

A. I. Nº - 278999.0006/17-1
AUTUADO - RG COMÉRCIO E INDÚSTRIA EIRELI - EPP
AUTUANTE - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/04/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-03/21VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Trata-se de apropriação indébita, no caso, a autuada é apenas a responsável pela retenção do ICMS que onerou apenas o contribuinte substituído. Inadmissível aplicação da Súmula 431 do STJ. O termo PAUTA FISCAL que é abordado na referida súmula, não alcança a base de cálculo presumida própria e legítima ao regime de substituição tributária. Pelo mesmo motivo, a matéria que discute judicialmente a Impugnante, não se aplica à matéria discutida nos autos. Adequação do percentual da multa em função de alteração da Lei (a partir de 01 de abril de 2012). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 20/02/2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 1.029.511,28, bem como aplicação de multa no percentual de 150%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 07.02.01 – Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Referente ao período de abril a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013; janeiro a junho de 2014; setembro a dezembro de 2016; janeiro de 2017.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 53 a 84, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente descreveu a acusação fiscal e passou a discorrer sobre o título “*CRÉDITO DE ICMS CONSTITUÍDO SOB REGIME DE PAUTA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 431 STJ. NULIDADE DO LANÇAMENTO*”, registrando que a Impugnante tem como atividade empresarial a exploração de jazidas minerais, principalmente para produção, comercialização e distribuição de águas minerais envasilhadas em materiais descartáveis (pequenas e médias garrafas e copos) e nos garrações retornáveis de 20 litros, conforme discriminado nos seus atos constitutivos.

Explicou que está submetida ao recolhimento do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias – ICMS incidente sobre suas operações, conforme previsto no art. 155, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Disse ainda que no Estado da Bahia o referido imposto é regulamentado através da Lei nº 7.014/96, que prevê em seu art. 19, incisos I ao VI, a aplicação da **pauta fiscal** a ser utilizada como base de cálculo do ICMS na comercialização das mercadorias discriminadas nos próprios incisos ou através de regulamento.

Ressaltou que foi acrescentado o inciso VI ao § 11º do art. 289 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), estabelecendo que a base de cálculo da substituição tributária nas operações envolvendo águas minerais será o valor fixado em **pauta fiscal** para efeito de pagamento do ICMS.

Diz que conforme a Instrução Normativa nº 50/13 SEFAZ/BA, a Impetrante encontrava-se obrigada a recolher, em substituição tributária (antecipação para frente), o ICMS das transações futuras, com base de cálculo presumida, sempre em valor fixado em pauta fiscal, nos valores indicados em

tabela prevista no Decreto nº 13.780/12, item **5.16 OUTROS do inciso VI ao §11º do art. 289 do RICMS/BA**, que reproduziu.

No entanto, ressaltou entender ser cediço que a aplicação da pauta fiscal como base para o recolhimento do ICMS é método amplamente rechaçado pela jurisprudência mansa e pacífica do Superior Tribunal de Justiça, conforme entendimento cristalizado na Súmula 431 do STJ, que estabelece:

“Súmula 431 STJ. É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Salientou que em função do relatado a Impugnante impetrou Mandado de Segurança Preventivo, tombado sob nº 0516305-96.2014.8.05.0001, com o objetivo de proteger-se da cobrança incorreta do ICMS nas suas operações de venda envolvendo águas minerais, submetidas ao regime de antecipação tributária, tendo por base o regime de pauta fiscal, conforme prevê a legislação do Estado da Bahia.

Ressaltando que consoante se pode constatar da cópia da petição inicial do Mandado de Segurança e da decisão em anexo (doc. 02 e doc. 03) fls. 637 a 653, foi requerida, e DEFERIDA A LIMINAR, para: i) suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão; ii) determinar que a Autoridade Coatora se absteresse de exigir o ICMS devido pela impetrante no regime de pauta fiscal; iii) obstar qualquer autuação em razão do não recolhimento autorizado judicialmente; e por fim, iv) obrigar o Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA a expedir guia para o devido recolhimento do tributo com base no valor real da operação.

Disse ainda que a decisão em comento, além de suspender a exigibilidade do crédito tributário discutido, impediu a Autoridade Fiscal de exigir da ora Impugnante o ICMS devido com base no regime de pauta fiscal, inclusive, obistou a Autoridade Fiscal de realizar “**qualquer autuação em razão do não recolhimento autorizado judicialmente**”, conforme se depreende da parte dispositiva da referida decisão:

“Ante o exposto, visto que restaram consignados os pressupostos imprescindíveis à sua concessão, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR, para que a Autoridade apontada como Coatora **se abstenha de exigir o ICMS devido pela impetrante no regime de pauta fiscal**, calculado com base nos valores fixados pela Instrução Normativa nº. 50/13, ao tempo em que, **defiro também o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão**, a fim de que as autoridades coatoras, se abstenham de exigir o pagamento do ICMS com base na pauta fiscal, **obstando qualquer autuação em razão do não recolhimento autorizado judicialmente**, devendo, no entanto, o Impetrante recolher o tributo com base no valor real da operação, pelo que fica o Impetrado obrigado a expedir a guia correspondente, para o devido recolhimento. “

Pontuou que a despeito da clareza da decisão liminar proferida pelo Ilustre Magistrado da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, a Autuação Fiscal procedeu, sistematicamente, ao descumprimento do aludido comando judicial, vindo a constituir, e cobrar, crédito tributário cuja exigibilidade encontrava-se suspensa.

Afirmou que conforme agiu, a Fiscalização incorreu, não em uma, mas 04 (quatro) irregularidades distintas, em flagrante descumprimento as determinações judiciais constantes na mencionada decisão (doc. 03) fls. 650 a 653.

Rematou entender ser evidente que crédito tributário oriundo do Auto de Infração nº 2789990006/17-1 foi irregularmente constituído, razão pela qual requer-se o reconhecimento de sua nulidade.

Acrescentou que uma vez impedida de exigir da Impugnante o pagamento do ICMS com base na pauta fiscal, deveria a Autoridade Fiscal investigar cada operação em que a Impugnante figura como substituta tributária, a fim de verificar o ICMS do valor real da operação.

Aduziu que observando a fundamentação jurídica que embasa a Súmula 431 do STJ, pode-se verificar que a principal razão de sua aplicação no direito tributário é afastar a utilização de uma presunção absoluta, sem qualquer razoabilidade, como ocorre quando da aplicação da pauta fiscal.

Complementou que especificamente em relação à aplicação da pauta fiscal para fins de antecipação tributária, o Eg. Superior Tribunal de Justiça publicou o **Informativo nº 0442**, conforme descrito abaixo:

Informativo nº 0442

“COBRANÇA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

É legítima a cobrança antecipada do ICMS pelo regime normal de tributação (sem substituição tributária), nos termos do art. 150, § 7º, da CF/1988, desde que prevista em legislação local autorizativa, tal como na hipótese da Lei n. 3.796/1996 de Sergipe. Contudo, anote-se que a apuração da base de cálculo com lastro no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal é ilegal (Súm. n. 431-STJ). Precedentes citados: AgRg no Ag 1.215.709-MA, DJe 24/5/2010; REsp 1.160.372-RS, DJe 11/5/2010; AgRg no REsp 1.139.380-RS, DJe 23/4/2010; AgRg no Ag 1.002.073-RS, DJe 4/3/2009; AgRg no REsp 713.520-RS, DJe 13/3/2009; RMS 17.303-SE, DJ 13/9/2004; RMS 21.118-SE, DJe 29/6/2009; RMS 17.511-SE, DJ 22/8/2005; RMS 15.095-SE, DJ 1º/9/2003; RMS 14.618-SE, DJ 30/9/2002; AgRg no RMS 23.272-SE, DJ 7/5/2007, e EDcl no RMS 18.844-SE, DJ 27/3/2006. RMS 22.968-SE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/8/2010.”

“PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - FATO JURÍDICO PRESUMIDO - ART. 8º DA LC 87/96 - LEI LOCAL - REPRODUÇÃO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Os embargos de declaração prestam-se a suprir omissão de questão relevante e não para atacar os fundamentos da decisão embargada.
2. É legítima a fixação do percentual de agregação do lucro por norma complementar (art. 100 do CTN), respeitados os critérios da LC 87/96 pela legislação local.
3. Distingue-se a pauta fiscal da fixação da base de cálculo (preço da operação ou prestação de serviço) por operação presumida. Aquela, repudiada pela jurisprudência desta Corte, impõe arbitrariamente o valor da base de cálculo do tributo em caráter geral; esta, utilizada no regime de substituição tributária progressiva, pressupõe procedimento administrativo legitimante, controle do contribuinte e adequação aos critérios instituídos na LC 87/96, art. 8º, II, c e §§ 4º e 6º.
4. Recurso especial provido.”

(REsp 1157342/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 11/05/2010).

Trouxe, dizendo no mesmo sentido, a doutrina do Prof. José Eduardo Soares de Melo, em seu livro intitulado “ICMS Teoria e Prática”, em que assim se manifesta:

“A base de cálculo deve ater-se, irrestritamente, aos parâmetros constitucionais e, peremptoriamente, ao fato imponível, sendo que a circunstância da Constituição não ter, especificamente, indicado as bases de cálculo dos tributos não significa que o legislador ordinário esteja livre para quantificá-los, como melhor lhe aprouver.

A materialidade de cada tributo, por si só, é suficiente para medir normativamente o quantum a ser devido pelo sujeito passivo da obrigação. Os atos, fatos, operações, situações e estados - constituidores das materialidades - contém ínsitas grandezas econômicas que passam a ser reveladas ou explicitadas pelo editor da norma impositiva.

(...)

No caso específico do ICMS, a base de cálculo deve representar a quantificação compreendida na “operação mercantil”, e na “prestação de serviços de transporte interestadual/intermunicipal, e de comunicação”, ou seja, o valor das mercadorias e o preço dos serviços, respectivamente.” (ob. cit. Dialética. 3ª edição pág.132 e 133)

Concluiu que a aplicação da pauta fiscal como base para o recolhimento do ICMS nas operações de antecipação tributária é método rechaçado e ilegal, que afronta a jurisprudência e a Súmula do STJ, na medida em que impõe arbitrariamente o valor da base de cálculo do tributo em caráter geral, subsistindo alternativa para tal postura do Fisco Estadual, a exemplo do MVA – Margem de Valor Agregado, previsto no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir).

Outrossim, ressaltou que o descumprimento da Autoridade Fiscal ao comando judicial emanado do Magistrado 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Mandado de Segurança nº 0516305-96.2014.8.05.0001, vem provocando incontáveis transtornos para a Impugnante, que se vê constrangida a um procedimento fiscal em absoluto desacordo com a liminar alcançada, razão pela qual não pode ser tolerado!

Nesse sentido, evocou a Lei nº 12.016/2009, que disciplina o Mandado de Segurança, segundo a qual, em seu art. 26, diz que constitui crime de desobediência, na forma do art. 330 do Código Penal, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/1950, quando cabíveis.

Como também o art. 330 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/1940), que estabelece:

Desobediência

“Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

Concluiu em vista dos os fatos expostos acima, não haver qualquer dúvida que o Auto de Infração **nº 2789990006/17-1 não possui qualquer respaldo legal, de modo que requer deva ser julgado nulo ou improcedente por este Egrégio Conselho.**

O Autuante se pronunciou às fls. 656 a 658. Disse não haver o que se falar em descumprimento do Mandado de Segurança por parte da Fiscalização - Medida Liminar foi deferida em 06/05/2014, conforme anexos das pags. 650 a 653 do PAF, e os eventos foram lançados no presente auto de infração referente a períodos pretéritos àquele despacho e, também, por se tratar de imposto retido com o ônus suportado pelo contribuinte substituído. Os valores retidos foram declarados pela autuada no sistema de Informações Econômico-Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme farta documentação acostada no auto de infração e demonstrativo do ICMS retido e não recolhido apenso às fls. 11 do PAF.

Pontuou que a autuada não junta quaisquer documentos comprobatórios de restituição dos valores que foram retidos aos seus clientes e que foram declarados nas DMAs e não recolhidos pela autuada na qualidade de contribuinte substituto, conforme determina o art. 73 do RPAF Dec. 7629/99, sob pena da autuada se locupletar com os valores retidos, ficando o ônus do ICMS substituição na realidade com contribuinte substituído.

Aduziu que o Mandado de Segurança não irá se aplicar em fatos pretéritos em operações já consolidadas e terminadas em conformidade com a legislação tributária vigente e assumidas pelos atores Fisco, substituto tributário e contribuinte substituído, sob pena de se configurar apropriação indébita.

Com relação a afirmação da defesa de que a autoridade fiscal deveria investigar cada operação em que a impugnante figura como substituta tributaria, a fim de verificar o ICMS do valor real da operação, disse haver contradição da autuada, uma vez que os valores lançados foram os que estavam registrados em sua própria escrituração fiscal e informados nas respectivas DMAs, deduzidos os valores que já tinham sido recolhidos, declarados através de Denúncia Espontânea, Declaração de Débitos e Notificações Fiscais, conforme anexos ao PAF às fls. 11 (Resumo) e fls. 22 a 51 (complementares).

Contestando a assertiva da Autuada, ressaltou que toda a atividade administrativa de lançamento que ensejou a lavratura deste Auto foi pautada em regras predeterminadas pela legislação tributária, realizando-se um ato vinculado à LEI, em sentido lato, compreendendo a Lei 7.014/96 que institui o ICMS neste Estado e o seu Regulamento, visando tão somente a defender os interesses do Estado e,

por conseguinte, dos cidadãos.

Asseverou que em nenhum momento foram olvidados os princípios básicos da legalidade, moralidade e finalidade com que deve estar sintonizada a atuação da fiscalização, conforme evidencia de forma inequívoca o contexto de sua informação fiscal.

Acrescentou que as questões de inconstitucionalidade estão dirigidas a autoridades não competentes para reconhecê-las, ficando a critério deste colendo Conselho, representar ao Secretário da Fazenda nos termos do art. 167 e 168 do RPAF, aprovado pelo decreto 7.629/99, caso as acolha.

Finalizando, afirmou que a autuada foi objeto de diversos Regimes Especiais de Fiscalização e Pagamento do Imposto, conforme dados no sistema de processos tributários, com base no art. 46, inciso III da Lei Estadual n.º 7.014/96, o que denota ser a autuada contumaz infratora fiscal, e que a sua intenção é tão somente eximir-se do pagamento do ICMS previstos na legislação tributária.

Concluiu mantendo todos os lançamentos da presente autuação fiscal na sua integralidade.

Na assentada para julgamento do dia 16/07/2019 a 2ª JJF decidiu por converter o processo em diligência à Douta Procuradoria Geral do Estado a fim de que fosse esclarecido os pontos externados conforme teor da diligência (fl. 663) reproduzido abaixo:

“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

Lavrado em 20/02/2017 e relativo a fatos geradores ocorridos entre abril 2012 a janeiro 2017, o Auto de Infração exige ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

*A Impugnação se sustenta na Decisão Interlocutória em MANDADO DE SEGURANÇA expedida em 0565/05/2014 (fls. 650-653) em que, conforme destaque no seu texto (fl. 618), ordena e defere: (i) que a Coatora se abstenha de exigir o ICMS devido pela impetrante no regime de pauta fiscal; (ii) pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão; (iil) **ordem de abstenção de qualquer autuação em razão do não recolhimento autorizado judicialmente.***

*Considerando que: **a)** a concessão de medida liminar em mandado de segurança, embora suspenda a exigibilidade do crédito tributário, **salvo melhor juízo**, não impede a lavratura do AI (CTN: Art. 151, IV); **b)** os dados suportes da exação correspondem aos valores declarados pela empresa autuada nas suas Informações Econômico-Fiscais transmitidas à SEFAZ, constam nos demonstrativos autuados e não foram contestados pelo Impugnante, por tratar de questão eminentemente jurídica, na assentada de julgamento e vencido o Julgador-Relator, esta 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à PGE- PROFIS para:*

a) Informar se há decisão (es) judicial (is) subsequente (s) sobre o caso;

b) Orientar sobre o seguimento do PAF no CONSEF.

Por conseguinte a PGE- PROFIS se pronunciou às fls. 666, vide reprodução a seguir:

“PARECER PROFIS-NCA

A Procuradoria do Estado, por seu procurador in fine, com supedâneo no art. 140 da Constituição do Estado da Bahia c/c art. 20 da Lei Complementar nº. 34/09, instada a se manifestar sobre consulta de fls. 663 dos autos, vem se manifestar conforme exposto abaixo.

No que concerne ao pedido de informação sobre o andamento do Mandado de Segurança Preventivo 0516305-96.2014.8.05.0001, temos a dizer que a última tramitação do feito foi a prolação da decisão interlocutória juntada às fls. 650/653 dos autos, não existindo qualquer ato posterior ao comando sentencial! (doc. Anexo).

Por derradeiro, no tange ao segundo questionamento, entendemos que deve se aplicar o quanto disposto no art. 117, § 2º, II do RPAF, declarando-se a desistência da impugnação e, ato contínuo, remessa do feito para inscrição em dívida ativa, com a indicação de suspensão da exigibilidade.”

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/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 nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

O Auto de Infração em tela, se refere à cobrança de ICMS sob a acusação de que a Impugnante deixou de recolher o ICMS, devido em função de sua condição de sujeito passivo por substituição tributária, que foi objeto de retenção por ocasião das suas operações internas subsequentes.

Enfrentando a alegação defensiva de que se trata de imposto exigido a partir de pauta fiscal, em vista da previsão no inciso VI do §11º do art. 289 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), combinada com a Instrução Normativa nº 50/13 SEFAZ/BA, de modo que infringiria a Súmula 431 do STJ., divirjo frontalmente desta alegação, tendo em vista que a base da autuação não foi a exigência da substituição tributária **não retida**, não se trata portanto de imputação originária do ICMS devido por substituição tributária e sim de exigência do **ICMS-ST já retido pela Impugnante**, o que significa dizer que a parcela do ICMS-ST que foi objeto da autuação já foi espontaneamente calculada e devidamente retida a partir das operações subsequentes realizadas pela Impugnante, portanto, se trata de exação da qual o contribuinte de fato foi o destinatário da mercadoria, ou seja o contribuinte substituído, o qual sem dúvidas alguma assumiu o encargo financeiro do tributo em tela. Fato que denota que o que se está a exigir nestes autos, se confirmado no mérito, é fruto de apropriação indébita clássica.

Sendo assim, não há o menor cabimento em relação ao argumento acima, pois repito, estamos, em verdade, diante de uma suposta apropriação indébita perpetrada pela Impugnante, posto que a acusação foi de que a contribuinte reteve e não destinou o fruto da referida retenção do ICMS-ST aos cofres públicos.

Afasto, portanto, peremptoriamente, este argumento defensivo, haja vista que, não há falar em utilização da pauta fiscal pelo Autuante, pois quem aplicou os cálculos da retenção em tela, seja por pauta fiscal ou não, foi a própria Impugnante. E deste modo, o que se está a exigir no Auto de Infração sob exame é o fruto da retenção e não está em voga nos autos a forma em que esta retenção se deu, apenas que esta não foi recolhida aos cofres públicos.

Nessa esteira, também descabe aprofundar os efeitos sobre os autos, em função do alegado Mandado de Segurança Preventivo, tombado sob nº 0516305-96.2014.8.05.0001, do qual foi dito pela defesa que teve por espeque proteger a Impugnante da cobrança incorreta do ICMS nas suas operações de venda envolvendo águas minerais, submetidas ao regime de antecipação tributária, tendo por base o regime de pauta fiscal, conforme prevê a legislação do Estado da Bahia, pois como já foi dito, a própria Impugnante fez incidir o imposto objeto de sua resistência no referido MS em suas vendas, onerando seus clientes e ficando com o fruto do ICMS devido ao Estado da Bahia.

Outrossim, cabe registrar, que a Súmula 431 do STJ a que se refere a defesa, não diz respeito à PAUTA FISCAL que teve por base a autuação, posto que esta se refere a base de cálculo presumida afeita ao regime de substituição tributária, esta legitimamente exigida em função de base de cálculo presumida que por acaso foi denominada pelo RICMS de PAUTA FISCAL, mas quer se referir a base de cálculo presumida e não PAUTA FISCAL, aquela afastada pela referida Súmula.

Nesse sentido, a decisão judicial trazida pela própria defesa:

“PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - FATO JURÍDICO PRESUMIDO - ART. 8º DA LC 87/96 - LEI LOCAL - REPRODUÇÃO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Os embargos de declaração prestam-se a suprir omissão de questão relevante e não para atacar os fundamentos da decisão embargada.
2. É legítima a fixação do percentual de agregação do lucro por norma complementar (art. 100 do CTN), respeitados os critérios da LC 87/96 pela legislação local.

3. Distingue-se a pauta fiscal da fixação da base de cálculo (preço da operação ou prestação de serviço) por operação presumida. Aquela, repudiada pela jurisprudência desta Corte, impõe arbitrariamente o valor da base de cálculo do tributo em caráter geral; esta, utilizada no regime de substituição tributária progressiva, pressupõe procedimento administrativo legítimo, controle do contribuinte e adequação aos critérios instituídos na LC 87/96, art. 8º, II, c e §§ 4º e 6º.

4. Recurso especial provido.”

(Resp 1157342/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 11/05/2010).

De maneira que, com base em todo o exposto acima, peço vênias para divergir também do parecer PARECER PROFIS-NCA PROCESSO Nº: PGE2020017178-0, fl. 666, o que presumo ter sido induzido ao equívoco, salve melhor juízo, pelo fato de que no texto da diligência em que foi requerido o referido opinativo não deixou claro o objeto da infração, pois suprimiu a informação de que se tratava de imposto substituído **retido e não recolhido**, veja-se:

“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

*Lavrado em 20/02/2017 e relativo a fatos geradores ocorridos entre abril 2012 a janeiro 2017, o Auto de Infração **exige ICMS retido**, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Grifei.*

(...)

Deste modo, resta absolutamente claro, que não houve por parte do Autuante nenhuma irregularidade que inquine de nulidade o processo, nem de ofensa ao princípio da não cumulatividade, nem mesmo descumprimento de mandado judicial que infira se tratar de questão que implique dever-se aplicar o quanto disposto no art. 117, § 2º, II do RPAF, restando afastados esses argumentos.

Destaco, entretanto, que a multa que consta da peça vestibular, a despeito de estar em consonância à legislação da época, foi alterada para menos, sendo atualmente exigida no percentual de 100%.

Voto pela procedência deste Auto Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, com redução da multa, o Auto de Infração nº **278999.0006/17-1**, lavrado contra **RG COMÉRCIO E INDÚSTRIA EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.029.511,28**, acrescido das multas de 150% sobre R\$13.942,54, e de 100% sobre R\$1.015.568,74, previstas no inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2021

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA