

A. I. Nº - 206833.0006/18-5
AUTUADO - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/11/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0234-03/19

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM OPERAÇÕES NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. Autuado comprova que efetuou o pagamento do imposto, fato reconhecido pelo autuante. Infração insubsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Autuado não impugnou. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$148.659,78, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do imposto, nos meses de fevereiro, março, abril de 2015; e janeiro de 2016. Valor do débito: R\$67.616,70. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o autuado aplicou redução da base de cálculo do ICMS com base em dispositivos do RICMS-BA que já não se encontravam em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores. Assim, para as ocorrências de fevereiro a abril de 2015 o contribuinte aplicou redução da base de cálculo de forma que a carga tributária final fosse de 12%, com fundamento no inciso XXIV do art. 266 do RICMS-BA/2012. No entanto, esse dispositivo teve validade apenas até 31/01/2015 sendo, portanto, indevidas as reduções a partir de 01/02/2015 (BEBIDA MISTA e NÉCTAR). Para as ocorrências do mês de janeiro de 2016 a redução deu-se com fundamento no inciso XXVIII do mesmo artigo do RICMS-BA, cuja validade foi até 31/12/2015, com carga tributária final de 7% (ÁGUA MINERAL DE 20L), sendo inválida a redução a partir de 01/01/2016.

Infração 02 – 07.02.02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no mês de janeiro de 2016. Valor do débito: R\$3.853,35. Multa de 60%.

Infração 03 – 07.02.03: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas

realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$6.261,89. Multa de 60%.

Infração 04 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2015 a novembro de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$70.927,84.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 62 a 75 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz os itens da autuação fiscal.

No que se refere à infração 01 (03.02.06), alega que se verificou desobediência ao princípio da anterioridade nonagesimal na alteração legislativa para os produtos Bebida Mista Néctar. No entanto, em relação ao produto Água de 20L a empresa considerou devida a autuação, procedendo ao pagamento com o benefício de redução da multa, conferido pelo art. 45, §15 da Lei nº 7.014/96, consoante comprovante anexo (Doc. 02).

Com relação à infração 02 (07.02.02), diz que se verificou um equívoco na apuração fiscal, vez que desconsiderou o recolhimento do ICMS-ST já realizado pelo autuado.

Quanto às infrações 03 (07.02.03) e 04 (16.01.02), informa que reconheceu como devido o lançamento, procedendo ao pagamento de ambas as infrações, sendo aplicada a redução da multa prevista no art. 45, §1, da Lei nº 7.014/96, apenas para Infração 03 (07.02.03), conforme comprovantes anexos (Doc. 03 e Doc. 04).

Pede a improcedência parcial da infração 01, alegando afronta ao princípio constitucional da anterioridade nonagesimal. Diz que o exercício da competência tributária pelas pessoas políticas é limitado por princípios constitucionais que visam, sobretudo, a proteção da segurança jurídica, vez que ao sujeito passivo deve se dar certo tempo para se preparar para a tributação e seus impactos sobre a atividade econômica. Dentre estes mandamentos nucleares tendentes a evitar a surpresa ao contribuinte se insere o princípio da anterioridade, disposto no art. 150, III, “b” e “c” da Constituição Federal, que transcreveu

Diz que a lei tributária que institua tributo, revoga benefício ou majora a tributação deve respeitar obrigatoriamente o decurso do prazo do exercício financeiro. Em outras palavras, a lei tributária deve gerar os seus efeitos apenas a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte.

Ressalta que na alínea “c”, do mencionado artigo, introduzida por força da Emenda Constitucional n 42/2003, está a chamada “anterioridade qualificada” ou “noventena”. Por tal regramento, a legislação tributária que aumenta tributo ou revoga benefício, além de respeitar o exercício, ainda terá que respeitar um prazo mínimo de 90 dias entre a sua publicação e o dia em que efetivamente entra em vigor, ou seja, entre a publicação da lei e a sua vigência (momento que ela passa a produzir os seus efeitos) é preciso, pois, que haja um período mínimo de 90 (noventa) dias. Sobre o tema, reproduz ensinamentos do Prof. Roque Antônio Carrazza.

Registra que merece destaque o princípio da anterioridade nonagesimal, ante a patente inobservância pelo Fisco Baiano a tal princípio constitucional, quando da edição do Decreto nº 15.807 de 30/12/2014 com vigência a partir de 01/02/2015, que revogou o disposto no inciso XXIV do art. 266 do RICMS-BA/2012.

Entende que restou patente a afronta ao princípio constitucional da anterioridade nonagesimal, vez que antes de escoado o prazo de noventa dias passou-se a exigir dos contribuintes fabricantes de sucos, néctares, entre outros produtos carga tributária mais elevada.

Diz que há quem defenda que por tratar-se de benefício fiscal a revogação do disposto no inciso XXIV art. 266 do RICMS por meio do Decreto nº 15.807/14 não estaria sujeita ao mencionado

regramento constitucional, entretanto, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento diverso. Afirma que merece destaque o entendimento do Ministro Marco Aurélio ao proferir seu voto.

Observa que melhor razão não assiste a esta Junta de Julgamento Fiscal, que não seja a do reconhecimento da patente inconstitucionalidade do Decreto nº 15.807/14 e conclui que restou evidente que o lançamento dos débitos de ICMS referente ao produto BEBIDA MISTA E NÉCTAR exigidos na infração 01 (03.02.06) está eivado de nulidade, motivo pelo qual deve ser reconhecida a sua improcedência parcial.

Quanto à infração 02, ressalta que o Código Tributário Nacional dispõe em seu artigo 113, § 12, que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador. Assim, tão logo verificada a ocorrência, no mundo fenomênico, da hipótese de incidência prevista na lei instituidora de determinado tributo, nasce o dever do sujeito passivo de efetuar o pagamento do tributo.

Informa que sua atividade precípua é a fabricação e comercialização de águas minerais envasadas, estando sujeita ao recolhimento de ICMS por substituição tributária, atividade fortemente regulada e fiscalizada pela Autoridade fazendária.

Acrescenta que, em se tratando do ICMS, o imposto será devido, em regra, quando da configuração da situação material legalmente prevista para a sua incidência, ou seja, quando da saída dos produtos sujeitos à retenção do ICMS-ST.

Diz que ao substituto tributário cabe a obrigação de recolher o ICMS devido nas operações subsequentes, e assim o faz o Impugnante como tal. Com o recolhimento do tributo não se configura prejuízo algum para a Fazenda Estadual, uma vez que o mesmo é recolhido de forma integral e já que não há mais o que se falar em recolhimento do imposto, visto o seu Princípio da não-cumulatividade.

Alega que fora surpreendido com a autuação fiscal imputando-lhe o hipotético ilícito fiscal consistente na falta de retenção e recolhimento do ICMS Substituição Tributária, relativo à saída dos produtos sujeitos à retenção do ICMS-ST.

Informa que do cotejo da planilha elaborada pelo fiscal, que segue acostada ao Auto de Infração, verifica-se que, abatendo o saldo devedor de ICMS-ST apurado pelo fiscal como saldo a recolher indicado na coluna (N), do saldo devedor de ICMS-ST apurado pelo contribuinte e já recolhido, apontado na coluna (G), resulta em saldo negativo para o Fisco.

Entende que, se a base de cálculo utilizada pelo contribuinte para apuração do ICMS foi a menor, resultando em recolhimento a menor de ICMS próprio devido, conforme lançado na Infração 01 para os produtos Água Mineral de 20L e, devidamente reconhecido pela autuada que procedeu ao pagamento conforme comprovante anexo, o ICMS-ST apurado e recolhido foi a maior, o que denota raciocínio inverso ao aumentar a base de cálculo conforme fora realizado na apuração da fiscalização.

Conclui que resta evidente que não há *in casu* débito de ICMS-ST a recolher, vez que a diferença apontada pelo fiscal como devida inexistente, visto o recolhimento já realizado pelo contribuinte, inclusive a maior que o devido, como bem se pode verificar do cotejo da planilha elaborada pela fiscalização.

Afirma ser descabida a exigência imputada pela fiscalização e o ICMS-ST cobrado com multa e juros não encontram amparo na legislação tributária, muito menos na doutrina e jurisprudência pátrias. Se não há imposto a ser recolhido, uma vez que o mesmo foi pago, dessa forma não havendo em hipótese alguma evasão de imposto, porque se cogitar a aplicação de penalidade, se não houve infração. Nesse caso não existe o que ser apenado. Nesse sentido reproduz ensinamento de Hugo de Brito Machado e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Comenta sobre o princípio da verdade material, afirmando que a matéria combatida na impugnação, impõe-se a alusão ao referido princípio constitucional, corolário do princípio da legalidade, que se consubstancia na busca pela aproximação entre a realidade factual e sua representação formal, pela aproximação entre os eventos ocorridos na dinâmica econômica e o registro formal de sua existência, entre a materialidade do evento econômico e sua formalização através do lançamento tributário.

Afirma que, nos casos em que não existe, ou é deficiente a prova direta, a Administração fiscal deve também investigar livremente a verdade material. É certo que ela não dispõe, agora, de uma base probatória fornecida diretamente pelo contribuinte ou por terceiros; e por isso deverá recorrer a todos os elementos à sua convicção.

Conclui que no processo administrativo são consideradas todas as provas e os fatos novos, ainda que sejam favoráveis ao interessado, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados. Pela orientação deste princípio, o órgão administrativo de julgamento deverá buscar a verdade objetiva dos fatos, independentemente de haver sido provado ou alegado pelas partes.

Diz que a ampla defesa e o contraditório são matérias de direito e garantia individual, cláusulas pétreas, sendo inadmissível toda e qualquer forma de tolhê-los. No presente caso, a produção de diligência ora requerida se faz necessária como meio de contraditar a posição da autoridade fazendária e o seu indeferimento constituirá no cerceamento de defesa em processo administrativo, princípio constitucional do processo.

Também requer a realização de perícia, para que, em análise aos documentos apresentados, se verifique a inoccorrência da infração apontada pelo autuante. Entende que não há espaço em um processo administrativo para a análise do equívoco apontado pelo Contribuinte, razão pela qual a Perícia se faz necessária.

Considerando os princípios da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, requer desde já a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários para a realização da perícia requerida.

Nesse sentido, considerando o disposto no art. 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) - Decreto nº 7.629/99, apresenta os quesitos a serem respondidos quando da diligência.

Para o fiel cumprimento da perícia técnica, indica como assistente técnico, a Sra. Izaira Pereira Cabral, Contadora, CPF: 026.659.963-08 e CRC/CE 026091/0, com endereço à Rua dos Potiguaras, 88, Praia de Iracema - CEP: 60060- 500, Fortaleza/CE.

Considerando ainda o exíguo prazo para apresentação da Defesa, bem como os princípios da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, requer desde já a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários para a realização da perícia requerida e para o deslinde da questão.

Por todo o exposto, requer seja a Impugnação julgada procedente, declarando-se o presente auto de infração insubsistente em relação aos pontos impugnados.

Pede a improcedência parcial da infração 01 (03.02.06) e a improcedência total da infração 02 (07.02.02). Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, notadamente pela posterior juntada de documentos que se fizerem necessária, bem como pela realização de diligência.

Pugna ainda pela realização de sustentação oral quando da inclusão em pauta de julgamento.

O autuante presta informação fiscal às fls. 107 a 110 dos autos. Diz que em relação à Infração 1, o autuado considerou devida a autuação quanto ao produto ÁGUA MINERAL 20 LITROS, e procedeu

ao pagamento do valor reclamado na importância (original) de R\$3.041,91, conforme DAE à fl. 96 do PAF. Não concorda, porém, com a autuação referente aos produtos BEBIDA MISTA e NÉCTAR, cujo valor autuado importa em R\$64.574,79.

Não concorda com a Infração 2, por já haver sido recolhido o ICMS-ST e reconhece como devido o lançamento referente às Infrações 3 e 4; procedeu ao respectivo pagamento, conforme cópia dos DAEs às fls. 99 e 102 do Processo, nas importâncias autuadas (originais) de R\$6.261,89 e 70.927,86, respectivamente.

Em relação à infração 1, referente à desobediência ao princípio constitucional da Anterioridade Nonagesimal por parte do Fisco Baiano, quando da edição do Decreto nº 15.807 em 30/12/2014, que revogou o disposto no inciso XXIV do art. 266 do RICMS que concedia redução de base de cálculo aos produtos anteriormente citados com 30 dias apenas após sua edição, cita e transcreve o art. 167 do RPAF-BA/99. Conclui que não cabe ao Preposto Fiscal discutir sobre temas que envolvam a constitucionalidade de normas emanadas por autoridade superior.

Em relação à Infração 02, diz que assiste razão ao impugnante quando afirma já haver recolhido, e em valor superior, o crédito reclamado. Na planilha do Fisco, Anexo 07.02.02 (fl. 20 do PAF), a coluna M (CORRIGIDO FISCO/ICMS ST), foi resultado da multiplicação da Base de Cálculo do ICMS-ST (Coluna L) pela Alíquota Interna vigente à época (17%). Esse valor, porém, representa o ICMS-ST total e não o líquido devido. Para determinação do valor devido, da coluna M dever-se-ia ainda subtrair o ICMS normal (calculado pelo Fisco) de responsabilidade do Contribuinte, o que resultaria numa importância inferior à destacada em nota fiscal, que é justamente o resultado da coluna N, indevidamente considerada como sendo a diferença que o Autuado supostamente deveria ainda recolher. Não há, portanto, imposto a reclamar referente a esta infração, devendo este item, na importância de R\$3.853,35, ser julgado improcedente em sua totalidade.

Em relação ao pedido de diligência, afirma que deixa de ter razão de ser, vez que o Fisco concorda com o impugnante referente ao item da infração que motivou a solicitação.

Em vista dos argumentos acima expostos, da concordância parcial em relação aos argumentos da Defesa, sugere, seja o presente auto considerado parcialmente procedente, com homologação dos valores reconhecidos e recolhidos, salvo melhor juízo desse Egrégio Conselho.

Às fls. 114 a 117 o defendente se manifestou sobre a informação fiscal. Após fazer uma síntese dos fatos, aduz que em relação à desobediência ao princípio constitucional da anterioridade nonagesimal, alega em sede de impugnação, quanto à infração 01, referente aos produtos bebida mista e néctar, reitera o alegado em sede de defesa em todos os seus termos.

Comenta sobre o controle da constitucionalidade das normas, reproduzindo ensinamentos de Leonardo Nunes Marques acerca do princípio da legalidade no que tange a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo administrativo fiscal.

Referente à infração 02, diz que a manifestação do autuante se encontra em consonância com o que fora alegado na impugnação, pelo que, a infração dever ser julgada improcedente.

Por fim, pede o reconhecimento da procedência parcial da infração 01, improcedência da infração 02 e homologação dos pagamentos realizados referentes à parcela do débito da infração 01, especificamente em relação aos produtos ÁGUA DE 20L.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 120 do PAF. Diz que o defendente, em suas considerações apresenta única discordância em relação à falta de manifestação pelo órgão administrativo quanto às alegações de inconstitucionalidade da norma que serviu de base para a autuação referente à infração 01. Neste sentido, o autuante reitera as razões expostas à fl. 109 do PAF.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, com homologação dos valores reconhecidos e recolhidos pelo defendente, reduzindo-se o valor do ICMS inicialmente lançado, de R\$148.659,78 para R\$144.806,04.

Nova manifestação foi apresentada pelo defendente às fls. 125 a 127 do PAF. Após fazer uma síntese dos fatos, reitera as alegações quanto ao controle de constitucionalidade das normas que deve ser realizado por todo aplicador do direito, entendendo que não se mostra razoável a aplicação de norma reconhecidamente inconstitucional, sob o mero argumento por ser emanada por autoridade superior.

Ressalta que o valor indicado na manifestação fiscal contempla infrações cujos respectivos débitos já foram pagos pela empresa autuada com as devidas reduções dentro do prazo de defesa. Ressalta que o débito remanescente em discussão, refere-se exclusivamente à parcela dos débitos indicados na infração 01, referente apenas aos produtos BEBIDA MISTA E NÉCTAR.

Requer a procedência parcial da infração 01 e improcedência da infração 02, ao mesmo tempo em que pugna pela homologação dos pagamentos realizados.

O autuante prestou terceira informação fiscal à fl. 131 do PAF, ressaltando que, conforme exposto na segunda informação fiscal, a única discordância da defesa é em relação à falta de manifestação por parte do órgão administrativo quanto às alegações de inconstitucionalidade da norma que serviu de base para a autuação correspondente à infração 01. Neste sentido, reitera o autuante as razões expostas às fls. 109 e 120 do PAF, nada mais havendo a acrescentar.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, com a homologação dos valores reconhecidos e recolhidos, reduzindo-se o valor do ICMS inicialmente lançado, de R\$148.659,78 para R\$144.806,04.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessário realizar diligência ou perícia, considerando as provas produzidas nos autos, e a análise da autuação não depende de conhecimento especial de técnicos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal e perícia, formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente lançamento trata da exigência de ICMS e multa, tendo sido apuradas quatro infrações à legislação tributária, conforme descrição dos fatos e demonstrativos acostados aos autos.

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do imposto, nos meses de fevereiro, março, abril de 2015; e janeiro de 2016.

Em complemento, consta a informação de que o autuado aplicou redução da base de cálculo do ICMS com base em dispositivos do RICMS-BA que já não se encontravam em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores. Assim, para as ocorrências de fevereiro a abril de 2015 o contribuinte aplicou redução da base de cálculo de forma que a carga tributária final fosse de 12%, com fundamento no inciso XXIV do art. 266 do RICMS-BA/2012. No entanto, esse dispositivo teve validade apenas até 31/01/2015 sendo, portanto, indevidas as reduções a partir de 01/02/2015 (BEBIDA MISTA e NÉCTAR). Para as ocorrências do mês de janeiro de 2016 a redução deu-se com fundamento no inciso XXVIII do mesmo artigo do RICMS-BA, cuja validade foi até 31/12/2015, com carga tributária final de 7% (ÁGUA MINERAL DE 20L), sendo inválida a redução a partir de 01/01/2016.

Em relação ao produto ÁGUA MINERAL 20L, nas razões de defesa, o autuado considerou devida a autuação, procedendo ao pagamento com o benefício de redução da multa, conferido pelo art. 45, §15 da Lei nº 7.014/96, consoante comprovante que acostou aos autos (Doc. 02).

Quanto aos produtos BEBIDA MISTA e NÉCTAR disse que se verificou desobediência ao princípio da anterioridade nonagesimal na alteração legislativa, ressaltando que a legislação tributária que aumenta tributo ou revoga benefício, além de respeitar o exercício, ainda terá que respeitar um prazo mínimo de 90 dias entre a sua publicação e o dia em que efetivamente entra em vigor, ou seja, entre a publicação da lei e a sua vigência (momento que ela passa a produzir os seus efeitos), por isso, entende ser necessário que haja um período mínimo de 90 (noventa) dias.

Referente à desobediência ao princípio constitucional da Anterioridade Nonagesimal por parte do Fisco Baiano, quando da edição do Decreto nº 15.807 em 30/12/2014, que revogou o disposto no inciso XXIV do art. 266 do RICMS, que concedia redução de base de cálculo aos produtos questionados pelo defendente, com 30 dias apenas após sua edição, o autuante afirmou que não cabe ao Preposto Fiscal discutir sobre temas que envolvam a constitucionalidade de normas emanadas por autoridade superior.

Constato que inexistente dúvida quanto ao fato de que a exigência fiscal referente aos produtos BEBIDA MISTA e NÉCTAR é decorrente da edição do Decreto nº 15.807 em 30/12/2014, que revogou o disposto no inciso XXIV do art. 266 do RICMS, que concedia redução de base de cálculo, tendo sido alegado pelo defendente, apenas questão de constitucionalidade da mencionada.

Em relação ao mencionado questionamento do autuado quanto à constitucionalidade, pela falta de obediência ao princípio da anterioridade nonagesimal da alteração legislativa, por meio do Decreto 15.807/2014, observo que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Vale salientar, que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento deve ser realizado, não cabendo ao órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo emanado por autoridade superior (art. 167, inciso III, do RPAF/BA).

Assim, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, considerando estar comprovado o cometimento da infração apurada, mediante o levantamento fiscal. Mantida a exigência fiscal da infração 01.

Infração 02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no mês de janeiro de 2016.

O defendente alegou que do cotejo da planilha elaborada pelo fiscal, constatou que abatendo o saldo devedor de ICMS-ST apurado pelo fiscal como saldo a recolher indicado na coluna (N) do saldo devedor de ICMS-ST apurado pelo contribuinte e já recolhido, apontado na coluna (G), resulta em saldo negativo para o Fisco.

Concluiu restar evidente que não há débito de ICMS-ST a recolher, vez que a diferença apontada pelo fiscal como devida inexistente, visto o recolhimento já realizado pelo contribuinte, inclusive a maior que o devido, como se pode verificar do cotejo da planilha elaborada pela fiscalização.

Na informação fiscal, o autuante disse que assiste razão ao impugnante quando afirmou já haver recolhido, e em valor superior, o crédito reclamado. Esclareceu que na planilha do Fisco (fl. 20 do PAF), a coluna M (CORRIGIDO FISCO/ICMS ST), foi resultado da multiplicação da Base de Cálculo do ICMS-ST (Coluna L) pela Alíquota Interna vigente à época (17%). Esse valor, porém, representa o ICMS-ST total e não o líquido devido. Para determinação do valor devido, da coluna M dever-se-ia ainda subtrair o ICMS normal (calculado pelo Fisco) de responsabilidade do Contribuinte, o que resultaria numa importância inferior à destacada em nota fiscal, que é justamente o resultado da coluna N, indevidamente considerada como sendo a diferença que o Autuado supostamente deveria ainda recolher. Concluiu que não há imposto a reclamar referente a esta infração, devendo este item, na importância de R\$3.853,35, ser julgado improcedente em sua totalidade.

Observo que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, constato que não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração insubsistente.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado reconheceu a procedência do débito apurado nas infrações 03 e 04, informando que reconhece os equívocos cometidos, por isso, realizou o pagamento dos respectivos valores, conforme comprovante juntado aos autos. Dessa forma, voto pela subsistência dos itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206833.0006/18-5**, lavrado contra **INDAÍÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.878,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$70.927,84**, prevista no art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA