertamento fiscal do retorno dos produtos”.

Destaco trecho do Relator naquela oportunidade, o qual assim se manifestou:

“Mantém-se em parte, todavia, a penalidade prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75, uma vez que os documentos não foram escriturados no livro de Registro de Entradas. O dispositivo em questão assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I – por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento – 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;

b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;

No caso dos autos, exigiu o Fisco a penalidade prevista no inciso I, sem a atenuante das alíneas “a” e “b”. As saídas em retorno de mercadoria enviadas para industrialização ocorreram com suspensão do ICMS. Logo, não havia imposto a recolher. A interpretação que melhor se adequa ao disposto na alínea “b” acima é a de que o imposto tenha sido destacado no documento fiscal e recolhido quando devido.

No presente caso, a aplicação correta do instituto da suspensão equivale ao destaque, para fins de aplicação da norma redutora da pena. Neste sentido, deve-se adequar a Multa Isolada capitulada no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75 ao disposto na alínea “b” do mencionado dispositivo”.

Ou seja: este não é o entendimento pontual ou particular deste julgador, mas o predominante nos diversos órgãos de julgamento administrativo do país.

Aliás, o autuante na descrição da infração textualmente afirma se tratar de “presunção de saídas anteriores por dar entradas no estabelecimento de mercadorias ou serviços e não escriturar nos livros fiscais próprios...”. (Grifei).

Também no “Demonstrativo T”, acostado aos autos pelo autuante, consta a informação de que o mesmo foi elaborado “...tomando por base as aquisições constantes em Notas Fiscais Eletrônicas

e os lançamentos realizados no Livro Registro de Entradas”. Noto de tal assertiva, que como firmado acima, o exame se limitou aos livros fiscais.

Além disso, a própria defesa confessa o fato de não ter escriturado as notas fiscais, ao afirmar categoricamente “...pois apesar de não escrituradas...”, deixando, pois, claro o cometimento da infração correspondente à falta de registro das notas fiscais em sua escrituração, não cabendo aqui se falar, diferentemente da peça defensiva, em “estouro de caixa”.

Desta forma, entendo que no presente caso, diante dos motivos expostos, a infração deve ser devidamente ajustada, com a cobrança apenas e tão somente de penalidade por descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso IX do artigo 42, da Lei 7.014/96, ou seja, multa de 1% sobre o valor das entradas, aí não importando se as mesmas se reportam a operações tributadas ou não, para a sua aplicação, bastando a ausência do registro na escrita fiscal.

Isso diante da modificação ocorrida na Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10 de dezembro de 2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 11 de dezembro de 2015, produzindo efeitos a partir da publicação, nos termos do disposto no Código Tributário Nacional (CTN), artigo 106, retroagir beneficentemente tal alteração legal, que estipulou novo percentual de multa para a hipótese de falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais, igualando a sua condição para as operações tributadas e não tributadas, as quais ficam em patamar de 1%, conforme estaria obrigado.

Como visto acima, o CTN em seu artigo 106, e em especial no seu inciso II, estipula as hipóteses de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, tratando-se de ato não definitivamente julgado.

Desta maneira, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito: quando deixe de defini-lo como infração; quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, sendo esta última a que nos interessa neste momento, vez que anteriormente a penalidade para tal prática era no percentual de 10% sobre o valor das entradas não escrituradas.

Quando for mais benéfica a lei tributaria nova que trate de infrações ou penalidades, desde que se esteja diante de ato não definitivamente julgado, sendo o entendimento de que não está definitivamente julgado, enquanto existir possibilidade de questionamento acerca da validade dele, quer na via administrativa quer na judicial.

No âmbito do judiciário, o entendimento é pacífico quanto a retroatividade benigna da aplicação da norma, podendo citar, como exemplo, decisão da 2ª Turma do STJ, prolatada em 09 de maio de 2006, pelo Ministro João Otávio de Noronha, na apreciação de REsp 479264 RS 2002/0134187-1.

Assim, a infração resta procedente em parte no total de R\$19.731,76, diante do seguinte demonstrativo:

2014	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA APLICADA
JANEIRO	52.740,34	1%	R\$ 527,40
FEVEREIRO	37.203,20	1%	R\$ 372,03
MARÇO	10.666,66	1%	R\$ 106,67
ABRIL	21.881,07	1%	R\$ 218,81
MAIO	10.332,25	1%	R\$ 103,32
JUNHO	11.580,00	1%	R\$ 115,80
JULHO	10.820,64	1%	R\$ 108,21
AGOSTO	38.970,00	1%	R\$ 389,70
SETEMBRO	44.228,50	1%	R\$ 442,29
OUTUBRO	134.015,63	1%	R\$ 1.340,16
NOVEMBRO	258.810,32	1%	R\$ 2.588,10
DEZEMBRO	198.469,51	1%	R\$ 1.984,70
<b>TOTAL</b>			<b>R\$ 8.297,19</b>

2015			
JANEIRO	336.412,52	1%	R\$ 3.364,13
FEVEREIRO	137.951,50	1%	R\$ 1.379,52
MARÇO	137.907,50	1%	R\$ 1.379,08
ABRIL	331,70	1%	R\$ 3,32
MAIO	61.264,59	1%	R\$ 612,65
JUNHO	78.599,63	1%	R\$ 786,00
JULHO	102.713,00	1%	R\$ 1.027,13
AGOSTO	27.240,90	1%	R\$ 272,41
SETEMBRO	17.745,00	1%	R\$ 177,45
OUTUBRO	59.022,19	1%	R\$ 590,22
NOVEMBRO	125.622,41	1%	R\$ 1.256,22
DEZEMBRO	58.647,10	1%	R\$ 586,47
<b>TOTAL</b>			<b>R\$ 11.436,60</b>

Registro que o fato da empresa ter tomado conhecimento dos ajustes realizados pelo autuante, e se mantido silente, em nada ajuda a sua argumentação posta nos autos, muito ao contrário, pressupõe aceitação tácita dos argumentos e valores ali postos.

Pelos expostos motivos julgo o lançamento procedente em parte, em R\$280.185,75, de acordo com o seguinte demonstrativo:

INFRAÇÃO 01	R\$ 40.982,44
INFRAÇÃO 02	R\$ 10.150,14
INFRAÇÃO 03	R\$ 16.633,20
INFRAÇÃO 04	R\$ 4.945,53
INFRAÇÃO 05	R\$ 17.179,58
INFRAÇÃO 06	R\$ 37.061,30
INFRAÇÃO 07	R\$ 133.501,80
INFRAÇÃO 08	R\$ 19.731,79
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 280.185,78</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **113837.0004/16-4** lavrado contra **JOSÉ MAURÍCIO SOARES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de Ra\$ **260.453,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, e VII, alínea “a”, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$19.731,79**, prevista no artigo 42, inciso IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR