

PROCESSO - A. I. Nº 207668.0015/18-4
RECORRENTE - MARIA DA GLÓRIA IVO MARTINS DA ROCHA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0140-01/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. **a)** ANTECIPAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação às mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração parcialmente elidida. 2. RECOLHIMENTO MENOS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. **a)** ANTECIPAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação às mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração parcialmente elidida. 3. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Resta comprovado que o autuado não efetuou o registro das notas fiscais eletrônicas, apontadas no demonstrativo fiscal das respectivas infrações, na sua EFD - Escrituração Fiscal Digital, a despeito de regularmente intimado para tal. Infrações subsistentes. 4. DECLARAÇÃO INCORRETA NAS INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. O contribuinte deveria entregar correta e mensalmente a respectiva DMA, a partir de 01.11.2014. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JF Nº 0140-01/18, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/03/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$668.095,73, em razão de oito infrações distintas, sendo objeto do presente recurso as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, descritas a seguir.

INFRAÇÃO 1 (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 Levantamentos e Demonstrativos ST anexados ao PAF - ANEXO II, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e 2017. Valor R\$63.061,18. Multa 60%.

INFRAÇÃO 2 (07.01.02) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, conforme Levantamentos e Demonstrativos ST anexados ao PAF - ANEXO III, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril e maio de 2015. Valor R\$2.699,67. Multa 60%.

INFRAÇÃO 3 (07.24.03) - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme Levantamentos e Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO IV, nos meses maio de 2015, de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a novembro de 2017. Valor R\$442.476,57. Multa 60%.

INFRAÇÃO 4 (07.24.04) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme Levantamentos e Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO IV, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril, junho a dezembro de 2015, maio e dezembro de 2016. Valor R\$40.350,20. Multa 60%.

INFRAÇÃO 5 (16.01.01) - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO V, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e 2016, janeiro a outubro de 2017. Valor R\$106.163,65.

INFRAÇÃO 6 (16.01.02) - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO VI, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e 2016, janeiro a outubro de 2017. Valor R\$8.624,46.

INFRAÇÃO 7 (16.05.18) - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015. Valor R\$1.960,00. Art. 42, VIII, "c", alterada pela Lei nº 8.534/02;

...

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/08/2018 (fls. 234 a 242) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O presente Auto de Infração versa sobre a imputação fiscal descrita e relatada na inicial dos autos, que será objeto da apreciação nas linhas seguintes.

Preliminarmente, pede o autuado que as intimações alusivas ao presente processo sejam dirigidas exclusivamente aos seus advogados, no endereço indicado, sob pena de nulidade, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC.

Alega ainda, ausente a motivação para a lavratura de Auto de Infração, incompetência da autoridade fiscal para efetuar o lançamento tributário e a aplicação de interpretação mais favorável ao contribuinte, em conformidade com o Artigo 112, CTN.

Verifico que o contribuinte autuado, localizado nesse Estado da Bahia, aderiu ao Sistema de Domicílio Tributário Eletrônico (DT – e), onde o contribuinte se encontra cadastrado, conforme faz prova os documentos, nos autos, às fls. 17/18.

Instituído pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014, o (DT – e) faz parte do Programa SEFAZ On-line, conjunto de iniciativas que se baseiam na nova realidade de dados digitais, para promover a maior aproximação entre a SEFAZ BA e os contribuintes. Através do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), o Fisco baiano encaminhará avisos, intimações, notificações e dará ciência de todos os tipos de atos administrativos aos contribuintes inscritos no cadastro do ICMS. A comunicação terá validade jurídica para todos os fins, preservando a segurança e o sigilo fiscal da informação.

Dessa forma, o não atendimento à solicitação para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam destinadas ao endereço do advogado do estabelecimento autuado, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, Art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

Inadmissível, outrossim, o argumento defensivo da falta de motivação no lançamento de ofício. Não há ausência de justa causa ou impropriedade na lavratura do Auto de Infração, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário pretensamente não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

O princípio da interpretação mais favorável ao contribuinte (art. 112, CTN), deve ser aplicado nos casos em que haja dúvidas. Funda-se, pois, na noção de que havendo dúvida não devem ser criados sacrifícios

injustificados e desnecessários ao patrimônio do contribuinte, do que não trata o caso presente.

Quanto à alegação de incompetência da autoridade fiscal, diz que o autuado apura o ICMS no regime de conta corrente fiscal, desde novembro do exercício de 2014, sendo que foi do Simples Nacional até outubro/2014, tendo descredenciamento em 31/10/14.

Quanto à alegação de incompetência da autoridade fiscal, na lavratura do presente Auto de Infração, não tem razão o autuado, uma vez que o mesmo esteve enquadrado no Simples Nacional até 31/10/14. A partir de novembro de 2014, no cadastro normal de contribuintes, somente poderia ser fiscalizado por Auditor Fiscal.

O Código Tributário deste Estado – COTEBÁ (Lei nº 3.956/81) estabelece que:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

[...]

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

E o art. 7º da Lei nº 8.210/2002 (Alterada pela Lei nº 11.470/09) assim dispõe:

Art. 7º - São atribuições dos titulares dos cargos de Agente de Tributos Estaduais:

I - arrecadar receitas estaduais;

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

A competência dos Agentes de Tributos Estaduais para a constituição de créditos tributários, no Estado da Bahia, é residual. Limita-se à fiscalização de mercadorias em trânsito e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional. Em regra, compete aos Auditores Fiscais a tarefa de fiscalização e constituição de crédito tributário.

Superadas as questões adjetivas, no mérito, a primeira e a segunda infração tratam, respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS e do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Os demonstrativos que instruem as exigências foram acostados aos autos, às fls. 19/26 (infração 1), no total de R\$63.061,18. Para a infração 2, às fls. 27/29, no total de R\$2.699,67.

As exigências têm fundamento no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, reproduzida no art. 289, RICMS BA-12, vigente à época dos fatos, ao prescrever que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

A Auditora Fiscal instruiu a exigência com demonstrativos circunstanciados, discriminando as notas fiscais de aquisição, data da entrada das mercadorias no estabelecimento, descrição do item, valor, margem de valor agregado, créditos fiscais, base de cálculo, ICMS ST apurado, valor recolhido (infração 2) ICMS-ST a recolher. Cópias do demonstrativo foram entregues regularmente ao contribuinte autuado.

O sujeito passivo não manejou a sua defesa de forma assertiva, discutindo os itens e valores exigidos, optando por alegar a falta de motivação, argumentando sinteticamente que o autuado relacionou aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte, por substituição tributária, sobre mercadorias isentas para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc., do que não trata o caso em concreto.

Durante a sessão ordinária de apreciação e julgamento, no momento da sustentação oral, a pedido dos advogados do autuado, aduzindo que poderia produzir provas no interesse das suas razões e mesmo do Processo Administrativo Fiscal - PAF, o julgador Olegário Miguez Dominguez pediu vistas dos autos, a fim de apreciar melhor a necessidade de apresentação de novos documentos de provas, oportunizando o pleito do sujeito passivo.

Na nova audiência, a defesa do autuado não logrou apresentar quaisquer provas em socorro à sua tese.

Diante do exposto, a infração 1 (R\$63.061,18) e a infração 2 (R\$2.699,67), restam devidamente caracterizadas.

Os itens 3 e 4 se referem à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, mas do cadastro normal de contribuintes e não como optante do Regime do Simples Nacional.

Os demonstrativos que instruem as exigências foram acostados aos autos, às fls. 31/46, para a infração 3, no total de R\$442.476,57; para a infração 4, no total de R\$40.350,20.

As mercadorias, objeto da exigência do ICMS antecipação parcial, são adquiridas para fins de comercialização e não estão compreendidas entre aquelas sujeitas ao regime da substituição tributária. Na antecipação tributária parcial (art. 12-A, da Lei nº 7.014/96), sem encerramento da tributação, exige-se apenas parte do tributo devido na operação, razão porque ela é chamada de parcial. O restante do tributo deverá ser recolhido oportunamente, quando da ocorrência efetiva do fato gerador.

Novamente, o sujeito passivo não manejou sua defesa de forma assertiva, alegando tão somente que comprou as mercadorias em outros Estados com base de cálculo reduzida, não cabendo antecipação parcial a recolher, considerando a carga tributária correspondente a 7%.

Não é o que se observa dos autos. As exigências estão instruídas em conformidade com a legislação pertinente, e calculadas com a aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Mesmo na nova sessão de julgamento dos autos, após aduzir os representantes que teriam provas com respaldo às suas assertivas, a defesa do autuado não logrou apresentar quaisquer elementos que dessem suporte às suas razões.

Infrações caracterizadas integralmente, nos valores de R\$442.476,57 e R\$40.350,20, respectivamente, em relação aos itens 3 e 4.

Nos itens 5 e 6, imputa a fiscalização a multa por descumprimento da obrigação acessória, pela falta de registro da mercadoria que deu entrada no estabelecimento.

A obrigação dos registros na forma de Escrituração Fiscal Digital – EFD, substituiu em seu primeiro módulo a escrituração e impressão dos livros fiscais, Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP (art. 247, § 1º, RICMS BA-12), a partir do momento em que estiver obrigado, o contribuinte.

Observe da página do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, que o contribuinte apontado pela fiscalização, com Inscrição Estadual nº 53.017.130, se encontra obrigado na entrega dos aludidos arquivos a partir de 01.01.2017.

Em não fazendo o registro das notas fiscais de entrada na forma da Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme consignou a Auditora Fiscal, incidiu o autuado nas penalidades previstas no Art. 42, incisos IX e XI.

A acusação fiscal de que o autuado não teria efetuado o registro das notas fiscais eletrônicas, apontadas no demonstrativo fiscal das respectivas infrações, na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, resta provada, caracterizando a infração imputada. Aplicada, inclusive, a alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%, na infração 5. Retroatividade benigna que deve ser feita, com previsão no Art. 106, II, “c” do CTN - Código Tributário Nacional. A nova redação do inciso IX, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”

Caracterizado o aludido descumprimento da obrigação acessória, a aplicação de penalidade resta subsistente nos valores de R\$106.163,65 e R\$8.624,46, medida que se impõe, respectivamente, em relação aos itens 5 e 6.

A infração 7 trata também da multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o autuado declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

Os contribuintes inscritos no cadastro estadual que apuram o imposto pelo regime normal (conta corrente fiscal) estão obrigados à entrega da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, que deverá ser entregue até o dia 20, relativamente às operações do mês anterior (art. 255, RICMS BA).

Desenquadrado do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional,

em 31.10.2014, passando para o cadastro normal de contribuintes, a partir de 01.11.14, o autuado deveria entregar correto e mensalmente, respectiva DMA.

Aplicação da multa procede no valor total de R\$1.960,00.

Por fim, na infração 8, a acusação é que o contribuinte deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2014.

A empresa deveria efetuar a entrega dos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, estando obrigado a fazê-lo, a partir de 01.11.2014, nos prazos previstos na legislação. Não o fez, já estando, nesse momento, caracterizado o descumprimento da obrigação acessória e fato gerador da multa descrita nos autos. Ainda assim, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos EFD, conforme intimação de fl. 18, e prazo de 30 dias, nos termos do Art. 247, § 4º do RICMS (Decreto nº 13.780/12). Desatendeu, dessa vez, o contribuinte, a intimação da Fazenda Pública para apresentar os aludidos arquivos, o que implicaram em penalidade ainda mais gravosa.

Aplicação da multa que procede, no valor total de R\$2.760,00.

Diante do exposto, o Auto de Infração é PROCEDENTE.

É assim que voto.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 259 a 270, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Primeiramente, alega a eminente autuante procedeu sem observar o devido processo legal na medida que imputa as infrações com base em escrituração não autorizada, uma vez que, conforme consta da suposta infração 07, a Escrituração Fiscal Digital - EFD foi entregue zerada. Desse modo, conclui que, comprovado que no período da autuação o Sujeito Passivo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da EFD, e tendo esta sido entregue em branco, descabe considerar qualquer outra forma de escrituração.

Alega, ainda, quanto às infrações 03 e 04, que se referem à falta de recolhimento e o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial de mercadorias tributadas, vindas de outros Estados para comercialização, ter efetivamente comprovado, através da colação de diversas Notas Fiscais objeto da autuação fiscal em comento, que a exigência não deve subsistir pelo fato de estar sendo exigido ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias isentas, com base de cálculo reduzida, que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, destinadas ao ativo imobilizado e/ou devolvidas. Isto porque, explica, grande volume das operações elencadas no Demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante (Anexo IV) referem-se a mercadorias que não sofrem Antecipação Parcial, merecendo observância, por esta Câmara de Julgamento Fiscal, da verdade real trazida a lume.

De igual modo, além das hipóteses supracitadas (BC Red/ Isenta/ Ativo Imobilizado, com ICMS retido na fonte por ST e/ou Devolvida) afirma que, no que se refere à imputação das supostas infrações 01 a 04, procedeu de modo irregular o agente fiscal ao realizar cobrança de ICMS por antecipação total e parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação bem como sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias para uso/consumo, não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, etc.

Em suma, assegura não haver como manter as exigências constantes das supostas infrações, porque nelas existem parcelas significativas de mercadorias cuja fase de tributação encerrada, de modo que a mera observância das notas fiscais que ora são colacionadas impõe o reconhecimento da veracidade dos argumentos sustentados pela Recorrente, tornando-se imperiosa a realização de diligência, via ASTEC/CONSEF, no sentido segregar da exigência fiscal tais mercadorias.

Cita o princípio da interpretação mais favorável ao contribuinte (art. 112, CTN), para concluir que a respeitável Câmara, ao decidir sobre a lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de

plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador. Nesse sentido, defende que não podem prosperar tais imputações por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público, seja pela inobservância do devido processo legal, seja pela falta de certeza e liquidez do débito fiscal.

Alega, ainda, a inobservância do devido processo legal pela utilização de escrituração fiscal não autorizada. Afirmar que a autuante procedeu sem observar o devido processo legal na medida que imputa infrações com base em escrituração não autorizada, uma vez que, conforme consta da suposta Infração 07, a EFD foi entregue zerada. Desse modo, comprovado que, no período da autuação, o sujeito passivo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da EFD, e tendo esta sido entregue em branco, descabe considerar qualquer outra forma de escrituração, a teor do respaldo jurisprudencial deste Consef. Transcreve julgados desta Corte em apoio aos seus argumentos.

Alega, ainda, falta de motivo. Argumenta que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação total/parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, isentas, destinadas ao ativo imobilizado, para uso/consumo, etc., porque não só contraria a legislação que rege a matéria, mas também as decisões do CONSEF/BA, cujos julgados transcreve mais uma vez.

No tocante às infrações 01 a 04, alega ausência de motivo para se proceder com as suas exigências, uma vez que as mercadorias relacionadas pela autuante se referem a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc, como pode ser constatada através das notas fiscais ora juntadas oportunamente. Assim, sustenta que a preposta fazendária, furtando-se de uma apuração mais detalhada da realidade material, imputa ao autuado o recolhimento do ICMS por antecipação parcial e total relativo as aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação com base de cálculo reduzida, isentas e até mesmo com ICMS retido na fonte por ST.

Desta forma, uma vez provado que as mercadorias possuem a base de cálculo reduzida, ICMS recolhido na fonte por Substituição Tributária, isenta, etc., fatalmente a ação fiscal será improcedente, corroborando com o entendimento consolidado deste Órgão. Transcreve mais julgados deste Conselho de Fazenda bem como as doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, em apoio aos seus argumentos.

Argumenta que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do malsinado auto de infração, posto que é premissa exata que o auto de infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos “*ex radice*”, inconvalidáveis.

Transcreve a doutrina de Seabra Fagundes para defender a ideia de que o lançamento do crédito tributário configura ato de vontade pelo qual o poder público aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Argumenta que a lei tributária atribui, ao agente administrativo, um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados. Essa, aliás, é a expressão utilizada no art. 3º do CTN, que define o tributo como “*prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”. Assim, o objeto do lançamento, como ato de vontade da administração (a saber, a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os termos da exigibilidade) já está predeterminado na lei tributária, vale dizer, “*in casu sub examine*”, expressamente previsto os dispositivos de lei que autorizam a imputação de responsabilidade quando ocorrer infração a eles, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato (autuante).

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada requer, que este Egrégio

Conselho de Fazenda Estadual, visando apurar a verdade real e frente a interpretação mais favorável ao contribuinte, nos termos do art 112, CTN, ante a robustez das provas trazidas aos autos, seja determinada a realização de diligência, via Astec/Consef, no sentido segregar, da exigência fiscal, mercadorias indevidamente relacionadas nos demonstrativos fiscais, a exemplo das que aqui são acostadas, tudo com o fito de que, ao final, seja decretada a improcedência ou a nulidade total do Auto de Infração em tela.

Termos em que, pede e espera Deferimento.

Instrui o presente PAF com cópia de várias notas fiscais, acostadas às folhas 271/330.

À folha 336, acosta substabelecimento para os advogados Juvenal Sérgio Oliveira e Márcio Costa Leal.

Considerando que as cópias anexadas ao processo revelam que, efetivamente, fizeram parte do presente levantamento notas fiscais contendo mercadorias isentas, conforme folhas 273, 275, 286, 287, 288, 291, 293, 301, 302 e 304, bem como considerando a necessidade de revisar o levantamento fiscal, com vistas a excluir as mercadorias indevidamente incluídas, esta 1ª CJF deliberou, em busca da verdade material, por converter o feito em diligência à Infaz de origem (folhas 337/338), com vistas a que a Autuante adotasse as providências solicitadas a seguir: 1) Excluir, dos demonstrativos relativos às infrações 03 e 04, os itens relativos a mercadorias isentas e enquadradas no regime de substituição tributária; 2) Caso existam mercadorias com previsão de redução da base de cálculo, considerar tal aspecto no cálculo do ICMS devido; 3) Refazer os demonstrativos de débito das infrações 03 e 04, contemplando as alterações solicitadas.

Às folhas 343/349, a Autuante cumpre a diligência solicitada, tecendo as considerações a seguir.

Explica que, quanto às notas fiscais emitidas pelo CNPJ base nº 05.426.493 (folhas 273/321) com informações complementares de produtos isentos, conforme Convênio ICMS 21/2015, informa que procedeu à retificação dos demonstrativos.

Quanto às notas fiscais contendo informações complementares de produtos isentos, por não haver previsão de isenção no RICMS/BA, informa que só efetuou a alteração do produto Alecrim, conforme Convênio 44/75.

Quanto às notas fiscais contendo informações complementares de produtos com base de cálculo reduzida (importados – Resolução do Senado 13/12 - 4%), informa que procedeu à retificação dos demonstrativos.

Quanto às notas fiscais de veículos adquiridos de outra unidade da federação, para o ativo imobilizado, informa que procedeu à retificação dos demonstrativos, uma vez que não cabe a cobrança de Difal, conforma art. 272, inciso I, alínea “a” – 2 do RICMS/BA.

Quanto às notas fiscais contendo informações complementares de produtos ICMS Substituição tributária, informa que manteve o cálculo nos demonstrativos, uma vez que não havia destaque do imposto no documento fiscal.

Encerra a sua peça informativa, explicando que anexou novos demonstrativos relativos às infrações 03 e 04.

Cientificado do resultado da diligência, o Sujeito Passivo apresenta manifestação às folhas 365/370, tecendo as considerações que seguem.

Explica que vem se insurgir contra a decisão da 1ª JF de nº 0140-01/18, porque a autuante exige o ICMS por antecipação parcial e por substituição tributária nas infrações 01 a 04, não só pelos argumentos expostos no RECURSO VOLUNTÁRIO, mas também porque a exigência fiscal recai sobre mercadorias oriundas de estados relacionados no anexo I do Decreto nº 14.213/12, já revogado, tudo como se vê nas notas fiscais em anexo (Doc.02).

Nesse sentido, argumenta que a decisão do órgão julgador contraria a legislação por não observar que o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/12, em alinhamento com a convalidação dos

atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017, sendo insubsistente o lançamento de imposto com base no referido Decreto revogado. Desse modo, a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal não pode deixar de considerar que, a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/17 revogou o Decreto nº 14.213/12, que considerava devido o imposto por antecipação parcial e por substituição tributária, conforme consta do § 2º, do artigo 1º do Decreto revogado, bem como que a vedação aos benefícios fiscais se aplica ao cálculo da antecipação parcial. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas de Goiás e Minas Gerais, relacionados no anexo único do Decreto revogado, como se vê nas notas fiscais em anexo (Doc.02).

Frisa que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/12, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado diploma normativo. Explica que o mencionado ato dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975. Informa que o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

Destaca, todavia, que foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos. Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219, de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017.

Explica que, de acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017, foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal. No caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, razão porque deve-se concluir pela insubsistência da autuação fiscal. Transcreve julgados do Consef bem como decisão do STJ, em apoio aos seus argumentos.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a Recorrente requer que sejam acolhidas as razões desta manifestação.

Nestes termos, pede e confia no deferimento.

Acosta relação contendo números de notas fiscais além de cópias do documentos, às folhas 375/612.

Às folhas 615/616, a Autuante presta uma nova informação fiscal, tecendo as considerações que seguem.

Com relação à manifestação da Recorrente, afirma ser completamente descabida uma vez que as infrações 01 a 04, estão previstas na Lei nº 7.014/96. Após explicitar o escopo da autuação, relativamente às infrações 01 a 04, informa que a empresa autuada possui, contra si, vinte e sete autuações (sendo 16 inscritas em dívida ativa) e doze em parcelamentos interrompidos e/ou em atraso.

Informa que a empresa foi baixada, em agosto de 2020 e não tinha direito a benefícios fiscais

concedidos pelo Termo de Acordo Atacadista, Decreto nº 7799/00, já que a sua atividade é “comércio varejista de mercadorias em geral”.

Informa, por fim, que a fiscalização apurou e cobrou o ICMS antecipação parcial e ST, abatendo todo o crédito fiscal destacado na grande maioria das notas fiscais, conforme previsão legal. Explica que está mantendo o demonstrativo revisado na última diligência (folhas 345/349).

VOTO

Embora o Sujeito passivo alegue ofensa ao devido processo legal (ao referir-se à Infração 07) aduz alegações que se confundem com o mérito e como tal serão tratadas, no momento oportuno. O exame dos autos revela que os demonstrativos de débito foram construídos com o detalhamento apto a permitir o pleno conhecimento dos motivos pelos quais se está exigindo o montante objeto do presente lançamento, não havendo justa causa para a decretação de nulidade do PAF.

Rejeito, portanto, a alegação de nulidade suscitada.

No mérito, o Sujeito Passivo atacou conjuntamente as infrações 01 e 02, o que impõe que sejam julgadas também de forma conjunta, conforme segue.

As infrações tratam de falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS ST. As infrações foram descritas da forma a seguir.

INFRAÇÃO 1 (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,

INFRAÇÃO 2 (07.01.02) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior,

Em sua peça recursal, a empresa alega, inicialmente, que foram, indevidamente, incluídas notas fiscais relativas a mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, mercadorias para uso/consumo, não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, etc. Não especificou, todavia, os documentos fiscais em que tal vício existe.

Quando de sua última manifestação, após a realização de diligência pela Autuante, deduziu uma nova alegação, afirmando que o presente lançamento fiscal teria glosado créditos com base no Decreto nº 14. 213/12, sem indicar em quais operações teriam ocorrido essas glosas.

O exame dos demonstrativos de débito relativos às infrações 01 e 02 (folhas 19/30) revela, todavia, que não houve glosa dos créditos em face do decreto citado, pois os cálculos do imposto apurado deduziu valores (a título de crédito) cujo percentual é de 4%, 7% e 12%, não havendo qualquer dedução de créditos com base nos percentuais listados no decreto baiano.

Assim, como não houve qualquer alegação específica, entendo que restaram caracterizadas as infrações 01 e 02, as quais ficam mantidas.

Quanto às infrações 03 e 04, da mesma forma que o fez em relação às duas primeiras infrações, o Sujeito Passivo as atacou conjuntamente, impondo-se o julgamento conjunto. Tratam de falta de recolhimento e de recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial. As infrações foram descritas da forma abaixo.

INFRAÇÃO 3 (07.24.03) - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado,

INFRAÇÃO 4 (07.24.04) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado,

Em sua peça recursal, a empresa alega, inicialmente, que foram, indevidamente, incluídas notas fiscais relativas a mercadorias isentas, com base de cálculo reduzida, que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, destinadas ao ativo imobilizado e/ou devolvidas. Acosta cópia de documentos para provar o quanto alega.

Esta 1ª CJF converteu o feito em diligência para que a Autuante analisasse e excluísse tais mercadorias.

No cumprimento da diligência solicitada, a Autuante promoveu as exclusões solicitadas, bem como justificou aquelas que foram mantidas. Refez os demonstrativos de débito.

Em sua última manifestação, a empresa deduziu uma nova alegação (a exemplo do que fizera para as infrações 01 e 02), afirmando que o presente lançamento fiscal teria glosado créditos com base no Decreto nº 14. 213/12, sem indicar em quais operações teriam ocorrido essas glosas.

O exame dos demonstrativos de débito revela que não houve glosa com base no decreto estadual citado.

Quanto às operações sujeitas à substituição tributária, noto que a Autuante manteve as notas fiscais com cópias às 272, 276, 277, 282, 283, 285, 289, 298, 303, 307, 309, 318 e 325 com o argumento de que tais documentos não vieram com destaque do imposto. Examinando tais documentos, noto que as mercadorias foram descritas como queijos (mussarela, parmesão, prato e minas), classificados no código 0406.10.10 da NCM. Constituem-se, portanto, em operações com produtos da indústria alimentícia sem previsão de enquadramento no regime de substituição tributária.

Quanto aos demais valores mantidos, noto que o Sujeito Passivo nada mais alegou, mesmo tendo oportunidade de se manifestar a respeito.

Assim, como nada mais alegou, entendo que aceitou o resultado da diligência, cujos cálculos acolho para reduzir o valor lançado nas infrações 03 e 04.

A Infração 03 fica, portanto, reduzida para R\$230.422,68, conforme demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO 03

MÊS	ICMS
mai/15	R\$ 8.000,89
jan/16	R\$ 6.184,88
fev/16	R\$ 5.489,70
mar/16	R\$ 8.870,45
abr/16	R\$ 9.949,49
mai/16	R\$ 11.157,64
jun/16	R\$ 5.781,25
jul/16	R\$ 10.230,86
ago/16	R\$ 11.202,65
set/16	R\$ 9.431,88
out/16	R\$ 8.174,90
nov/16	R\$ 16.518,44
dez/16	R\$ 8.784,94
jan/17	R\$ 6.437,37
fev/17	R\$ 8.529,87
mar/17	R\$ 11.297,33
abr/17	R\$ 10.024,39
jun/17	R\$ 6.071,70
jul/17	R\$ 10.442,74
ago/17	R\$ 9.425,07
set/17	R\$ 12.054,77
out/17	R\$ 18.924,36
nov/17	R\$ 17.437,11
TOTAL	R\$ 230.422,68

Já a Infração 04 fica reduzida para R\$22.517,46, conforme demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO 04

MÊS	ICMS
nov/14	R\$ 1.058,71
dez/14	R\$ -
jan/15	R\$ 2.169,82
fev/15	R\$ 3.123,37
abr/15	R\$ 1.836,89
jun/15	R\$ 421,17
jul/15	R\$ 249,08
ago/15	R\$ 295,18
set/15	R\$ 295,52
out/15	R\$ 199,64
nov/15	R\$ -
dez/15	R\$ 691,58
mai/17	R\$ 10.678,36
dez/17	R\$ 1.498,14
TOTAL	R\$ 22.517,46

Quanto às infrações 05 e 06, tratam, ambas, de ausência de registro de documentos fiscais de entrada, conforme descrições abaixo.

“INFRAÇÃO 5 (16.01.01) - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO V, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e 2016, janeiro a outubro de 2017. Valor R\$106.163,65.

INFRAÇÃO 6 (16.01.02) - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativos anexados ao PAF - ANEXO VI, nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e 2016, janeiro a outubro de 2017. Valor R\$8.624,46.”

O Sujeito Passivo alega que as EFDs foram entregues zeradas.

Examinando as EFDs do período, é possível notar que, efetivamente, encontram-se zeradas. Nota-se, inclusive, que a Autuante, percebendo que a empresa não havia enviado as EFDs do período, apontou tal fato, ao tempo em que procedeu à intimação do Contribuinte, mediante o DTE (folha 18), oportunidade em que lhe foi concedido o prazo de trinta dias, conforme previa o § 4º, do art. 247 do RICMS/12, norma então vigente.

A despeito da intimação citada, que, inclusive, ressaltou a possibilidade de aplicação da multa, o Sujeito Passivo enviou os arquivos zerados, em face do que lhe foi aplicada a multa por falta de registro dos documentos fiscais de entrada.

Entendo, por consequência, que as infrações se encontram caracterizadas. Mantida a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 07, a conduta autuada foi descrita como *“Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015. ...”*. Embora tenha se oposto ao lançamento, o Sujeito Passivo se limita a alegar nulidade pelo fato de ter sido utilizada a escrituração fiscal sem autorização legal, vez que as EFDs estavam zeradas.

Não se trata, todavia, de EFDs, mas de DMAs que foram entregues zeradas. Como nada alegou, entendo que a Infração 07 se encontra caracterizada. Mantida a decisão de piso neste ponto.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o valor lançado para R\$430.020,31, conforme demonstrativo global abaixo.

INFRAÇÕES	ICMS	MULTA FIXA	MULTA %
1	R\$ 63.061,18	R\$ -	60%
2	R\$ 2.699,67	R\$ -	60%

3	R\$	230.422,68	R\$	-	60%
4	R\$	22.517,46	R\$	-	60%
5	R\$	-	R\$	106.163,65	-
6	R\$	-	R\$	8.624,46	-
7	R\$	-	R\$	1.960,00	-
8	R\$	-	R\$	2.760,00	-
TOTAL	R\$	318.700,99	R\$	119.508,11	R\$ 438.209,10

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207668.0015/18-4**, lavrado contra **MARIA DA GLÓRIA IVO MARTINS DA ROCHA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$318.700,99**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$119.508,11**, prevista no inciso IX (reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c o Art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 – CTN), XI, XVIII, “c” e XIII-A, “I”, alterada pela Lei nº 8.534/02, do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos no COTEB, aprovado pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS