

PROCESSO	- A. I. N° 232177.0023/18-8
RECORRENTE	- RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI - EPP
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0059-05/19
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/11/21023

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0297-11/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO. SIMPLES NACIONAL. Infração 1 subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SIMPLES NACIONAL. a) ANTECIPAÇÃO TOTAL. Infração 2 subsistente. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração 3 subsistente. Negado o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto(s) em face do Acórdão nº 0059-05/19 proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 12/06/2018 no valor histórico de R\$ 59.385,81, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

**INFRAÇÃO 1 – 07.21.01** – *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme coluna I do Demonstrativo da falta de pagamento do ICMS devido por Antecipação Tributária - Entradas, no valor de R\$ 22.641,24, no período de janeiro a março, maio e julho de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”;*

**INFRAÇÃO 2 – 07.21.02** – *Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme coluna I do Demonstrativo do pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Tributária, no valor de R\$ 28.535,82, no período de abril, junho, agosto a dezembro de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”;*

**INFRAÇÃO 3 – 07.21.04** – *Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme coluna I do Demonstrativo do pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Parcial, no valor de R\$ 8.208,75, no período de abril e julho de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

**VOTO**

*De inicio, nego o pedido de diligência formulado pelo contribuinte, haja vista que os elementos que compõem o processo administrativo fiscal, são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da lide trazida a este CONSEF. Ademais, na peça de impugnação não foram trazidos especificamente quais seriam os documentos fiscais erroneamente considerados como ingressados no estabelecimento, nas datas consideradas pelo autuante.*

*No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual estão sendo exigidas três infrações: Na primeira, a exigência fiscal cinge-se ao fato de que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas empresas optantes do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.*

*O defendente alega, com relação às mercadorias adquiridas fora do Estado, que o Livro de Registro de Entradas fora escriturado a partir das entradas efetivas das mercadorias ou bens no estabelecimento, cujo*

recolhimento do tributo fora realizado consoante comprovantes que anexa.

Sustenta, desse modo, que o autuante equivocou-se no lançamento, ao considerar as datas de emissão das notas fiscais e não as dos efetivos ingressos das mercadorias no estabelecimento. Dessa forma, muitas das notas fiscais consideradas na autuação, foram lançadas no mês subsequente, que foi o mês do efetivo recebimento da mercadoria no estabelecimento. Nega o cometimento da infração em sua totalidade, e afirma ter havido a falta de recolhimento de alguns meses específicos, e não de todos os meses apontados na infração. Anexa comprovantes de recolhimentos, bem como os livros fiscais de apuração do ICMS.

Ressalto que a infração é relativa ao exercício de 2015, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio e julho.

Nas planilhas de fls. 11 a 40, estão discriminadas as notas fiscais objeto da autuação, sendo que a planilha sintética se encontra à fl. 09 do PAF.

Da análise dos documentos trazidos pelo defensor, tais como os de fls. 324 a 368, correspondem a uma cópia reprográfica do Livro Registro de Saídas, do exercício de 2016. Também foi colacionada cópia do Livro Registro de Entradas, relativo ao exercício de 2016, fls. 369 a 400 do PAF. Verifico que esses documentos não têm pertinência com os fatos geradores autuados que são relativos ao exercício de 2015.

Ademais, destaco que o autuante informa que intimou a empresa a apresentar, por três vezes, os Livros e Documentos Fiscais, sendo que não foram apresentados nenhum Livro de Registros e documentos fiscais. Esta cópia ora apresentada, é uma impressão de computador, e não preenche as condições exigidas pela legislação tributária.

Destaco que a infração 01 é relativa ao exercício de 2015, e os documentos trazidos pelo defensor, a título de contestação são de 2016. Desse modo, o sujeito passivo traz alegações sem comprová-las. Aplico o art. 141 do RPAF/99, Decreto 7.629/99: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”.

Infração procedente.

Quanto à infração 02, refere-se ao recolhimento a menor do ICMS antecipação ou substituição tributária, referente ao exercício de 2015, nos meses de abril, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro.

A planilha de fl. 10, traz o resumo dos pagamentos do ICMS devido efetuados a menor no exercício de 2015.

Os argumentos da defesa não foram comprovados, conforme explanado na infração anterior, haja vista que as cópias dos livros fiscais colacionados, são relativas ao exercício de 2016, e a infração comprehende fatos geradores do exercício de 2015.

Infração procedente.

Por último, na infração 03 o sujeito passivo é acusado de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Refere-se aos meses de maio e julho de 2015, nos valores de R\$ 1.272,49 e de R\$ 6.939,26, respectivamente. A planilha demonstrativa da infração está anexada à fl. 8.

Embora o defensor não tenha acatado a acusação, e argumentado que não foram considerados os ingressos efetivos das mercadorias no estabelecimento, nada conseguiu comprovar. As cópias reprográficas dos livros fiscais anexados referem-se ao exercício de 2016, logo sem qualquer relação com os períodos autuados.

Ademais, o sujeito passivo juntou comprovantes de agendamentos de pagamentos, sem correlacioná-los com qualquer das infrações em análise. (Fls. 401 a 463). Os mesmos sequer possuem validade como comprovantes de liquidação de débitos, eis que o comprovante definitivo somente será emitido após a respectiva quitação.

Infração procedente.

No que pertine aos argumentos quanto às multas aplicadas, estas encontram-se disciplinadas na Lei 7.014/96. Podem ser reduzidas consoante os Arts. 45 e 45-B da Lei 7.014/96.

Outrossim, consoante o Art. 167, I, III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de constitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

O débito está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa e está sujeito a alterações a serem calculadas pela repartição fazendária, no ato do pagamento.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Afirma que houve interpretação equivocada dos documentos fiscalizados e da aplicação da

legislação ao caso concreto, no que diz respeito ao recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição de empresa Optante pelo Simples, considerando que as mercadorias foram escrituradas no momento da entrada efetiva no estabelecimento, conforme legislação, promovendo-se ainda o competente recolhimento, sendo que a fiscalização considerou o lançamento a partir das notas fiscais, contrariando o que dispõe o próprio RICMS.

Aponta que o confronto dos cálculos da antecipação conforme o recebimento das mercadorias com as planilhas do autuante, elaboradas de acordo com a emissão das notas fiscais, permite constatar que diversas notas que constam do lançamento foram lançadas no mês subsequente, momento do efetivo recebimento da mercadoria, inexistindo assim falta de recolhimento ou recolhimento a menor, embora reconheça falta de recolhimento em alguns meses específicos.

Diz que os comprovantes de recolhimento anexados demonstram o devido recolhimento do imposto, refletindo a sua apuração, sendo certo o equívoco do autuante em considerar na apuração a emissão dos documentos e não o recebimento das mercadorias, equívoco este que se observa em todo período fiscalizado, a despeito da sua contabilidade ter sido realizada em conformidade com a legislação.

Sustenta que, de acordo com o art. 125, § 7º do RICMS-BA (aprovado pelo Decreto nº 6.284/97) e do art. 217, § 3º, I do RICMS-BA (aprovado pelo Decreto nº 13.780/12) os registros das mercadorias devem ser efetuados de acordo com sua entrada efetiva no estabelecimento, e seu pagamento deve ocorrer até o dia 25 do mês subsequente, como teria acontecido no presente caso, conforme livros fiscais de apuração do ICMS que acompanham seu recurso, juntamente com planilha de cálculos comparativos que demonstrariam o equívoco da autuação.

Defende que os juros exigidos na autuação provavelmente estão capitalizados, caracterizando a prática do anatocismo, vedado conforme Decreto Federal nº 22.626/33 e Súmula nº 121 do STF. Observar ser inaplicável incidir juros sobre a multa combinada, que já é uma sanção sobre o suposto descumprimento, de modo que a incidência de juros configura uma “sobressanção” sobre o mesmo fato típico.

Destaca que a multa em percentual de 60% possui caráter confiscatório, resultando em dupla penalização da autuada, pelos juros e pela multa de 60%, notadamente porque as duas penalidades possuem a mesma base de cálculo, situação vedada pelo ordenamento jurídico. Discorre sobre o princípio constitucional da vedação ao confisco, citando diversos julgados sobre o tema para pedir a anulação do crédito constituído pelo auto de infração pela impossibilidade de cumulação de multa isolada com multa de ofício.

Menciona a imprescindibilidade de diligência para provar os fatos alegados, considerando que não houve recolhimento a menor do ICMS de todo o período apurado, mas apenas de alguns meses específicos por conta da sua precariedade financeira.

Conclui pedindo a realização de diligência e o provimento do recurso para reformar a decisão de primeira instância.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 09/10/2023 e adiado para 10/10/2023. Compareceu o autuante e o representante legal da recorrente, Dra. Jessica da Silva Cordeiro, OAB/BA nº 52.763.

É o relatório.

## VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitar-las de ofício, passo ao exame do mérito.

Rejeito desde já o pedido de diligência porque entendo que os elementos contidos nos autos são

suficientes para decidir a matéria.

A irresignação da recorrente não prospera.

O recurso voluntário repete os mesmos argumentos da impugnação, contudo, nada traz de novo para elidir a acusação fiscal. Conforme destacado pela JJF as três infrações dizem respeito a fatos geradores ocorridos no ano de 2015 e os documentos que a recorrente colaciona também em seu recurso voluntário são cópias reprográficas de livros fiscais do exercício de 2016 e comprovantes de agendamento e pagamento dos exercícios de 2016 e 2017.

Ressalte-se que os comprovantes de agendamento sequer são capazes de comprovar o adimplemento do tributo.

Conforme estabelece o art. 143 do RPAF/BA “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Portanto, não vejo como acolher o recurso voluntário.

Quanto à penalidade e acréscimos, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual constitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Registro ainda que o Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) não se aplica aos créditos tributários que observam o art. 161 do CTN quanto aos juros incidentes.

Assim, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## 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** o Auto de Infração nº 232177.0023/18-8, lavrado contra **RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 59.385,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS