

**A. I. Nº** - 279733.0003/17-6  
**AUTUADO** - DISPER – DISTRIBUIDORA PERNA LTDA.  
**AUTUANTE** - LINDOMAR PINTO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 18.03.2019

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0036-02/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. b) IMPOSTO POR DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. a) ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA LEGALMENTE. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. 4. OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. a) VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. b) MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b.2) RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. 5. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIA SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Infrações reconhecidas. Infrações procedentes. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. 7. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Redução dos valores originais das exações em face de comprovação documental de recolhimento tempestivo do imposto. Infrações procedentes em parte. Rejeitada a nulidade suscitada e indeferido pedido de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

No Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2017, foi efetuado lançamento ICMS e multa no valor total de R\$141.531,32 nas infrações a seguir relacionadas:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor: R\$4.606,61. Período: Janeiro, Março, Agosto e Novembro 2013. Enquadramento legal: Art. 9º e 29, § 4º da Lei 7.014/96 C/C art. 290, do RICMS/BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros próprios. Valor: R\$ 65,85. Período: Outubro e Novembro 2013. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 32, da Lei 7.014/96 C/C art. 332, do RICMS/BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – 03.02.02 – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$1.251,95. Período: Junho a Dezembro 2013. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 03.02.05 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 1.705,32. Período: Junho, Agosto a Dezembro 2013. Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23, da Lei 7.014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – 04.05.02 – Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 1.368,48. Período: Dezembro 2013. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 23-B, da Lei 7.014/96, C/C art. 83, I, do RICMS-BA/2012 e art. 13, I, da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 – 04.05.08 – Falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 657,93. Período: Dezembro 2013. Enquadramento legal: Art. 6º, IV e art. 23, I da Lei 7.014/96, C/C art. 217 do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, “a”, da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 – 04.05.09 – Falta de recolhimento de ICMS, 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 parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 140,02. Período: Dezembro 2013. Enquadramento legal: Art. 6º, IV e art. 23, I da Lei 7.014/96, C/C art. 217 do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, “b” da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$ 23,45. Período: Novembro 2013. Enquadramento legal: Art. 4º, XV, da Lei 7.014/96, C/C art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 9 – 07.01.02 – Deixou de recolher 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. Valor: R\$ 127.708,21. Período: Dezembro 2012, Janeiro, Fevereiro, Abril, Junho, Agosto a Dezembro 2013. Enquadramento legal: Art. 8º, II e § 3º; art. 23, da Lei 7.014/96, C/C art. 289, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 – 07.15.02 – Recolheu a menos ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização. Valor: R\$ 3.917,45. Período: Dezembro 2012, Janeiro, Junho e Novembro 2013. Enquadramento legal: Art. 12-A, da Lei 7.014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$ 86,05. Período: Dezembro 2012, Fevereiro, Agosto, Outubro e Dezembro 2013. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247, do RICMS-BA/2012. Multa: 1%, art. 42, IX, da Lei 7.014/96.

Às fls. 16-34 o autuado impugna as infrações 09 e 10 do AI. Diz que nelas a fiscalização não considerou os pagamentos realizados em GNRE, de modo que a maioria das NFs objeto da autuação tiveram o imposto pago, conforme comprovantes anexos, de modo que aproximadamente 120 mil reais devem ser expurgados do AI.

Também protesta a multa imposta por entendê-la abusiva e confiscatória, em aberto conflito com a Constituição Federal. Reproduz acórdão de decisão definitiva, excertos de doutrina e de “manifestações jurisprudenciais”, nesse sentido.

Concluindo, diante de suas considerações e da documentação apresentada, pede: a) decretação de nulidade do AI; b) afastamento da multa “aplicada” no percentual de 60%; c) subsidiariamente, realização de diligência e perícia.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 145/146, dizendo:

#### Infração 09

Que no momento da autuação não lhe foi possível detectar os pagamentos realizados pelo contribuinte e que após verificar os documentos apresentados, ajustou o valor devido, cujo demonstrativo de débito é o seguinte:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Aíquota	Multa 1%	V. Histórico
<b>Infração 09</b>					
31/12/12	09/01/13	8.639,47	17%	60%	1.468,71
31/01/13	09/02/13	15.909,65	17%	60%	2.704,64
28/02/13	09/03/13	645,76	17%	60%	109,78
30/06/13	09/07/13	33,00	17%	60%	5,61
30/09/13	09/10/13	21.392,06	17%	60%	3.636,65
31/10/13	09/11/13	15.557,76	17%	60%	2.644,82
30/11/13	09/12/13	8.807,18	17%	60%	1.497,22
31/12/13	09/01/14	3.452,71	17%	60%	586,96
<b>Total</b>					<b>12.654,39</b>

#### Infração 10

Informa que o contribuinte apresentou comprovou de parte do valor devido para o mês dezembro 2012, mas não para os demais meses. Ajustou o valor devido com o seguinte demonstrativo de débito:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Aíquota	Multa 1%	V. Histórico
<b>Infração 10</b>					
31/12/12	09/01/13	668,35	17%	60%	113,62
30/06/13	09/07/13	4.646,82	17%	60%	789,96
30/11/13	09/12/13	5.812,29	17%	60%	988,09
<b>Total da infração</b>					<b>1.891,67</b>

Regularmente intimado a se manifestar acerca da Informação Fiscal contendo o ajuste nas infrações 09 e 10, o sujeito passivo silenciou.

#### VOTO

Examinando as peças processuais constato que o Auto de Infração foi lavrado com obediências às formalidades prescritas em lei, sendo assegurada a ampla defesa e cumprido o devido processo legal. Portanto, não existindo vícios a macular o lançamento tributário de ofício em juízo revisional neste órgão judicante administrativo, rejeito a nulidade suscitada. Por considerar os elementos contidos nos autos suficientes para formar minha convicção e por não haver

necessidade de perícia em vista das provas contidas nos autos, indefiro o pedido de diligência e perícia, com fundamento no art. 147 do RPAF.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (ICMS, CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Uma vez reconhecida pelo impugnante, a procedência das infrações 01 a 08 e 11 e nada tendo a reparar de ofício, as tenho como subsistentes. Portanto, apenas as infrações 09 e 10 compõem esta lide, cujo mérito passo a apreciar.

Exceto quanto à multa sugerida, as infrações foram impugnadas parcialmente apenas no que diz respeito aos fatos.

Para a Infração 09 - que se refere a falta de pagamento de ICMS por antecipação na qualidade de 12 sujeito passivo por substituição em face da aquisição interestadual de mercadorias -, o Impugnante alega que a fiscalização não considerou os pagamentos realizados em GNRE, de modo que, conforme comprovantes apresentados, do valor autuado (R\$ 120.000,00) haveria que ser expurgado aproximadamente 120 mil reais.

Por ocasião da Informação Fiscal, o autuante informou que embora no curso da ação fiscal não lhe foi possível detectar os pagamentos realizados pelo contribuinte, os documentos que o sujeito passivo aportou aos autos junto com a Impugnação comprovam que, de fato, houve pagamentos tempestivos de parte do valor autuado, razão pela qual expurgando do valor originalmente exigido R\$ 115.053,82, restaria devido R\$ 12.654,39, conforme novo demonstrativo de débito que elaborou.

Considerando que o ajuste citado foi regularmente levado a conhecimento do sujeito passivo que, tendo oportunidade para sobre ele se manifestar, silenciou, incide sobre o caso a situação prevista no art. 140 do RPAF:

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Assim, não observando reparo a fazer no ajuste efetuado, o acolho para declarar a subsistência parcial da infração 09, que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa 1%	V. Histórico
<b>Infração 09</b>					
31/12/12	09/01/13	8.639,47	17%	60%	1.468,71
31/01/13	09/02/13	15.909,65	17%	60%	2.704,64
28/02/13	09/03/13	645,76	17%	60%	109,78
30/06/13	09/07/13	33,00	17%	60%	5,61
30/09/13	09/10/13	21.392,06	17%	60%	3.636,65
31/10/13	09/11/13	15.557,76	17%	60%	2.644,82
30/11/13	09/12/13	8.807,18	17%	60%	1.497,22
31/12/13	09/01/14	3.452,71	17%	60%	586,96
<b>Total</b>					<b>12.654,39</b>

Para a Infração 10 - que se refere a recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial também em face da aquisição interestadual de mercadorias -, o Impugnante também alega que a fiscalização não considerou os pagamentos tempestivos realizados.

Por ocasião da Informação Fiscal, o autuante informou que o Impugnante comprovou apenas pagamento tempestivo de parte do valor relativo ao mês de dezembro 2012, razão pela qual o valor da ocorrência 31/12/2012 passou de R\$ 2.139,40 para R\$113,62, mantendo-se as demais.

O ajuste citado foi regularmente levado a conhecimento do sujeito passivo que, tendo oportunidade para sobre ele se manifestar, silenciou. Assim, como já visto na infração anterior, também para a infração em apreço, incide a situação prevista no art. 140 do RPAF e, também reparando nada a fazer no ajuste efetuado, o acolho para, do mesmo modo que na infração anterior (10), declarar a subsistência parcial da infração 10 que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa 1%	V. Histórico
<b>Infração 10</b>					
31/12/12	09/01/13	668,35	17%	60%	113,62
30/06/13	09/07/13	4.646,82	17%	60%	789,96
30/11/13	09/12/13	5.812,29	17%	60%	988,09
<b>Valor Total</b>					<b>1.891,67</b>

Quanto ao protesto do Impugnante acerca das multas propostas que o contribuinte entende afrontar a Constituição, ainda que não competindo a este órgão judicante administrativo apreciar e decidir sobre a matéria suscitada pelo Impugnante (RPAF: Art. 167), oportuno observar que o impedimento constitucional acerca da utilização de tributo com efeito de confisco se dirige ao legislador tributário e não ao aplicador da normativa em vigor. Por conseguinte, nesse caso, não há falar em violação aos limites da razoabilidade, uma vez que as multas por cometimento de infração tributária (como nesse caso) são as previstas legalmente e previamente adequadas para desestimular o descumprimento das obrigações dos contribuintes.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## 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 **279733.0003/17-6** lavrado contra **DISPER – DISTRIBUIDORA PERNA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.365,67**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$22.339,26 e de 100%, sobre R\$2.026,41, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f” e VII, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além da multa de **R\$86,02**, prevista no art. 42, IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR