

**A. I. N°** - 233080.0023/17-1  
**AUTUADO** - A P HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.  
**AUTUANTE** - ROBERTO COUTO DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ JACOBINA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 11/03/2019

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0034-03/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. *Infração não elidida.* 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **c)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. *Infrações não elididas* 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Os argumentos trazidos pelo defendente não elidem as acusações por levantamento quantitativo de estoque na forma do art. 4º da Portaria nº 445/98. *Infrações caracterizadas.* 4. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, exige crédito tributário no valor de R\$31.191,26, em razão 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 de 2015 a dezembro de 2016. Exigido o valor de R\$4.154,78, acrescido da multa de 60%;

**Infração 02** - 02.01.02. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de julho de 2015, março, abril e julho de 2016. Exigido o valor de R\$1.138,38, acrescido da multa de 100%;

**Infração 03** - 03.01.01. Recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro e novembro de 2015, janeiro, abril, junho, outubro e novembro de 2016. Exigido o valor de R\$6.464,20, acrescido da multa de 60%;

**Infração 04** - 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de

mercadorias nos exercícios fechados de 2015 e 2016. Exigido o valor de R\$11.100,58, acrescido da multa de 100%;

**Infração 05 - 04.05.08.** Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração fiscal das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie nos exercícios fechados de 2015 e 2016. Exigido o valor de R\$3.939,60, acrescido da multa de 100%;

**Infração 06 - 04.05.09.** Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente de da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2015 e 2016. Exigido o valor de R\$2.558,24, acrescido da multa de 60%;

**Infração 07 - 16.01.02.** Entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, fevereiro, abril a dezembro de 2016. Exigida multa de 1% sobre o valor das mercadorias perfazendo o montante de R\$1.655,48.

O Autuado impugna o lançamento fls. 17 a 28, através de advogado, procuração fl. 29. Depois de discorrer acerca da tempestividade da defesa apresentada alinha os argumentos que se segue.

Informa que ocorrera redespacho e que fora caracterizado e comprovado. Registra que com a comprovação de que houve um redespacho, não houve a existência do fato gerador, tanto do imposto quanto da multa. Revela que o destinatário final ficou mantido e a mercadoria não foi entregue, foi redespachada. Inocorre o fato gerador notificado.

Observa-se, pelos exames dos documentos apensados, que houve emissão de nota fiscal, com devido destaque do imposto.

Afirma que ocorrera redespacho da mercadoria, com devida emissão de CTR-C para o destinatário final. Portanto, descabe a presunção de que o art. 4º, inciso I, alínea “b”, do Dec. 1790/97, pudesse estar em consonância com o ocorrido. Não houve infração de “situação irregular pela falta de documentação fiscal”, nem “documentação inidônea”, não havendo incidência dos artigos da Lei do Estado da Bahia que traz à colação, não ocorrendo a incidência do ICMS inclusive quando as operações e as prestações se iniciem no exterior. Reproduz o teor do inciso I, do art. 2º, e do Parágrafo único do art. 32, do RICMS-BA.

Observa que o fato de a nota fiscal originária não conter a observação de que a mercadoria seria despachada, não a torna “inidônea”, nem a desqualifica, tanto é que a própria empresa redespachadora emitiu um documento fiscal (CTR-C) sobre a operação, baseada na nota fiscal em questão, e o próprio fiscal notificante utilizou-se dos dados contidos na mesma para emitir a notificação.

Prossegue afirmando que todos estes fatos qualificam a nota como idônea, ocorrendo uma simples omissão de observação de redespacho, que, como exposto, não prejudica a qualidade da nota como elemento comprobatório de operação fiscal. Diz que esta ausência de observação comprova-se como de não “má-fé”, pois o redespacho, documentado, permite qualificar a operação de descarga como de “transferência de carga” e não de “entregues a destinatário diverso”, incorretamente suposto pelo fiscal notificante.

Frisa que se comparando “entrega de mercadoria a destinatário” com “transbordo para redespacho”, observa-se que os dois são operações distintas, a saber: “entrega a destinatário”: é o ato de colocar algo a seu destino, um ato único “transbordo para redespacho”: é o ato de deslocar algo com objetivo de remetê-lo por outro meio de transporte.

Pondera que dadas as nítidas diferenças entre as duas operações, conclui-se que não procedeu a qualquer ato característico que a levasse à sujeição tributária, ou seja, a “entrega a destinatário”. Para existência de qualquer imposição tributária, deverá haver um “Fato”. Sustenta que não se pode, arbitrariamente, notificar um ato distinto do que aquele qualificado pela lei, deve-se tributar “Algo”, um “Fato Gerador”, que no caso em epígrafe, nunca ocorreu, pois a documentação existente comprova o transbordo, e não a “entrega a destinatário”.

Diz sentir-se injustamente tributada por algo inexistente. Reclama, pois, ante a injustiça ocorrida, que seja acolhida suas razões expostas, impugnando a presente autuação.

Observa que o princípio da vedação ao confisco tem efetiva relevância na realização da justiça fiscal, diante de sua função constitucional limitadora do poder estatal, previsto no art. 150, inciso V, da CF/88, o princípio do não-confisco configura-se como expressão tributária da proporcionalidade, vinculando, desta feita, todas as formas de exercício da função normativa pelo poder público, razão pela qual se impõe sua observância por todas as esferas de poder do Estado. Diante desta inevitável vinculação, a presente defesa neste auto de infração tem como objetivo principal examinar a forma de conduta do poder público frente ao referido princípio e desconstituir tal Auto de Infração, fazendo valer a efetividade desse princípio no sistema jurídico pátrio.

Analizando a legislação, a doutrina e a jurisprudência existentes sobre o assunto, coibindo que o princípio não passe de letra morta no papel que veicula a Constituição, como a que se vê na espécie haja vista o evidente choque deste princípio constitucional e o art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Observa que o princípio da vedação de tributo com efeito de confisco, o “princípio da proporcionalidade razoável no âmbito do sistema tributário”, consoante intitulado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, ou simplesmente o “princípio do não-confisco” – da forma como mais usualmente é conhecido - encontra-se previsto no art. 150, inciso IV, CF/88.

Registra que o princípio do não-confisco foi definido de forma resumida por Hugo de Brito Machado nos seguintes termos: “tributo com efeito de confisco é tributo que, por excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade”.

Declara que a proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo).

Assevera que, para o sistema de tributação venha a ser considerado confiscatório é necessário que o poder público tenha agido imoderadamente, como no caso concreto em que impõe unilateralmente multa de 10 a 50% sobre o imposto devido desrespeitando a capacidade econômica do contribuinte e atingindo, com o total de suas arrecadações, riqueza que, na verdade, não existe. têm posicionamento idêntico.

Traz a colação da doutrina pátria da lavra dos juristas, Hugo de Brito, Alonso Gonzalez Ricardo Lobo Torres, Luciano Amaro e Horvath.

Observa que a vedação ao confisco constitui princípio jurídico que deve informar toda a atuação do Estado, em seus três níveis: Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, como expressão tributária da proporcionalidade, o princípio do não-confisco vincula todas as formas de exercício da função normativa pelo poder público, devendo, portanto, ser cotejado - de que forma seja -, por todas as esferas de poder do Estado, esclarece que:

Registra que, de fato, o pagamento de tributo representa uma limitação à liberdade individual ao patrimônio, por conseguinte, o poder de tributar precisa estar submetido a um controle para que

esta limitação não se torne abusiva e acabe por produzir efeitos semelhantes ao confisco. Todavia, este controle dá-se de diferentes formas, conforme a específica atuação de cada poder.

Registra que está suspensa a exigibilidade do tributo em face à interposição da presente defesa, as multas aplicadas no Auto de Infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Revela que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em desconformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o Auto de Infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto, observar os seguintes requisitos: *a*). Nome e qualificação do autuado; - *b*). O local, a data e a hora da lavratura; - *c*). A descrição clara e precisa do fato; - *d*). A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; - *e*). A exigência a ser cumprida; - *f*). A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal; - *g*). A assinatura do Autuante e do autuado, quando possível; - *h*). A indicação da repartição aonde correrá o processo.

Observa que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa. Afirmar que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Autuante, conforme o demonstrado no quadro acima. Tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedece ao art. 142, do CTN.

Assinala que a igualdade constitucional que prevê a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa. Sustenta que não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Pondera que, além da nulidade acima mencionada, denota-se outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa. Afirmar tornar-se primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração e, conseqüente inexistência das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Arremata assinalando que se assim não entendido, requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Ao cuidar do mérito assinala que, apesar de confiante no acolhimento da preliminar acima pleiteada, permite-se a notificada adentrar no mérito da questão face ao princípio da eventualidade: DAS MULTAS E DOS JUROS. Cita que já são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Frisa que habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Observa que no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais, no tocante a importação e conseqüente sujeição à tributação do não menos confuso ICMS. Diz que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais. Diz que a Receita

Estadual neste caso pode ser comparada as grandes instituições financeiras, que “trabalham” com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS sobre a importação é cobrado da empresa antecipadamente, ou seja, na entrada do produto no país, momento no qual a Receita utiliza-se do montante arrecadado.

Prossegue citando que posteriormente, a mesma Receita Estadual repassa este valor na forma de crédito a ser debitado nos livros fiscais, causando burocracia desnecessária e comumente usada em nosso país com a única finalidade de atravancar todo o sistema. E ainda, no caso em tela, verifica-se que a notificada, apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração objetos da defesa.

Menciona que esta confusão tributária torna-se mais grave ainda no presente caso, visto a preliminar acima argüida, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme demonstram as razões abaixo expostas. Observa que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pelo art. 150, inciso IV, CF/88, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Assevera que as multas exponenciadas por ambas as notificações, acrescidas aos supostos valores principais da obrigação, sofreram a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e um a onerosidade ilícita. Menciona que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos de infração. Assim, diz que os autos de infração esbarram na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente.

Afirma que a onerosidade atribuída ao débito é facilmente verificada quando da análise das planilhas aqui anexadas, nas quais o tributo devido pela notificada foi corrigido de acordo com os índices preconizados em lei, somando-se ao total corrigido com juros, as multas pela infração, expurgando assim a capitalização e a cascata financeira. Afinal, o sistema tributário, apesar do gigantismo, ineficiência e inoperância do Estado, não pode penalizar o contribuinte por tal, restando infratora do Direito as penalidades intentadas, seja multa, seja juros extremamente onerosos e contrários aos critérios legais. A vedação existente quanto à capitalização é norma *erga omnes*, não podendo o Estado utilizar-se de sua posição privilegiada para obter vantagens ilícitas: APELAÇÃO CÍVEL Nº 51570, PUBLICADO NO DJU Nº 174, SEÇÃO 2, PÁGINA 50245 DE 12/09/94. “EXECUÇÃO FISCAL. JUROS CAPITALIZADOS. IMPOSSIBILIDADE.

Frisa que se todos são iguais perante a lei, e a sociedade deve ser justa, livre e solidária, e jamais poderá sê-lo se as leis impositivas serem inconstitucionais, quando impõem juros de 100% do valor corrigido da obrigação e quando o próprio fiscal participa de tal acontecimento, ficando patente a imposição tributária. Arremata assinalando que estas penalidades, multa e juros, se mantidos, deverão serem reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva, esvaziando os contribuintes e locupletando o Estado.

Afirma que está vinculada ao Sistema Simples Nacional sistematização criada para favorecer as Microempresas e Pequenas Empresas com uma tributação simplificada, unificada e mais justa, dando a estas, melhores espécies de competitividade frente às demais empresas. Em ato governamental criado no sentido de beneficiar as ME e EPP que merece destaque é o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuição das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), que oferece um tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, favorecendo-lhes com uma tributação simplificada, unificada e mais justa. Pondera que devido a agudez da crise econômica porque passa o país em processo recessivo maior da história da República Federativa do Brasil, em dois anos, a atividade econômica despencou 7,2%, pior número desde a década de 1930.

Requer a adesão a parcelamento das parcelas do simples que se encontrava em atraso, sendo que pela agudez da crise ficou inadimplente, estando neste momento impossibilitada de repactuar sua dívida fiscal, haja vista negativa de prepostos da Secretaria da Receita Federal do Brasil em Jacobina/Ba em emitir o DARF - Documento de Arrecadação Federal, para recolhimento do tributo estando de forma involuntária nesta situação que poderá inevitavelmente a empresa se inserida no CADIN, pois o contribuinte pessoa física ou jurídica que tiver débitos inscritos em dívida ativa terá seus dados incluídos no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, após 75 dias da comunicação do seu débito, nos termos do art. 2º, e parágrafos da Lei nº 10.522/2002.

Registra que o Simples Nacional é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às Micro e Pequenas Empresas. Este sistema tem garantido uma importante redução da tributação e se tornou uma das principais maneiras que o governo encontrou para garantir a sobrevivência e promover o desenvolvimento destas. Observa os efeitos que o Sistema Tributário exerce sobre a sociedade, dá ênfase à necessidade de uma ampla reforma tributária e discute a implantação do Simples, importante porque diminui a evasão fiscal, contribui para uma maior competitividade entre as empresas que o integram, reduz a burocracia e os custos com fiscalização e aumenta o emprego formal.

Menciona que o Simples Nacional é um regime jurídico simplificado e favorecido, tendente a reduzir a burocracia e a carga tributária a que estão submetidas às microempresas e empresas de pequeno porte do país. Esse regime é diferenciado e favorecido pela Lei Complementar 123/2006 aplica-se às microempresas e empresas de pequeno porte, assim considerados a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966, da Lei 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil), devidamente inscritos no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, cuja receita bruta se encontre dentro dos limites fixados. Até 30/06/2007 o SIMPLES está disposto na Lei 9.317/96 (simples federal), com suas posteriores alterações. Enumera os benefícios estabelecidos pela Lei Complementar 123/2006.

Assevera que as microempresas e empresas de pequeno porte que à época eram regulamentadas pelo regime tributário do Simples Federal de que trata a Lei 9.317/96, foram consideradas automaticamente inscritas no novo Sistema Simples Nacional, regime adotado por parte da empresa requerente. Observa que o Simples Nacional implica recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: IRPJ; IPI; CSLL; COFINS; PIS/Pasep; CPP; ICMS; e ISS.

Ressalta que o incidente de inconstitucionalidade previsto nos arts. 85 e 96 da Lei nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei nº 13.918/09 Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário.

Afirma que ambos os ramos do Direito estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF/88, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF, §§1º a 4º, do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União e Estados produzem normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907-4/SP e ADI nº 442).

Lembra que o CTN, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, “se a lei não dispuser de modo diverso” Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais

que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como, compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções.

Requer os efeitos da tutela de urgência na esfera administrativa para o fim de declarar suspensa a exigibilidade do crédito, até que a Fazenda Pública do Estado da Bahia recalcule os débitos oriundos das Certidões de Dívida Ativa, e que seja excluído anatocismo e a fim de que a seja deferido parcelamento a empresa em pagar este passivo fiscal em 120 parcelas requerente efetue os pagamentos mensais do parcelamento com as taxas de juros não excedentes àquelas cobradas nos tributos federais (taxa SELIC), nos termos da decisão do órgão especial do TJSP, emitindo novas guias mensais delas excluindo os juros previstos nos artigos 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/1989 com redação dada pela Lei nº 13.918/2009, que incidiram sobre o debito parcelado.

Requer a nulidade do presente auto de infração com forte razão de direito, haja vista o patente descompasso entre o art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei 7.014/96, e o art. 150, inciso IV, da CF/88 que esta obviamente na hierarquia jurídica acima de quaisquer leis inclusive esta do Estado da Bahia, merecendo seja declarada a nulidade deste Auto de Infração anulando o presente processo administrativo e procedendo a remessa do mesmo ao arquivo.

Requer ainda que enquanto tramitar este processo administrativo seja oficiado o cartório do Tabelionato de Protesto de Títulos de Jacobina/BA, sito a Rua Direito Dois de Julho n.º 128 - B - Bairro - Centro - Jacobina/BA para baixar o protesto de título n.º s - 00055091800 - 0005509180017 no valor a apagar de R\$60.489,80, baixar também os Títulos de nº 00033681800 - 0003368180017 no valor de R\$7.417,24.

Proceder diante do exposto de acordo o disposto na Lei Complementar 155/2016, a conceder a empresa requerente o parcelamento em até 120 prestações, para garantir que os débitos tributários até março de 2017 sejam parcelados com o prazo especial de 120 meses, período de prova em que a empresa requerente estará em Recuperação Fiscal denominação dada de um programa de parcelamento federal de tributos em situação de inadimplência, opcional para pessoas jurídicas, instituído pelo Governo do Estado da Bahia para recuperação dos tributos e/ou multas devidos e não pagos pelos contribuintes.

Se assim não entendido, pugna para que o feito administrativo seja convertido em diligência a fim da contabilidade da empresa suplicante proceder retificação no livro de Registro de ICMS aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda, que seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para. Regular exercício da ampla defesa.

Por fim, pugna pela declaração de prescrição do crédito da Fazenda Pública, pois ultrapassado de muito o prazo de 05 anos para o aforamento da ação executiva fiscal, devendo ser julgado o presente Auto de Infração sem resolução do mérito e declarado a sua extinção.

O Autuante presta informação fiscal fls.49 a 53. Depois de reproduzir o teor das sete infrações objeto da autuação, alinha as seguintes ponderações.

Assinala que todo o processo foi revestido das formalidades legais previstas no RPAF-BA/99, e demonstrada a apuração nos relatórios anexos a esse processo, cujas cópias em meio magnético foram entregues ao contribuinte, contra recibo apensado a esse processo, à fl. 13, os demonstrativos de apuração analíticos e sintéticos de todas as infrações objeto da Autuação.

Sustenta que os demonstrativos representam fielmente os valores do ICMS apurados e escriturados no registro de apuração do ICMS, dos arquivos da EFD - Escrituração Fiscal Digital, dos respectivos meses, elaborados, assinados digitalmente e transmitidos ao repositório da Receita Federal do Brasil, pelo contribuinte.

Com relação às Infrações 04, 05 e 06, destaca que também se encontram demonstradas através dos relatórios constantes nos arquivos e que foram elaborados em estrita consonância com a Portaria SEFAZ/BA nº 445/98 e os artigos 23-A e 23-B da Lei nº 7.014/96.

Enfatiza que contrariando a alegação do contribuinte, todas as informações foram criteriosa e detalhadamente demonstradas, com os respectivos enquadramentos legais e tipificação das penalidades aplicadas.

Arremata frisando que, estando demonstrada a fragilidade da defesa apresentada, que tem o cunho meramente protelatório, visando exclusivamente procrastinar o pagamento do tributo devido, razão pela qual, pugna pelo seu rápido julgamento, para que o Autuado não consiga seu intento de postergar o pagamento do tributo.

Conclui pugnando pela procedência da autuação

## VOTO

Preliminarmente, o Autuado discorreu exaustivamente sobre Redespacho caracterizado. No entanto, não revela ao contribuinte quais as operações arroladas no levantamento fiscal quer se reportar e a qual item da autuação se refere.

Constam dos autos, a Intimação Fiscal para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais. fls. 11 a 12, além dos demonstrativos de todas as infrações, o termo de entrega destes demonstrativos ao autuado, juntamente com cópia eletrônica CD ROM, fl. 13. Dessa forma, fica patente nos autos foi oportunizado ao defendente o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer cerceio ao seu direito constitucional.

Depois analisar as peças componentes do presente PAF, verifico que essa arguição acerca de Redespacho bem como outras alegações apontadas na peça defensiva afiguram-se totalmente dissonantes dos fatos apurados nos autos. Observo que os aspectos formais de todas as infrações apuradas pela fiscalização foram devidamente atendidos e as irregularidades apuradas estão formalmente caracterizadas, eis que devidamente estribadas em demonstrativos pormenorizados que identificam claramente a origem dos débitos apurados. Logo, verifico que a citada nulidade não se sustenta.

Constato, em análise à peça defensiva, que o pedido pela nulidade ou improcedência ali estampados, se coadunam com o instrumento previsto no art. 123 do RPAF-BA/99.

Assim, com base no informalismo, economicidade e celeridade processual, princípios que regem o processo administrativo fiscal, nos termos do art. 2º do retrocitado diploma legal, afasto a nulidade suscitada.

No que tange às questões formais aqui suscitadas, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração. Eis que se encontram expressamente definidos o sujeito passivo, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários exigidos, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses estatuídas na legislação de regência, precipuamente do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquiná-los de nulidade.

No mérito, em ação fiscal, foram imputadas ao Autuado sete infrações à legislação tributária, conforme segue:

- i) Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, **Infração 01**;



- ii) Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de julho de 2015, março, abril e julho de 2016, **Infração 02**;
- iii) Recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro e novembro de 2015, janeiro, abril, junho, outubro e novembro de 2016, **Infração 03**;
- iv) Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2015 e 2016, **Infração 04**;
- v) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração fiscal das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie nos exercícios fechados de 2015 e 2016, **Infração 05**;
- vi) Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente de da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2015 e 2016, **Infração 06 e**;
- vii) Entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro fiscal, **Infração 07**.

O Defendente não contestou objetivamente qualquer das infrações que lhe fora imputada. Ao invés de trazer à luz deste processo, elementos consubstanciados em provas capazes de desconstituir ou modificar a acusação fiscal, o autuado optou pela abordagem de questões alheias ao lançamento, objeto da autuação e, por apresentar posição doutrinária a respeito do direito tributário e citar jurisprudência emanadas de tribunais superiores inaplicáveis ao presente caso.

O Autuado aduziu ainda em sua impugnação, que não teria ocorrido o fato gerador sem, no entanto, discriminar o fundamento de seu argumento e a qual ou quais das infrações pretendeu se reportar.

Da análise dos demonstrativos que sustentam as infrações relacionadas na acusação fiscal, verifico no presente caso, que a quase totalidade das alegações da defesa não correspondem aos fatos aqui discutidos.

Observe que o levantamento fiscal elaborado pelo Autuante para cada uma das infrações, demonstra claramente a irregularidade cometida.

Constato que o Autuado não apontou qualquer falha ou inconsistência no cálculo do valor devido das infrações apuradas, nem apresentou fato ou documento que esclarecesse suas difusas assertivas.

No que concerne especificamente às alegações de que “está vinculada ao Sistema Simples Nacional”, consigno que não deve prosperar tal alegação, uma vez que o estabelecimento autuado afigura-se cadastrado no CAD-ICMS-BA, na condição de normal, tendo, portanto, a forma de apuração do imposto Conta Corrente Fiscal.

Em suma, na forma difusa e sem clareza como foi apresentada pelo sujeito passivo a peça defensiva, dela não se percebe contestação objetiva alguma a respeito das irregularidades imputadas.

Nos termos expendidos, resta patente nos autos que, consoante previsão expressa no do art. 143 do RPAF-BA/99, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Dessa forma, verifico que nenhuma das alegações defensivas trazidas pelo autuado possui o condão de elidir ou mesmo modificar a autuação fiscal, bem como não foi carreada aos autos qualquer inconsistência nos demonstrativos de apuração das irregularidades cometidas.

Quanto ao pedido da defesa para que seja suspensa a exigibilidade apurada no presente Auto de Infração, saliento que a referida suspensão é garantida expressamente pelo art. 151 do CTN, e pelo RPAF-BA/99.

O defendente, alegou ainda que as multas aqui aplicadas seriam confiscatórias, desarrazoadas e desproporcionais violando princípios constitucionais.

Consigno não haver ilegalidade alguma nas multas incidentes sobre o imposto devido pela Autuado. O inciso V, do art. 97 do CTN - Código Tributário Nacional, determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Verifico que o Autuante sugeriu para as irregularidades apuradas neste auto de infração, as multas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, nos respectivos percentuais ali prescritos, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração. O art. 167 do RPAF-BA/99, determina expressamente que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Saliento, quanto ao pleito da redução da multa, falecer competência a essa Junta de Julgamento do CONSEF em relação à redução de multa por descumprimento de obrigação principal, na forma do art. 158 do RPAF-BA/99. No tocante à multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso XI, do art. 42 da Lei 7.014/96, ante a impossibilidade de se aquilatar nos presentes autos que, inequivocamente, não implicou falta de recolhimento de imposto, não acolho o pleito da defesa, devendo ser mantida a penalidade.

Nos termos expendidos, concluo pela integral subsistência das sete infrações que constitui o Auto de infração.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233080.0023/17-1**, lavrado contra **A P HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA - ME.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.536,05**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$13.177,22 e 100%, sobre R\$16.358,83, previstas no inciso VII, alínea “a”, inciso II, alíneas “a”, “b” e “d” e inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.655,48**, prevista no inciso XI, do art. 42 do citado diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA