

A. I. Nº - 294888.0011/19-2
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b)** MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. **c)** MERCADORIAS COM SAÍDA SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. **d)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. **e)** VALOR SUPERIOR AO DESTCADO NO DOCUEMENTO FISCAL. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. **b)** APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. **b.1)** NOTAS FISCAIS. **b.2)** CUPOM FISCAL. **c)** APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. NOTAS FISCAIS. **d)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO A MENOR/FALTA DE ANTECIPAÇÃO. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS NORMAIS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. 5. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** DECLARAÇÃO INCORRETA. DADOS NAS INFORMAÇÕES ECONOMICO-FIISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS. Não existe qualquer arguição de mérito das imputações por parte do sujeito passivo. Há de se ressaltar, que nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, 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. Portanto, como se observa da peça de defesa, não se tem qualquer arguição de mérito em relação às imputações postas no Auto de Infração em tela. O sujeito passivo traz apenas arguição de inobservância de requisitos necessários à constituição do lançamento, por inobservância dos princípios da não cumulatividade e seletividade intrínsecos do imposto (ICMS). Afastadas tais arguições. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/09/2019, exige o valor de R\$77.301,99, inerente ao ano de 2017, conforme demonstrativo e documentos as fls. 23 a 199 dos autos, e CD/Mídia de fl. 200, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/07/2017 e 30/09/2017, conforme demonstrativo de fl. 23 a 27 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$90,49, com enquadramento no art. 29, § 1º, inc. II e art. 53, inc. III, da Lei nº 7.014/96 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/07/2017, 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 28 a 34 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$810,58, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 01.02.26: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saída subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/07/2017, 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 35 a 38 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$1.076,67, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. II, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 01.02.28: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal por erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/07/2017, 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 39 a 45 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$2.366,97, com enquadramento no art. 28, 30 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c arts. 309 e 310, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/07/2017, 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 46 a 50 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$3.465,95, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, conforme roteiro de Auditoria do Conta Corrente do ICMS – 2017, anexo, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 30/09/2017 e 30/11/2017, conforme demonstrativo de fl. 51 a 56 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$15.833,89, com enquadramento no art. 24 e 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - 03.02.01: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (CFOP x UF), anexo, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/08/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 67 a 69 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$320,74, com enquadramento nos Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do Art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 8 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (Operação com ECF – Erro na determinação da carga tributária), anexo, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017,

31/07/2017, 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 70 a 82 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$23.758,45, com enquadramento nos Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 9 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativo às datas de ocorrência de 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fl. 83 a 91 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$289,19, com enquadramento nos arts. 17 a 21; e art. 23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese), e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 10 – 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, conforme demonstrativos de fl. 92 a 95 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$342,50, com enquadramento no art. 8º, inciso II, e § 3º, do art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 – 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, conforme demonstrativos de fl. 96 a 110 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$511,56, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 12 – 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme demonstrativos de fl. 96 a 111 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado ICMS no valor de R\$11.966,14, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 13 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/07/2017, 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017 e 30/11/2017, conforme demonstrativos de fl. 112 a 132 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 200. Lançado multa no valor de R\$16.328,86, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 14 – 16.05.11 Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), relativo a data de ocorrência de 31/12/2017. Lançado multa no valor de R\$140,00, com enquadramento no artigo 255, § 1º, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. XVIII, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 100 a 109 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, onde diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, com inscrição no CNPJ sob o nº 010.923.690/0004-57, com sede na Praça da Piedade, 126, Califórnia, Itabuna/BA, CEP: 45.604-195, em que, perante essa Douta Autoridade julgadora, por intermédio do seu advogado abaixo assinado (procuração anexa), não se conformando com o auto de infração e a decisão de primeira instância, da qual foi cientificada em 23/09/2019, vem, respeitosamente, no prazo legal, com amparo no que dispõe o art. 33 do Decreto nº 70.235/72, o presente (Recurso Voluntário):

Registra tratar-se de auto de infração lavrado em 18/09/2019 referindo-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$77.301,99 em decorrência das infrações de 01 à 14 descritas no auto de infração.

Diz, então, que, “*não concordando com o acórdão ora aqui recorrido, por julgar procedente em parte o auto de infração nº 2948880011/19-2*”, vem apresentar suas razões, nos seguintes termos:

I. DO DIREITO:

- *NÃO OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO*

Observa que, no que diz respeito ao Processo Administrativo Tributário Estadual, tem-se o Decreto nº 7.629/1999, igualmente denominado de Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, a normatização dos procedimentos atinentes ao processo administrativo tributário de impugnação de lançamento de crédito tributário, entre outros procedimentos, bem como o artigo 18 da LC 87/96.

Destaca que o agente autuante em várias oportunidades, com o fundamento de falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída, termina por arbitrar os valores de tais produtos; sendo uma forma de arbitramento, no entanto, não revela ao contribuinte, sob quais parâmetros foram calculados tal base de cálculo, logo ferindo princípios constitucionais, qual seja, o do contraditório e o da ampla defesa, pois assim fica impossibilitado do contribuinte se defender demonstrando se os parâmetros para base de cálculo estão conforme ou se distorcem da realidade.

Em seguida, sem traçar qualquer comentário traz aos autos ementa do STJ - AgRg no Resp: 1363312 MT 2013/0002604-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 14/05/2013, T2 SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2013, *que trata de "ICMS. Recolhimento Antecipado. Pauta Fiscal de Valores. Ilegalidade. Art. 148 do CTN. Arbitramento da Base de Cálculo"*.

Mais adiante, após traçar algumas considerações sobre "arbitramento", diz que, em momento algum, a Autoridade Fiscalizadora mencionou expressamente, qual o possível parâmetro utilizado para a estimativa da base de cálculo do referido imposto (ICMS), ou seja, qual processo usou para chegar no valor da base de cálculo a ser utilizada para mensurar o tributo, fazendo tão somente menção à falta de recolhimento do ICMS antecipado, nos prazos e formas regulamentares previstos no extensivo RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Conclui que, sendo assim, restou demonstrado o não cumprimento do disposto no artigo 148 do CTN, uma vez que não foi especificado, de forma clara e precisa da ocorrência, qual a possível infringência cometida pela Empresa Autuada, razão pela qual nulo se torna os autos ora em análise.

- *INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE*

Diz que o princípio da não cumulatividade é uma técnica adotada com o escopo de evitar a tributação em cascata, no ICMS, o princípio em tela se opera mediante o método da subtração "*imposto sobre imposto*", compensando se, em cada operação, o imposto incidente nas operações anteriores, conforme estatui o inc. II, do § 22, do artigo 155, da CF/88, que destaca.

Pontua que, no caso em comento, o fisco burlou a sistemática do princípio supramencionado, haja vista, não ter realizado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte nas operações ora tributadas, pois cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro estado a alíquota total, e não a subtraída da alíquota já paga no estado de origem.

Nessa diretriz, diz verificar, com efeito, o enriquecimento ilícito do fisco, uma vez que incorrendo a desoneração prevista na lei de regência, há em verdade, uma dupla cobrança, perpetrada pelo fisco sobre o mesmo fato gerador, ou seja, um verdadeiro *bis in idem*, o qual é rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio, pela vedação do confisco.

Nesse sentido, consigna que deve, liminarmente, anular o lançamento realizado pela fazenda estadual, para que se aplique de forma legal o princípio da não cumulatividade pelos fundamentos aduzidos.

- *INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE*

Diz que, compulsando o auto de infração em comento, infere-se que o valor imputado ao sujeito passivo, no importe de R\$ 77.301,99, sobrepuja, o valor real da exação, porquanto o fisco não aplicou nos produtos aventados pela Lei Estadual 7.014/96, no art. 16, I, alínea "a" e "b", que prever

alíquota de 7% (sete) por cento para produtos abrangidos da sexta básica, a saber: arroz, feijão, milho, café torrado ou moído, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca; gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino, inclusive os produtos comestíveis resultantes do seu abate, em estado natural, refrigerado, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque, ou seja, quase a totalidade das mercadorias negociadas pelo contribuinte. Pelo contrário, aplicou sobre aqueles produtos a alíquota de 18% (dezoito) por cento, ao arrepio da Lei de regência.

Nesse compasso, diz prescindir de cálculo a aferição da cobrança indevida, irrazoável e desproporcional perpetrada pelo fisco, uma vez que, conforme auto de infração à Fazenda Pública aplicou alíquota de 18% (dezoito) por cento sobre o valor total da nota, sem qualquer subtração. Razão pela qual, é factível de plano atestar a ilegalidade da cobrança ora rechaçada.

Nesse contexto, aduz que é patente a violação do princípio da legalidade em face da não obediência aos ditames da Lei 7.041/96 e do art. 52, II, da CRFB/88, os quais têm o condão de, por si só, ensejar julgamento de mérito, anulando o lançamento ante a notória ilegalidade.

- *DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO*

No caso em questão, diz que foi notificado com o auto de infração nº 2948880011/19-2 no valor de R\$77.301,99 pelas infrações de 01 a 14 descritas no presente auto e impugnadas em 1ª instância. Todas devidamente impugnadas.

Entretanto, pontua que, as infrações elencadas pela Fazenda Pública geraram multas, cujos os valores estão sendo impugnados. Ressalte-se, que as multas impostas sobressaem o valor do tributo da obrigação principal. Diz que, nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 é vedado aos entes Federativos utilizar tributo com efeito de Confisco.

Após traçar varias outras considerações, amparado em entendimento de estudiosos do direito e decisões judiciais diz que o caráter confiscatório da multa desconfigura sua própria natureza e função. Ou seja, o que era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado, transforma-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiros tributos ilegais, disfarçados sob a roupagem de penalidade pecuniária.

Por fim, registra que é notoriamente investida de inconstitucionalidade as multas aplicadas no caso em questão, visto que, ferem o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150. IV da CF/88, e caso não seja esse entendimento, requer a redução das multas aplicadas, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário.

- *DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE*

Registra que o Princípio da Proporcionalidade é basilar a sua utilização para a interpretação legislativa em nosso Ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito ao direito tributário, inclusive na aplicação do princípio da vedação ao confisco, estando intimamente ligados.

Tal princípio, bastante utilizado como técnica de solução de conflitos pelo Supremo Tribunal Federal é composto por três elementos. A adequação, pelo qual se examina se a medida adotada atingiu o fim objetivado. A necessidade, que perquire se existiria alguma outra medida que atingisse o mesmo fim com menores restrições ao direito fundamental sacrificado e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, através do qual, presentes os dois elementos precedentes, diante do caso concreto, proceder-se-ia a uma ponderação de interesses, dando prevalência a um dos direitos fundamentais colidentes.

Após traçar considerações sobre cada um desses três elementos, diz que as multas impostas ao recorrente estão eivadas de onerosidade o que configura sua ilegalidade e caráter confiscatório ferindo as garantias fundamentais contidos na CF 88 nos termos do art. 5º, XXII.

II. DOS PEDIDOS

A) Que seja conhecido o “presente recurso voluntário”, haja vista a sua tempestividade e

pertinência;

- B) Que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente auto de infração, conforme o art. 151, III do CTN;
- C) Que seja provido o recurso, por ser a aplicação das multas e multas moratórias investidas de inconstitucionalidade, visto que, ferem princípio da vedação ao confisco, conforme art. 1502 IV do CF, bem como reconhecimento da ilegalidade das multas impostas, por estarem investidas de desproporcionalidade e caráter confiscatório, ferindo as garantias contidas na CF/88, nos termos do art. 5º, XXII, e
- D) E caso não seja esse o entendimento, requer a redução das multas, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário.

Por todo o exposto, entende ser o Auto de Infração em epígrafe totalmente destituído de fundamentação legal, solicitando a sua total improcedência e, conseqüentemente, o seu arquivamento, por ser um ato de justiça fiscal.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, à fl. 220 dos autos, assim posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

Diz que, analisando o documento apresentado pela Autuada, isto é, a defesa de fl. 205 a 219 dos autos, constata que as alegações formuladas nada têm a ver com o presente processo. Pontua que, em nenhum momento a Autuada refere-se às infrações contidas no mesmo.

Ante o exposto, considerando que a Autuada, em sua defesa, não apresentou argumentos, documento e/ou demonstrativos capazes de modificar as infrações, diz manter o Auto de Infração, e espera que seja julgado procedente, por ser de inteira justiça!

À fl. 221, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

Presente na Sessão Virtual de Julgamento, realizada nesta data, o patrono da empresa Drº Harrison Ferreira Leite, OAB/BA 17.719, para efeito de sustentação oral.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$60.833,13, relativo a doze irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$16.468,86, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de quatorze infrações no valor de R\$77.301,99, sendo impugnadas todas, não por arguição de mérito propriamente dito, mas por arguição de inobservância de requisitos necessários à constituição do lançamento, por inobservância dos princípios da não cumulatividade e seletividade intrínsecos do imposto, objeto em análise, o ICMS, além das arguições de violação aos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade ao amparo das garantias constitucionais do art. 150, inc. IV, combinado com o art. 5º, XXII da CF/88, conforme descrito em sua peça de defesa de fls. 205 a 217 dos autos.

Sobre a arguição de inobservância de requisitos necessários à constituição do lançamento fiscal, traz aos autos, o sujeito passivo, de que o agente Autuante, em várias oportunidades, com o fundamento da falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída, termina por arbitrar os valores das autuações; complementa dizendo que os termos da autuação não revelam sob quais parâmetros foi calculada a base de cálculo que deu azo a tais valores, logo, ferindo princípios constitucionais, quais sejam, o do contraditório e o da ampla defesa, pois assim ficou impossibilitado de se defender, dado que os parâmetros utilizados na composição da base de cálculo, estão conforme ou se distorcem da realidade.

Pois bem! Não é o que observo dos autos. Primeiramente, por que não há qualquer indício das imputações, no caso em tela, quatorze infrações levantadas, tenham sido originárias de um valor estimado, em que não se tem critérios definidos para sua avaliação. Muito pelo contrário, são imputações pontuais e específicas, levantadas pelo agente Autuante, no exercício de suas funções

de fiscalização, decorrentes de verificação de irregularidades cometidas pelo Contribuinte Autuado, no período fiscalizado de 01/01/2017 a 31/12/2017, em cumprimento à O.S. nº 503180/19, através de procedimento de fiscalização de comércio, regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, como assim está posto no art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a seguir destacado:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalíssimo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

Na realidade, trata-se as infrações 1, 2, 3, 4 e 5, de utilização indevida de crédito fiscal do imposto (ICMS), referente à aquisição de mercadorias, seja por relacionar a material para uso e consumo do estabelecimento, seja por relacionar a mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária, seja por relacionar a mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, seja por aplicação da alíquota indevida, seja por utilização do crédito maior que o destacado no documento fiscal, ou seja, por desconfronto do valor do imposto recolhido e o escriturado, todas amparadas com demonstrativos acostados aos autos às fls. 26 a 56, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 200.

Da mesma forma, em relação as infrações 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12, que dizem respeito a recolhimento a menor do imposto (ICMS), em decorrência de desconfronto entre o valor recolhido e o escriturado, aplicação de alíquota prevista na legislação por emissão de nota fiscal ou cupom fiscal, erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e por falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial e total ou mesmo recolhimento a menos, todas, também, amparadas com demonstrativos acostados aos autos, às fls. 67 a 111, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 200.

Por fim, as infrações 13 e 14, que relacionam a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal e por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), todas, da mesma forma que as imputações anteriores, estão amparadas por demonstrativos e documentos acostados às fls. 68 a 199 dos autos, onde, no caso da infração 13, na forma do demonstrativo de fls. 112 a 132 dos autos, que faz parte integrante, também, do CD/Mídia de fl. 200; e da infração 14, na forma de cópias impressas, juntado aos autos, extraídas dos Sistema da SEFAZ.

Neste contexto, como assim discorrido acima, todas as imputações estão devidamente fundamentadas, com os enquadramentos dos artigos infringidos na legislação competente, em relação a cada ocorrência fiscal, bem assim por demonstrativos devidamente elucidativos contendo identificação do autuado, discriminação do débito tributário em relação a cada fato, no que diz respeito à data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador, e à data em que deveria ocorrer o pagamento, a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, a alíquota, além do débito levantado em relação a cada infração cometida, tudo em conformidade com o que dispõe o art. 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Há de se ressaltar, que nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, 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. Portanto, como se observa da peça de defesa, não se tem qualquer arguição de mérito em relação a quaisquer das imputações postas no Auto de Infração, em tela.

Neste sentido, o sujeito passivo traz apenas arguição de inobservância de requisitos necessários à constituição do lançamento, por inobservância dos princípios da não cumulatividade e seletividade intrínsecos do imposto (ICMS), objeto em análise, sem acostar aos autos qualquer elemento probante, nem tampouco demonstrativo, que possa fundamentar suas razões de defesa.

Traz também as arguições de violação aos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade, ao amparo das garantias constitucionais do art. 150, inc. IV, combinado com o art. 5º, XXII da CF/88, conforme descrito em sua peça de defesa de fls. 205 a 217 dos autos.

Quanto à irresignação do Autuado em relação à violação aos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade ao amparo das garantias constitucionais, pelas ocorrências imputadas na autuação, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Em relação ao pedido formulado pelo sujeito passivo de redução das multas, informo, com a revogação do § 7º do art. 42, da Lei nº 7014/96, através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, e mais ainda, por obrigação principal, não pode ser reduzida ou cancelada por esta Junta de Julgamento, mesmo que tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação.

Registro também, que o novo representante legal constituído nos autos, apresentou de forma oral, na sessão de julgamento virtual do presente PAF, arguição de mérito das infrações 6, 8 e 9, que não foram acolhidas, por quantum as disposições do art. 24 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, dado tal interposição não observar os devidos prazos processuais estabelecidos na legislação.

Cabe repisar então, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 e 42 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o agente Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Em sendo assim, consoante o que se observa das imputações no Auto de Infração em tela, estando devidamente capituladas as acusações fiscais na legislação pertinente, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através dos documentos e demonstrativos impressos de fls. 1 a 119 dos autos, estando também os demonstrativos constando do CD/Mídia de fls. 200, devidamente entregues ao preposto fiscal autorizado da empresa Autuada, concluo pela subsistência das exigências fiscais de nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0011/19-2**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$60.833,13**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”; e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.468,86**, previstas nos incisos IX e XVIII, alínea “c” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA