

PROCESSO - A. I. Nº 293575.0005/17-4
RECORRENTE - ARLINDO GALVÃO SANTANA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0055-03/19
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ (INFAZ CENTRO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0169-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS DE SAÍDA. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO. Os documentos fiscais não emitidos e não escriturados, correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas. Mantida a exigência fiscal. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O suprimento de caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. Acolhida parcialmente a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0055-03/19, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2017, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$57.160,83, tendo em vista 04 infrações, conforme abaixo:

Infração 01 - 02.01.01. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$11.395,58, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 05.03.02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa, nos meses outubro a dezembro de 2012, abril, maio e julho a novembro de 2013. Exigido o valor de R\$24.292,54, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 - 05.05.01. Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, junho a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$9.116,48, acrescido da multa de 100%;

Infração 04 - 07.02.01. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$12.356,23, acrescido da multa de 150%.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 160 a 167), informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 185 a 191), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que após

análise julgou Procedente em Parte, nos seguintes termos:

VOTO

De início, ao compulsar os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF-BA/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do sujeito passivo, além do enquadramento dispositivos da legislação infringidos.

O Autuado também suscitou em sede de preliminar, que parte dos tributos ora pretendidos pela fiscalização estadual, está despida de qualquer exigibilidade, uma vez que a cobrança de quaisquer tributos porventura apurados nos meses de janeiro a junho de 2012, está fadada ao insucesso, em face do instituto da decadência, com base no §4º, do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Analizando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2012, para exigir imposto referente a fatos geradores ocorridos de janeiro a junho 2012, o defendente fundamentou a sua alegação em decisão deste CONSEF.

Convém salientar, que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que “Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis, apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Os recentes julgados, envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância desse CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Assim, nos termos expendidos, entendo que assiste razão ao Impugnante quanto à fruição do prazo decadencial, a partir da data da ocorrência do fato gerador, no que diz respeito às operações cujas ocorrências se deram no período de janeiro a maio de 2012, atinentes às Infrações 01 e 04, haja vista que apuram irregularidades que foram declaradas pelo Impugnante deve ser aplicado o §4º, do art. 150 do CTN. Portanto, na data da lavratura do Auto de Infração, em 30/06/2017, haviam sido tragadas pela decadência, e neste caso, o fisco perdeu o direito de promover o lançamento tributário. Assim, excluindo os valores apurados nos meses de janeiro a junho de 2012, o débito da Infração 01, passa para R\$8.066,76, e o da Infração 04, passa para R\$8.746,48.

No que diz respeito às Infrações 02 e 03, que imputam ao Autuado a ocorrência de omissão de saídas apuradas mediante a constatação de saldo credor de caixa, e de entradas no estabelecimento do Autuado sem o registro na escrita fiscal, não se enquadram na premissa supra referida do Incidente de Uniformização da PGE-PROFIZ, no que diz respeito à aplicação do §4º, do art. 150 do CTN. Eis que, por não terem sido declaradas a ocorrência do fato jurídico tributário, uma vez que fora apurada mediante levantamento fiscal, deve ser aplicado o inciso I, do art. 173 do CTN, cujo início da contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, somente ocorrendo a decadência em 31/12/2018. Portanto, ficam mantidas integralmente as Infrações 02 e 03, uma vez que não foram tragadas pela decadência.

Nos termos expendidos, acato a preliminar de Decadência relativa às ocorrências nos meses de janeiro a junho de 2012, das Infrações 01 e 04, remanescendo, portanto, sem terem sido atingidas pela decadência, no mesmo período, as operações relativas às infrações, 02 e 03.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação baiana do ICMS, conforme descrição circunstanciada no preâmbulo do relatório.

A infração 01 trata da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo acostado à fl. 12.

Depois de consultar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que além de não constar no sistema de arrecadação da SEFAZ, pagamento algum efetuado no período objeto da autuação, o Impugnante não apresentou em sua defesa qualquer argumento capaz de elidir a acusação fiscal.

Assim, diante da caracterização da irregularidade evidenciada no demonstrativo comparativo entre o ICMS a recolher escriturado e o ICMS recolhido, que revela o não recolhimento do correspondente imposto, remanescendo na Infração 01 o valor de R\$8.066,76, haja vista a exclusão do valor R\$3.328,82[294,67+564,24+653,76+527,27+625,91+662,97], tragado pela decadência apontada no exame da preliminar.

Verifico que também não assiste razão ao Autuado em relação à multa sugerida no Auto de Infração para essa infração, uma vez que por se tratar de falta de recolhimento de imposto registrado na escrita fiscal, está correta a aplicação da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso I, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

A Infração 02 cuida da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa, conforme demonstrativo acostado à fl.15 a 34.

O livro Caixa é considerado um instrumento auxiliar da escrita fiscal, bem como os livros da contabilidade geral que se relacionem com a escrita fiscal ou comercial do contribuinte, elementos que são analisados para efetuar os levantamentos fiscais. Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa”, através da análise da documentação correspondente, podendo ser apurado suprimento de caixa de origem não comprovada, ou saldo credor de caixa.

O §4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, estabelece: “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

O Impugnante, em suas razões de defesa, alegou que não foi considerado pela fiscalização seus registros contábeis que não evidenciam saldo credor algum. Não deve prosperar a alegação defensiva, uma vez que levantamento fiscal elaborado pela fiscalização discrimina individualizadamente todas as operações envolvendo a Conta Caixa no período fiscalizado, e o Impugnante não apontou inconsistência alguma, nem carrou aos autos qualquer elemento inequívoco de seus registros contábeis para contrapor os dados arrolados na Auditoria da Conta Caixa.

Considerando que as operações de saídas do estabelecimento autuado, se constituem de vendas de biscoito e bolacha que são normalmente tributadas com alíquota de 17%, ou seja, não opera nas saídas com mercadorias isentas, não tributadas e nem com mercadorias da substituição tributária com a fase tributação encerrada, é descabida a pretensão da defesa para a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007.

Consigno também, que por se tratar de levantamento fiscal que apura omissão de saídas é devida a aplicação da alíquota de 17% nas omissões constatadas, já que todas as saídas do estabelecimento se realizam com essa alíquota. Também está correta a multa aplicada de 100%, eis que, é a prevista no inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Observe que não foi comprovada pelo autuado a origem do saldo de caixa, e a legislação autoriza a presunção de que esse suprimento é decorrente de saídas de mercadorias não registradas.

Ao compulsar o demonstrativo da presunção de omissão de saídas elaborado pela Autuante e acostado à fl. 15, constato que está incorreto, uma vez que apura o valor da omissão aplicando a MVA de 30%. O valor da omissão apurada deve corresponder ao saldo credor de caixa, independentemente da retenção legalmente exigida, já que a venda de mercadoria anterior foi realizada sem emissão de nota fiscal.

Logo, não existe qualquer MVA a ser aplicada já que a presunção legal contida nas determinações do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, tem por origem operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, apurada mediante constatação de saldo credor na conta caixa. Esta presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída de mercadorias (não conhecidas), que se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição á título oneroso, e que não esteja contabilizada, diz respeito à ocultação de receitas. E são sobre estas receitas de vendas ocultas que se exige o imposto e não sobre a mercadoria propriamente dita, já que aqui se apura o imposto através das disponibilidades do estabelecimento.

Com a correção do demonstrativo acostado à fl. 15, excluindo-se a aplicação da MVA deve ser considerando os valores da coluna “ICMS Próprio a pagar”, remanescendo assim o débito de R\$18.686,56.

Assim, considero parcialmente caracterizada a exigência fiscal, tendo em vista que o suprimento de caixa de origem não comprovada indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, estando a irregularidade apurada embasada em dispositivo legal acima reproduzido.

Assim, concluo pela subsistência parcial da Infração 02.

Infração 03 - imputa a omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas conforme demonstrativo acosta à fl. 35 a 37.

Em sede defesa o Autuado alegou que a nota Fiscal de nº 47394, de 29/11/2013, foi incluída indevidamente no levantamento fiscal por se tratar de nota fiscal de devolução. Depois de examinar a cópia da referida nota fiscal no CD acostado à fl. 183, constato que assiste razão ao autuado, por se tratar nota fiscal de devolução de venda emitida por um dos fornecedores do Autuado. Logo, deve ser excluída, do demonstrativo elaborado pela Autuante e acostado à fl. 189, devendo ser expurgado o valor de R\$338,47.

Verifico, depois de examinar as cópias das notas fiscais no CD acostado à fl. 183, que está correta a exclusão das notas fiscais canceladas citadas pelo Impugnante em sua defesa, fl. 164, efetuada pela Autuante no demonstrativo acostado às fls. 189 a 191.

Não deve prosperar também a alegação de que não fora considerado o crédito fiscal destacado nas notas fiscais de entrada elencada à fl. 165, tendo em vista que a acusação fiscal trata de presunção de omissão de saídas em decorrência de entradas de mercadorias não registradas.

Não acolho também a pretensão da defesa de que é indevida a inclusão de notas fiscais de entradas, relativas à aquisição para o ativo fixo e uso e consumo do estabelecimento, uma vez que, independente da destinação, o que importa na apuração presunção de omissão de saída é o fato de que as compras foram pagas com receita imitada advinda de vendas não declaradas. Portando devem ser mantidas no levantamento fiscal.

Do mesmo modo, também não devem prosperar a alegação quanto às aquisições de mercadorias com redução de base de cálculo.

No tocante à aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007, bem como o equívoco cometido pela Autuante, ao incluir a MVA no demonstrativo de apuração da omissão de saída, afirmo dever ser considerado os mesmos argumentos expendidos em relação à Infração 02.

Acolho o novo demonstrativo elaborado pela Autuante, depois de proceder a exclusão das notas fiscais canceladas e agora excluir o valor de R\$338,47, relativo à Nota fiscal de nº 47394, de 29/11/2013, que resulta na redução do débito dessa infração para R\$5.698,45, acostado às fls. 189 a 191.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 03.

Entretanto, como foram apuradas nos exercícios de 2012 e 2013, duas infrações de presunção de omissão de receita não devem coexistir no mesmo período de apuração simultaneamente as Infrações 02 e 03.

Assim, nas Infrações 02 e 03 restam mantidos os valores apurados em cada mês, ou período de apuração, de maior expressão monetária, desprezando-se, no mesmo período, o valor apurado na outra infração.

Nos termos expendidos, o valor do débito da Infração 02, passa para R\$18.389,74, e o da Infração 03, para R\$4.163,48, na forma a seguir discriminada

INFRAÇÃO - 02				INFRAÇÃO - 03			
Dat. Ocor.	Base de Cálculo	Alíq.	Valor Histórico	Dat. Ocor.	Base de Cálculo	Alíq.	Valor Histórico
out/12	2.443,45	17%	415,39	jan/12	1.253,20	17%	213,04
nov/12	23.037,04	17%	3.916,30	fev/12	640,00	17%	108,80
dez/12	27.057,39	17%	4.599,76	mar/12	3.791,60	17%	644,57
abr/13	10.326,26	17%	1.755,46	abr/12	584,50	17%	99,37
mai/13	8.806,54	17%	1.497,11	mai/12	3.920,78	17%	666,53
jun/13	3.874,43	17%	658,65	jun/12	885,50	17%	150,54
ago/13	5.760,00	17%	979,20	jan/13	365,00	17%	62,05
set/13	15.862,43	17%	2.696,61	fev/13	1.540,00	17%	261,80
nov/13	11.007,40	17%	1.871,26	jun/13	2.478,00	17%	421,26
TOTAL			18.389,74	out/13	8.806,80	17%	1.497,16
				dez/13	225,67	17%	38,36
				TOTAL			4.163,48

Infração 04 - cuida da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, conforme demonstrativo acosta à fl.13.

Em sede de defesa, o Impugnante alegou que fora aplicada na apuração do débito a MVA de 30%, quando a MVA correta seria de 20%.

Não assiste razão à defesa, haja vista que no período em que ocorreram os fatos geradores objeto da autuação a MVA nas operações internas com biscoitos e bolachas é de 30%, como expressamente estatuído no Item 33.1, do Anexo 1, do RICMS-BA/12, in verbis:

33 Produtos derivados de farinha de trigo:

Mistura de farinha de trigo

33.1 Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo; preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, **biscoitos**, **bolachas**, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo

-1902.1; 1905; 1902.3 Prot. ICMS 50/05 - AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE

Massas, macarrão instantâneo e pães: 20%;

Demais produtos: 30%

Assim, uma vez que o Impugnante não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a infração imputada, resta patente o acerto da autuação.

Pelo exposto, cabe, portanto, a exclusão do lançamento inicial os valores tragados pela decadência relativos às operações arroladas na autuação nos meses de janeiro a junho de 2012.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 04, no valor de R\$8.747,49.

Nos termos supra expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação, conforme discriminado no demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO											
Inf.	Auto de Infração	Exclusões em razão da Decadência							OUTRAS EXCLUSÕES	Julga-mento	Multa
		jan-12	fev-12	mar-12	abr-12	mai-12	jun-12	Total			
01	11.395,58	294,67	564,24	653,76	527,27	625,91	662,97	3.328,82	-	8.066,76	60%
02	24.292,54							-	5.902,80	18.389,74	100%
03	9.116,48							-	4.953,00	4.163,48	100%
04	12.356,23	579,71	564,24	682,43	527,27	620,52	634,57	3.608,74	-	8.747,49	150%
	57.160,83							6.937,56		39.367,47	

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo Autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente os percentuais, conforme estabelece o art. 42 da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal tem competência para apreciar somente pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158, do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 219 a 225) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicialmente alega ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, II 2, §2º da Constituição Federal) – decisão inconstitucional, pois como se depreende da leitura do Acórdão JF nº 0055-03/19 verificou que foi negado o creditamento do ICMS recolhido em etapas anteriores, o que uma garantia inafastável do contribuinte prevista na Constituição Federal.

Em que pese tenha a 3ª JF se pronunciado no sentido de afastar o direito ao crédito do imposto em razão de o lançamento tratar da omissão de saídas, vale destacar que o princípio da não cumulatividade do ICMS não comporta restrições impostas por lei infraconstitucional nem tampouco por ato administrativo. Pois não compete à Administração Fazendária disciplinar o desfrute do direito do contribuinte previsto na Constituição Federal, apenas a própria Carta Magna é que poderia dispor sobre eventuais limitações ou exclusões desse direito, como ensina ROQUE CARRAZZA em sua obra ICMS:

“Tal direito brota, por inteiro, da própria Constituição e, por isso mesmo, não pode ser alterado, em sua substância, nem pelo Legislativo, nem pela Fazenda Pública.

Portanto, aceitar que a lei ou o ato administrativo fiscal é que vão disciplinar o desfrute deste direito implicar reconhecer, equivocadamente, que o Legislativo ou a Administração Pública podem, a seu critério estreitar ou, até, esvaziar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, que as entidades tributantes são obrigadas, pela Constituição, a obedecer.

...

Enfim, no ICMS a compensação assume conotação toda própria em face da autorização constitucional dada ao contribuinte para, independentemente de qualquer autorização, legislativa ou fazendária, apurar o montante do tributo devido e efetuar o precitado encontro de contas.”

(p. 448 e 449 – 16ª Edição)

Diz que diante disto, o acórdão proferido pela 3ª JJF se mostra flagrantemente inconstitucional e deve ser declarado nulo, vez que em afronta ao princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, inciso II, §2º da Constituição Federal, indevidamente afasta o direito de crédito do imposto da Recorrente.

Pede que, caso seja Câmara entenda pela manutenção do Acórdão recorrido fica desde já requerida a compensação do crédito do ICMS destacado das notas fiscais acostadas ao processo (Notas Fiscais nºs 368, 9203, 9220, 2693, 194292).

Além disso, questiona acerca da aplicação de multa confiscatória, no que toca à infração 04, na qual foi mantida a multa de 150% do valor do imposto. Em que pese esta multa estar prevista na Lei nº 7.014/96, ela tem nítido caráter confiscatório.

Diz que este assunto foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, que proferiu julgados repetitivos considerando confiscatória a multa superior a 100% do valor do tributo devido.

Não obstante, a Recorrente entende que as multas aplicadas ao seu caso estão equivocadas, devendo ser minoradas.

Por exemplo, na infração 01 – falta de recolhimento do imposto no prazo referente a operações escrituradas, em que foi aplicada a multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, quando o correto seria aplicar a multa de 50%, prevista no inciso I do mesmo dispositivo legal. Outro exemplo em que vemos a aplicação de multa exacerbada em detrimento do contribuinte, ocorre na Infração 03, em que foi aplicada multa no percentual de 100% em razão da omissão de saídas apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Em se tratando de empresas de pequeno porte, como é o caso da Recorrente, entendem que caso se cogite da procedência da Infração 03, a despeito das razões alegadas acima, a multa aplicável é a prevista no inciso XII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

Considerando o exposto, fica requerida a reforma do Acórdão para determinar a redução das multas aplicadas, seja em razão do nítido caráter confiscatório, seja com base nos dispositivos acima ou ainda com fundamento no art. 158 do RPAF.

Também fala sobre a irretroatividade da lei tributária e da retroação da lei mais benéfica, pois da leitura do acórdão viu que a lei foi retroagida para prejudicar o Recorrente como no caso das Notas Fiscais nºs 49136 e 1841, cujo ICMS foi cobrado sem o crédito destacado nas notas e sem a redução da base de cálculo, nos termos do art. 268, XXVII do RICMS/BA vigente até dezembro de 2013, aplicável às operações internas com margarina.

A retroação neste caso ofende o princípio da irretroatividade da lei tributária prevista no art. 150, III, a da CF e no art. 106 do Código Tribunal Nacional, que também restou ofendido em razão da não retroação da lei mais benéfica ao contribuinte.

Em razão disto, fica requerida a reforma do acórdão para aplicar o art. 268 do RICMS vigente à época dos fatos, que previa a redução da base de cálculo do tributo, e fica requerida também a exclusão do MVA do 30% aplicado na infração 04.

Por fim, cita a inobservância da Instrução Normativa nº 56/2007 cumulando em ofensa ao princípio da verdade material no tocante à infração 02, em que foi apurado o ICMS por suposta omissão de saídas de mercadorias apuradas através de saldo credor de caixa, vale observar que o Sr. Auditor fez um levantamento paralelo, desconsiderando os registros contábeis da Recorrente, os quais, por sua vez, não evidenciam o referido saldo credor.

Não obstante isto, ainda que pudéssemos cogitar de efetivo saldo credor de caixa, devemos lembrar que a Impugnante comercializa basicamente produtos derivados de farinha de trigo, sendo mercadorias sujeitas à substituição tributária e que na sua maioria foi adquirida de dentro

do Estado, ou seja, com fase de tributação encerrada, fatos não considerados no levantamento fiscal.

Assim sendo, considerando o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007 é de ver-se que deve ser aplicado ao caso o disposto no art. 1º.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente (Fls. 219 a 225), em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0005-03/19, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2017, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$57.160,83, tendo em vista 4 infrações.

Passo agora a analisar as razões do Recurso Voluntário.

Quanto à alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, II 2, §2º da Constituição Federal) – decisão inconstitucional e a alegação da inconstitucionalidade da multa aplicada, convém ressaltar, que nos termos do Art. 167, inciso I e III, não se inclui na competência deste órgão julgador declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No que tange ao pedido da verificação de negativa de creditamento do ICMS recolhido em etapas anteriores, nos termos do RICMS/BA, a qual a 3ª JJF se pronunciou, no sentido de afastar o direito ao crédito do imposto em razão de o lançamento tratar da omissão de saídas, e que segundo a recorrente, destaca que o princípio da não cumulatividade do ICMS não comporta restrições impostas por lei infraconstitucional nem tampouco por ato administrativo não deve prosperar, tendo em vista que a acusação fiscal trata de presunção de omissão de saídas em decorrência de entradas de mercadorias não registradas.

Além disso, questiona acerca da aplicação de multa confiscatória, no que toca à infração 04, na qual foi mantida a multa de 150% do valor do imposto, trata-se de multa prevista na Lei nº 7.014/96, Art. 42, inciso V, alínea “a”, foi reduzida para 100% do valor do imposto pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

Quanto à aplicação da multa prevista na infração 01, lavrada pela falta de recolhimento do imposto no prazo referente a operações escrituradas, em que foi aplicada a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, em que questiona que o correto seria aplicar a multa de 50%, prevista no inciso I do mesmo dispositivo legal, verifica-se não ser cabível, tendo em vista que o autuante fez o cruzamento com as informações constantes dos livros fiscais, e não em declarações eletrônicas conforme dispõe o Inciso I.

Quanto ao questionamento da aplicação de multa exacerbada em detrimento do contribuinte, ocorrida na Infração 03, em que foi aplicada multa no percentual de 100%, em razão da omissão de saídas apurada através de entradas de mercadorias não registradas, está previsto no Art. 42, inciso III da referida lei, e não aquela prevista no inciso XII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

Quanto à irretroatividade da lei tributária e da retroação da lei mais benéfica, pois segundo a Recorrente, da leitura do acórdão, viu que a lei foi retroagida para prejudicar o Recorrente, como no caso das Notas Fiscais nºs 49136 e 1841, cujo ICMS foi cobrado sem o crédito destacado nas notas e sem a redução da base de cálculo, nos termos do art. 268, XXVII do RICMS/BA, vigente até dezembro de 2013, aplicável às operações internas com margarina, não encontrei relação nos autos que pudesse elucidar a questão.

Em relação ao pedido da aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, pelo que pude observar nos livros de Apuração do ICMS acostados aos autos (fls. 32 a 98), a empresa não opera nas saídas com mercadorias isentas, não tributadas e nem com mercadorias da substituição tributária com a fase de tributação encerrada, razão pela qual, não faz sentido a aplicação de tal

dispositivo legal.

Diante de todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Contudo, de ofício, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN, por cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, adequo a Infração 4 a penalidade de 150%, prevista à época dos fatos geradores no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, para o percentual de 100% do valor do imposto, em razão da alteração do citado dispositivo legal dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, com efeitos a partir de 13/12/19.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293575.0005/17-4**, lavrado contra **ARLINDO GALVÃO SANTANA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.367,47**, acrescido da multa de 100% sobre R\$31.300,71 e 60% sobre R\$8.066,76, previstas na alínea “f”, dos incisos II, III e na alínea “a”, V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS