

A. I. N° - 298921.0008/16-4
AUTUADO - CAVALCANTI GONÇALVES E CIA LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - DAT METRO / INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05/12/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-03/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração subsistente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. O Estado da Bahia revogou o Decreto 12.412/2012, 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. Infrações insubsistentes. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Autuante constatou que o recolhimento do imposto foi realizado pelo Autuado através dos DAEs, concluindo que esse item da autuação é inconsistente e não deve persistir. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indefrido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, refere-se à exigência de R\$ 364.199,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2014). Valor do débito: R\$ 279.430,60. Multa de 100%.

Infração 02 – 07.15.05: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$ 82.249,75.

Infração 03 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, no mês de dezembro de 2014. Valor do débito: R\$ 350,06. Multa de 60%.

Infração 04 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de março, junho, setembro, outubro e dezembro de 2014. Valor do débito: R\$ 2.168,59. Multa de 60%.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 33 a 58 do PAF. Reproduz a descrição das infrações e comenta sobre a tempestividade da Defesa. Diz que se trata de uma empresa varejista de confecções, geradora de um número considerável de empregos diretos em uma região sabidamente carente, e uma autuação desta monta inviabiliza as suas atividades futuras, provocando a sua morte prematura.

Destaca que o empreendedor no Brasil, sobrevive às duras penas em um mercado muito competitivo, e o Estado, em todas as suas esferas, tem o dever de contribuir para o desenvolvimento e a capacitação de qualquer empreendimento. Entretanto, confisca a parcela do faturamento da empresa sem ao menos verificar a sua capacidade econômica.

Neste cenário, menciona que sofre uma exigência fiscal absurda em valor que supera R\$ 713 mil reais, apurado até o dia 31/08/16, dificultando a empresa em desenvolver o seu comércio na Bahia.

Pede a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento ao amplo direito de defesa por imprestabilidade dos demonstrativos. Diz que a Fiscalização baiana está utilizando os meios magnéticos (arquivos eletrônicos), encaminhados pelos contribuintes para realizar a auditoria de documentos fiscais que englobam as operações de comercialização das empresas.

Afirma que a fiscalização no local do estabelecimento da empresa deixou de ser priorizada pela Fazenda Pública, em favor de uma fiscalização eletrônica e “remota”, que privilegia a redução dos custos da máquina fazendária estadual.

Se por um lado, tal procedimento atende aos anseios do Administrador Público, de outra quadra prejudica o relacionamento entre o Fisco e o Contribuinte, principalmente no que tange aos esclarecimentos que são necessários após a realização de um levantamento fiscal.

Alega que no caso em exame, os demonstrativos elaborados pelo Autuante e acostados aos autos, não esclarecem com nitidez a infração imputada, causando insegurança ao Impugnante na contestação das infrações apontadas.

Diz que restou ininteligível a acusação fiscal, não deixando clara para o acusado como também não deixará para o colegiado julgador identificar a natureza e, principalmente, os cálculos das infrações supostamente cometidas.

Afirma que não conseguiu compreender como o autuante chegou aos números apresentados, sendo tal deficiência creditada à falta de comunicação entre a fiscalização e o departamento contábil da empresa, em razão da “Auditoria Eletrônica”.

Registra que o procedimento administrativo é dominado pelo princípio inquisitivo e não pelo dispositivo, isto é, o próprio Fisco investiga se o fato gerador ocorreu, verifica a existência da obrigação e pune o infrator. Neste diapasão, o artigo 39, III do RPAF-BA, preleciona que o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias de forma clara, precisa e sucinta. Transcreve o mencionado dispositivo.

Afirma ser necessário que o Auditor Fiscal relate com clareza, os fatos ocorridos, as provas acostadas aos autos, os demonstrativos elaborados de forma clara e se evidencie a relação lógica entre estes elementos de convicção e a conclusão advinda deles.

Diz que no caso em apreço, a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, insculpida no artigo 5º, LV da Constituição Federal, foi ferida de morte e deve ser observada pelo órgão julgador.

Comenta que o Princípio do Contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais (ou de natureza procedural) devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas. Reproduz lição de Vicente Greco Filho.

Também comenta sobre o Princípio da Ampla Defesa, que traduz a liberdade inerente ao indivíduo (no âmbito do Estado Democrático) de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas. Neste aspecto, afirma que se mostra evidente a correlação entre a Ampla Defesa e o Amplo Debate (Princípio do Contraditório), não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro – daí a inteligência do inciso LV, do artigo 5º Constitucional, em agrupá-los em um dispositivo. A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa.

Requer a nulidade do Auto de Infração ora guerreado, alegando falta de clareza e precisão da imputação fiscal, como também por serem incomprensíveis os demonstrativos colacionados aos autos.

Quanto ao mérito, alega que apesar do zelo e do comprometimento do Auditor Fiscal que realizou a fiscalização da empresa, diversos erros materiais foram cometidos no levantamento fiscal, que resultaram na lavratura do Auto de Infração, ora guerreado.

Com relação à INFRAÇÃO 01, diz que o motivo da irregularidade apurada pelo Autuante, foi devido a alteração da codificação das mercadorias comercializadas que acarretou na omissão de saídas apontadas pela Fiscalização na peça acusatória.

Devido a modificação da codificação das mercadorias comercializadas, as omissões apuradas pela fiscalização são evidentes, entretanto, se houver a conversão das mercadorias pelo novo código não haverá qualquer omissão de saída ou de entrada, que venham a caracterizar infração à legislação tributária.

Alega que em função da implantação do novo módulo de compras da empresa, que ocorreu no início de janeiro de 2015, foram reclassificados os velhos códigos atribuídos às mercadorias, passando de 08 (oito) algarismos para 14 (quatorze).

Em cumprimento da obrigação acessória, determinada pela SEFAZ, para transmissão do SPED Fiscal, contendo o inventário de mercadorias existentes em 31.12.14, por lapso, transmitiu o referido relatório de inventário informando somente o novo código, quando o correto seria enviá-lo contemplando o registro 0205, que demonstra os antigos códigos, existentes em 31/12/14 e as conversões para o novo código, que passou a existir a partir de 01/01/15.

Em vista dessa omissão, e, sobretudo visando dar suporte à Impugnação, comprovando que houve apenas um equívoco e não omissões de entradas e/ou saídas de mercadorias, informa que transmitiu, em 23/08/2016 novo SPED retificador, corrigindo o arquivo anteriormente enviado, incluindo o registro 0205, contendo os códigos antigos e os novos utilizados com a denominação “DE/PARA” inerentes a todas as mercadorias existentes em 31.12.14.

Objetivando facilitar ao julgador visualizar as correções contempladas no SPED registro 0205, confecciona uma planilha em Excel, destacando todas as mercadorias que estavam em estoque, apuradas em 31/12/2014, que sofreram mudança de códigos, demonstrando, ao lado, o novo código utilizado, e reconhecendo aqueles itens que podem ser tratados como supostas “omissões de saídas e/ou entradas” devido a prováveis falhas ocorridas nos controles internos da empresa. (Doc. 02 – CD e amostragem da 1ª folha)

A título exemplificativo, objetivando a realização de uma ampla diligência em profundidade, elenca os diversos equívocos cometidos pela fiscalização que ferem de morte a autuação, resultando em um lançamento de ofício totalmente improcedente.

Código Antigo	Código Novo	Descrição do Produto
10010000	110101001Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C SATIN C/ VISCOLYCRA
10010010	110101002Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA C VISCOSE E CREPE
10010060	110101007Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C POLO ALG/ELAST COM BORDADO
10010070	110101008Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C POLO PIQUET COM BORDADO
10010090	110101010Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA VISCO LISA C NOZINHO LATERAL
10010100	110101011Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO LISA COM LACINHO FLORAL
10010110	110101012Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C BULL TERRIER LISTA
10010120	110101013Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO COM RENDA E CINTO RENDA LIBERTY
10010140	110101015Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO LISA ABERTURAS OMBROS
10010150	110101016Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADINHA VISCO LISA
10010160	110101017Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM FUSQUINHA E MALAS
10010170	110101018Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C SOBREP REGATA VISCO LISA CROPPED SUBLIMA
10010180	110101019Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C FLAME LISTRADO C GUIPURE NAS COSTAS
10010190	110101020Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA MALHA O DESSA APQ LA O E RENDA
10010200	110101021Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO BICHO EST COM CINTO
10010210	110101022Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA LEOPARDO FRONTAL LA O CONTRASTA
10010220	110101023Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SILK
10010230	110101024Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C BATA CIGANINHA DEVOR - ESTAMPADA
10010260	110101027Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO CROMIA COM BOLSOS
10010270	110101028Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO CROMIA FRONTAL
10010300	110101031Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO COM CROMIA
10010310	110101032Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO COM SILK
10010320	110101033Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRICROMA DECOTE V
10010330	110101034Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM CROMIA FRONTAL
10010340	110101035Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM CROMIA FRONTAL
10010360	110101037Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C BABY LOOK COM LA O SILK FRONTAL E CEREJA
10010370	110101038Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SILK MORANGO E PEDRAS
10010380	110101039Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C DECOTE V SILK ESTRELAS COM TACHAS

10010390	110101040Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C RENDA COM SILK LETS MAKE OUT E TACHAS
10010410	110101042Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C SILK CORA +ES TACHAS E BOLSINHOS RENDA
10010420	110101043Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C LISO COM LACINHO FRONTAL
10010430	110101044Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SILK E TACHAS
10010440	110101045Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C ESTAMPADA VER+O 2012
10010450	110101046Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C BABY LOOK VER+O 2012
10010460	110101047Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA SILK E TERMO
10010470	110101048Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA SILK DE SAPATILHA E TERMO
10010480	110101049Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C PRESUNTINHO ESTAMPADA DECOTE COSTAS
10010490	110101050Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C DECOTE V LISTRADA
10010500	110101051Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C LISTRADA QUADRADA DECOTE DEGRADE COSTAS
10010510	110101052Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C ESTAMPADO NOZINHO NA LATERAL
10010530	110101054Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C FLAME COM SILK E STRASS
10010540	110101055Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SILK E STRASS
10010550	110101056Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA COM CROMIS FLOR E STRASS
10010560	110101057Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA COM SILK E TERMO
10010570	110101058Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SILK E DECOTE V
10010580	110101059Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C SOBREPOSTA LISA ESTAMPADA
10010600	110101061Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C ESTAMPADA FLORAL COM SILK
10010610	110101062Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C BABADO NAS MANGAS
10010620	110101063Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C SILK MENINA FRONTAL C STRASS LA+O
10010630	110101064Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADINHA VISCO COM GUIPURE
10010640	110101065Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO LISA MG PRESUTINHO
10010680	110101069Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SILK MENINA E DETALHES STRASS
10010690	110101070Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C FLAME COM CROMIA
10010700	110101071Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C PRESUTINHO ESTAMPA FLORA E CORA+O
10010710	110101072Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C ESTAMPA FLORAL LASTEX GOLA MANGA E BARRA
10010720	110101073Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C FLAME COM SILK
10010760	110101077Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM CROMIA CORA+O
10010800	110101081Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO SILK FRONTAL ½ LUA COBRA VER 2014
10010810	110101082Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM CROMIA E STRASS VER+O 2012

10010830	110101084Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO SILK COM GLITER VERAO 2014
10010840	110101085Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VER+O 2012
10010850	110101086Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO SILK FRONTAL COM FOIL
10010900	110101091Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C COM SOBREPOSI _C +O NADADOR COM DEVOR
10010910	110101092Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C PRESUNTO ESTAMPADA COM AMARRA _C +O MG
10010920	110101093Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRICROMIA COM TULE NAS MANGAS
10010930	110101094Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADA CHIFFON COSTAS QUADRICROMIA
10010940	110101095Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRICROMIA FRONTAL E CHIFFON COSTAS
10010950	110101096Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C QUADRADINHA COM BABADOS
10010960	110101097Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C VISCO COM BORBOLETAS E STRASS
10010970	110010098Q1011	BLUSA DE MALHA JOVEM MG/C MINI VEST GOLA BOBA

Melhor esclarecendo: Blusa de malha jovem MG/ C QUADRADA C VISCO E CREPE: Código utilizado pela fiscalização: 10010010; código retificado 11010002Q1011; Blusa de malha jovem MG/c polo alg/elast com bordado: Código utilizado pela fiscalização: 10010060; código retificado 11010007Q1011, e assim sucessivamente os erros foram se repetindo, resultando em distorções no levantamento de estoques realizado pelo autuante.

Salienta que nos demonstrativos em anexo, observa-se duas colunas com códigos de produtos, a primeira coluna revela como foi informado o estoque final do exercício de 2014 que é o estoque inicial do exercício de 2015 e apresentam os códigos das mercadorias antigos. A segunda coluna são os códigos novos decorrentes da alteração nos sistemas da empresa em razão da implantação do módulo de compra e que está compatível com as informações que foram enviadas no SPED FISCAL com o inventário final do exercício de 2014.

Apresenta o entendimento de que, se a fiscalização utilizou o inventário como base o estoque inicial com os códigos antigos, e as entradas e saídas e o estoque final com os códigos retificados as distorções vão aparecer no levantamento fiscal, apontando omissão de entrada ou de saídas. Para que o levantamento fiscal corresponda à verdade material, necessariamente terá que ser feito com base nos códigos retificados.

Para comprovar as alegações defensivas junta ao presente PAF, mídia eletrônica onde estão apontados os erros cometidos no levantamento fiscal, elencando as notas fiscais que deverão ser excluídas do auto de infração, para o qual solicita diligencia, objetivando a busca da verdade material.

INFRAÇÃO 02: Diz que o Autuante afirmou que o impugnante não recolheu a antecipação parcial, mas recolheu o imposto devido na saída da mercadoria, conforme se depreende do texto dessa infração.

Com base no fato apontado, aplicou a multa percentual de 60% (sessenta por cento), calculada sobre o valor do imposto não recolhido a título de antecipação parcial. Alega que se trata de multa confiscatória pois o exorbitante percentual aplicado pelo autuante (60% sobre o valor do imposto) é desproporcional e fere de morte o princípio do não confisco previsto na nossa Carta Magna.

Alega que o próprio Conselho de Fazenda Estadual em diversos julgados administrativos tem reconhecido a penalidade injusta imposta aos contribuintes, reduzindo tais percentuais em até 10% do valor exigido no Auto de Infração. O próprio parágrafo 8º, inciso XXII, do artigo 42 da Lei 7014/96, preleciona que o CONSEF, poderá dispensar ou reduzir a multa concernente à infração principal por equidade, *in verbis*:

Art. 42

(...)

§ 8º Poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto em regulamento.

Acrescenta que no demonstrativo acostado aos autos (Doc. 03) verifica-se que o autuante calculou a alíquota de 3% (três por cento), nas aquisições procedentes do Estado da Paraíba, glosando parte dos créditos fiscais pertencentes de 60%, consequentemente mesmo considerando a multa aplicada na infração 02, o valor deve ser reduzido, devendo ser considerado o crédito fiscal de 12% e não 3% como calculou o autuante.

Afirma ser de conhecimento pleno que as aquisições oriundas dos Estados do Norte, Nordeste e Centro Oeste, a alíquota que deve ser aplicada é de 12% (doze por cento), e não 3% (três por cento), como consta na peça acusatória.

Como bem se sabe, o direito ao crédito de ICMS é expressamente assegurado pelo artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República, cujo teor reproduziu.

Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

Diz que a limitação relativa ao aproveitamento do crédito do imposto, decorrente de aquisições de mercadorias, restringe-se apenas e tão somente aos casos de isenção ou não incidência, conforme previsão do § 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”, do artigo 155, da Magna Carta.

Dessa forma, não sendo o caso de isenção ou não incidência, o exercício do direito ao crédito do ICMS, pelo contribuinte que adquire insumos ou mercadorias destinadas a revenda, não pode sofrer qualquer restrição senão pela própria Constituição Federal, sob pena de manifesta violação ao princípio da não-cumulatividade.

Reproduz ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho e de Roque Antônio Carrazza. Diz que a regra não encerra mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar. Ela aponta sim uma diretriz imperativa, que dá ao contribuinte o direito de ver observado, em cada caso concreto, o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Ressalta que o mecanismo da não-cumulatividade há sempre que ser observado, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que ele adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto, um crédito fiscal, que não pode sofrer quaisquer restrições por parte do legislador infraconstitucional ou pela Fazenda Pública.

Diz que é possível concluir, sem maiores esforços, pela ilegitimidade da glosa, empreendida pelo Estado da Bahia, dos créditos de ICMS tomados por empresa adquirente, com base em documento

fiscal emitido por empresa sediada na Paraíba – que goza de incentivos fiscais, previstos em normas não submetidas à aprovação do CONFAZ – com destaque do imposto, sendo conflitante com a Carta da República, no particular, o diploma normativo que trata deste tema.

Reproduz os arts. 1º, 2º e 8º da Lei Complementar nº 24/75.

Art. 1º – As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único – O disposto neste artigo também se aplica:

(...)

IV – a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

(...)

Art. 2º – Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º – As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º – A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

§ 3º – Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União.

(...)

Art. 8º – A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I – a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II – a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Alega que não há como negar que realmente mostra-se conflitante com a Magna Carta, porquanto contrária ao princípio da não-cumulatividade, a previsão contida no artigo 8º, da Lei Complementar nº 24/75, segundo o qual serão glosados, pelo Estado de destino, os créditos de ICMS, decorrentes de aquisições de mercadorias de empresas sediadas em outras Unidades da Federação, que gozam de incentivos fiscais, previstos em normas não submetidas à aprovação do CONFAZ.

Afirma que a previsão contida no já referido artigo 8º, da LC nº 24/75, também encontra óbice no pacto federativo, na presunção de validade das leis e na competência do Poder Judiciário, na medida em que não se mostra possível permitir que um Estado da Federação, ao se sentir lesado pela lei de outro Estado, julgue tal lei como inconstitucional da forma exigida para a concessão do benefício ou incentivo fiscal) e, a partir de tal julgamento, passe a adotar postura de retaliação em relação ao mesmo (não aceitando créditos oriundos de aquisições feitas de estabelecimentos localizados no Estado que concedeu o benefício fiscal e exigindo, por via indireta, tributos por ele não cobrados).

Diz que a aferição quanto à constitucionalidade de determinada norma que venha a conceder este ou aquele benefício ou incentivo fiscal, ainda que sem aprovação do CONFAZ, é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal.

A propósito do tema, menciona lição de José Souto Maior Borges, citado por Paulo de Barros Carvalho.

Acrescenta que além de faltar competência ao contribuinte para controlar a constitucionalidade de qualquer benefício fiscal concedido, caso este venha a ser declarado inconstitucional pelo órgão competente – o excelso STF –, a consequência será a imediata exigibilidade do crédito tributário relativo ao tributo não recolhido ao Estado de origem, que o havia dispensado ou reduzido de forma considerada indevida pelo Judiciário.

Contrariamente, ao aplicar o preceito do art. 8º da Lei Complementar nº 24/75, estaria o Estado de destino das mercadorias e serviços habilitados a ele próprio, fazer julgamento acerca da legalidade e constitucionalidade dos incentivos fiscais e, considerando-os indevidos, exigir o imposto não cobrado pela unidade federada de origem. Em casos como esses, tendo o benefício fiscal sido concedido sem autorização em convênio, cabe ao Poder Judiciário declará-lo inconstitucional, determinando que o ICMS seja exigido em consonância com o arcabouço constitucional do tributo, isto é, pelo Estado de origem das mercadorias e serviços. Cita a jurisprudência do STJ.

Diz que a Corte Suprema já expressou entendimento a respeito do tema ora em debate, assentando que a glosa pura e simples de créditos apropriados por contribuintes sediados no Estado de destino é ilegítima, pois não é aceitável que um erro seja compensado com outro, devendo o equívoco cometido pelo Estado de origem – ao conceder benefícios de ICMS ao arrepio das normas que exigem autorização do CONFAZ – ser solucionado no âmbito do Poder Judiciário, por meio da propositura de ação direta de constitucionalidade.

Observa que os precedentes acima mencionados estão a revelar que a jurisprudência pátria, mormente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, impõe a observância, pelo Estado da Bahia, do crédito de ICMS tomado pelo contribuinte sediado em seu território, decorrente de aquisição de mercadorias de empresa sediada na Paraíba, mesmo que tal empresa goze de benefício fiscal que não foi submetido à aprovação do CONFAZ.

Requer ao Conselho de Fazenda Estadual, que julgue a presente infração nula de pleno direito e no mérito seja considerada improcedente para evitar que o impugnante venha a se socorrer no Poder Judiciário, gerando custas e honorários de sucumbência para toda a sociedade.

INFRAÇÃO 03: Diz que a autuação se refere à Nota Fiscal de nº 90, procedente do Estado da Paraíba, e o procedimento que adotou está correto conforme previsão constitucional. (Doc. 04).

Afirma que é de conhecimento pleno que as aquisições oriundas dos Estados do Norte, Nordeste e Centro Oeste, a alíquota que deve ser aplicada é de 12% (doze por cento), e não 3% (três por cento), como consta na peça acusatória.

Diz que é possível concluir, sem maiores esforços, pela ilegitimidade da glosa, empreendida pelo Estado da Bahia, dos créditos de ICMS tomados por empresa adquirente, com base em documento fiscal emitido por empresa sediada na Paraíba – que goza de incentivos fiscais, previstos em normas não submetidas à aprovação do CONFAZ – com destaque do imposto, sendo conflitante com a Carta da República, no particular, o diploma normativo que trata deste tema.

Pelo exposto, pelos mesmos argumentos defensivos pontuados na infração 02, alega que não há que se falar em utilização indevida de créditos fiscais conforme entendeu a fiscalização devendo ser julgado totalmente improcedente esta infração.

INFRAÇÃO 04: Alega que não houve falta de recolhimento do tributo. O que ocorreu efetivamente foi um equívoco em ter recolhido o diferencial do ICMS, objeto destas notas fiscais, através do Código 2175 (ICMS – Antecipação Parcial) em conjunto com outras notas fiscais de revenda de mercadorias, quando o correto seria recolher separadamente através do Código 0791 (ICMS – Complementar – Alíquota Uso/Consumo Ativo Fixo). Como prova desta assertiva, encaminha anexo) demonstrativo contendo todas as notas fiscais apontadas pelo Autuante e respectivas guias de recolhimentos (DAEs discriminando no rodapé das referidas guias, as notas fiscais inerentes as aquisições de mercadorias para uso/consumo ou ativo fixo (Doc. 05).

Caso este órgão julgador não considere suficientes as provas acostadas, requer a realização de diligência para que sejam comprovados os esclarecimentos aqui expostos.

Afirma que no presente caso, inobstante a absoluta improcedência do Auto de Infração, vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Volta a destacar que as autoridades públicas brasileiras, durante muito tempo, acostumaram-se a praticar atos e mais atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito às garantias individuais dos cidadãos. Esta época já findou e a prova cabal disto é que com o contencioso administrativo abre-se a oportunidade para que todos possam defender-se perante aquele que pratica o ato.

Diz que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada. Nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país.

Tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal, multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

Afirma que atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração.

Diz que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco.

Registra que, nesse sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal é absolutamente explícito em reconhecer a autoaplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal.

Assim sendo, para bem entender os absurdos que foram praticados através da presente autuação, relembra as lições do Prof. Rui Barbosa Nogueira (in Curso de Direito Tributário, ed. Saraiva, São Paulo, 14a edição, p. 124 e ss.).

Diz que o valor da multa aplicada neste Auto de Infração é um absurdo, correspondendo a 60% e 100% do débito tributário de cada infração. É nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal.

Ressalta que a Carta Magna de 1988, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espalham por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

O próprio RPAF-BA, delega competência aos órgãos julgadores para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal ou acessória, e por um dever de justiça requer aos julgadores adotar tal decisão. Transcreve os arts. 158 e 159 do citado Regulamento.

Conclui que resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida, como ora requer.

Por fim, requer, como preliminar de nulidade, que seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do *quantum* do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, como também pela obscuridade dos demonstrativos elaborados, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte.

No mérito, seja julgada improcedente a infração 01, tendo em vista que a Fiscalização se baseou para o levantamento fiscal nos códigos das mercadorias (confecções) que foram alteradas em janeiro de 2015, resultando em distorções nos valores das omissões encontradas.

Seja julgada improcedente as infrações 02 e 03 por estarem contaminadas de ilegalidades com relação à glosa dos créditos fiscais de mercadorias procedentes do Estado da Paraíba.

Seja considerada improcedente a infração 04, tendo em vista que os valores autuados forma devidamente recolhidos conforme cópia de DAES acostados ao presente processo.

Independente da nulidade da Autuação, o Presidente desse Conselho de Fazenda se digne de submeter a essa Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de constitucionalidade e ilegalidade por conta do entendimento já pacificado nos tribunais superiores quanto à pauta fiscal.

Pede o reconhecimento de que as multas aplicadas têm efeito confiscatório, e dispensa da multa ao apelo da equidade conforme previsão do artigo 42, parágrafo 8º da Lei 7.014/96.

Por todo o exposto, pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, perícia, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 259 a 262 dos autos. Faz uma síntese das alegações defensivas e diz que, seguindo os itens da impugnação, reconhece a tempestividade da Defesa.

Ressalta que a SEFAZ não tem objetivo de prejudicar quaisquer empresas. O ICMS faz parte das operações do Contribuinte e o papel da Fiscalização é verificar e apurar o imposto. Se há inconsistências elas são cobradas, motivo pelo qual foi gerado o presente Auto de Infração.

Em relação ao argumento do Autuado de cerceamento ao direito de defesa por imprestabilidade dos demonstrativos, diz que as alegações do Impugnante estão discutindo a legislação do ICMS. O enquadramento e a tipificação das infrações estão evidentes, os demonstrativos estão de acordo com o RICMS-BA e RPAF, não houve cerceamento do direito de defesa. Com o advento da informática nas esferas federal, estadual e municipal, a tese defensiva não incomoda quaisquer atos e fatos jurídicos presentes nesse PAF e não há chance de nulidade.

No mérito, quanto à Infração 01, diz que “o Contribuinte é réu confesso”, existindo erro crasso cometido pelo Autuado. Não se pode modificar o código das mercadorias no exercício. Em 2014, o Autuado comete a irregularidade, utiliza e altera os códigos em 2015 e os utiliza no inventário de 2014.

Diz que outro grave equívoco do Autuado (fl. 39), em 23/08/2016, transmite um novo SPED RETIFICADOR, e o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016. Depois que foi autuado, retifica, quase dois meses, e informa que os códigos foram modificados.

Diz que a Fiscalização não pode aceitar uma situação como esta, as alterações realizadas nas planilhas das fls. 39 a 43 não serão aceitas. Depois de autuado na Auditoria de Estoques o contribuinte alega que os códigos das mercadorias foram trocados. Mantém a integralidade da Infração 01.

INFRAÇÃO 02: Reitera que o Autuado discute a legislação, e isso é da competência do Congresso Nacional e Assembleia Legislativa da Bahia. Infração 02, procedente.

INFRAÇÃO 03: Diz que o Autuado desconhece o Anexo Único (item 3) do Decreto 14.213/2012 e suas alterações ao informar que o crédito admitido é 3% da base de cálculo. Mantém essa Infração.

INFRAÇÃO 04: Afirma que houve equívoco do autuado. Os valores pagos no código 2175 (ICMS – Antecipação Parcial) foram abatidos da Infração 01. Portanto, os valores dessa Infração estão abertos e não foram recolhidos. Diz que a Infração é subsistente.

Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 265 a 5^a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência, solicitando que o Autuante ou Auditor Fiscal designado:

Juntasse aos autos o demonstrativo sintético da apuração das omissões.

1. Certificasse por meio dos livros fiscais, notas fiscais de saída e Inventário do exercício de 2015, se o sujeito passivo implementou as alterações nos códigos das mercadorias alvo da presente autuação fiscal e quais os códigos que são correspondentes para a realização dos ajustes no levantamento quantitativo.
2. Caso necessário, efetuasse alterações no levantamento quantitativo em questão.

Concluída a diligência, que fosse cientificado o Autuado, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, o Autuante presta 2^a Informação Fiscal à fl. 269, dizendo que o demonstrativo da diligência se encontra no CD anexo. Os diversos demonstrativos de preços médios e os de itens de saída do último mês 12/2014. Neles, conclui que os códigos das mercadorias são os mesmos do início do exercício.

Informa que o total de inventário de 01/01/2014 e 31/12/2014 são: R\$ 537.961,87 e R\$ 772.578,92. A diferença é R\$ 234.617,05 (772.578,92 - 537.961,87). A base de cálculo da omissão de saídas é R\$ 1.643.713,15 (fl. 10). A base de cálculo das saídas de 2014 foi R\$ 720.920,99.

Diz que outro fato importante, é que foram escolhidas 14.371 mercadorias das 26.165 disponíveis. Com esses dados concluiu que as mercadorias com novos códigos no inventário de 31/12/2014 são novas, distintas do exercício de 2014. Daí o estoque final de algumas delas estão zerados, ou seja, foram vendidas durante o exercício. Como também, algumas delas nem estavam no estoque inicial. Entraram e saíram nos meses de 2014.

Conclui que o levantamento fiscal está correto, não há o que ajustar.

Às fls. 276 a 303 o Defendente apresentou manifestação à Informação Fiscal. Diz que se trata de empresa varejista de confecções, geradora de um número considerável de empregos diretos em uma região sabidamente carente, e uma autuação desta monta inviabiliza as suas atividades futuras, provocando sua morte prematura.

Afirma que o Autuante não atendeu ao pedido da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, desrespeitou o quanto determinado pelo Relator, e em apenas uma página, elaborou sua informação fiscal. O Autuante não atendeu a diligência porque seria necessária a feitura de um novo levantamento de estoque, o que seria demandar tempo para elaboração.

Entende que o Autuante, além de descumprir o pedido do relator, não anexou aos Autos o CD com o levantamento realizado quando da lavratura do Auto de Infração, o que só fez após a impugnação.

Alega que a Infração 01 deve ser considerada totalmente improcedente, pois fere de morte o princípio da verdade material, e caso seja mantida evidenciará a completa dissonância entre a busca de verdade material em relação ao *quantum* exigido nesta infração.

Por tudo alegado acima, reitera os pedidos feitos na peça vestibular em toda a sua inteireza, para qual pede a análise minuciosa pelos julgadores do CONSEF.

Pede a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento ao amplo direito de defesa, por imprestabilidade dos demonstrativos.

Diz que a fiscalização no local do estabelecimento da empresa deixou de ser priorizada pela Fazenda Pública, em favor de uma fiscalização eletrônica e “remota”, que privilegia a redução dos custos da máquina fazendária estadual.

Afirma que não conseguiu compreender como o autuante chegou aos números apresentados, sendo tal deficiência creditada à falta de comunicação entre a fiscalização e o departamento contábil da empresa, em razão da “Auditoria Eletrônica”.

Transcreve o art. 39 do RPAF-BA e diz que no caso em apreço, a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, insculpida no art. 5º, LV da Constitucional Federal, foi ferida de morte e deve ser observada pelo órgão julgador.

Requer a nulidade do Auto de Infração ora guerreado, por falta de clareza e precisão da imputação fiscal, como também, por terem incompreensíveis os demonstrativos colacionados aos autos.

Com relação à Infração 01, alega que o erro cometido foi a alteração da codificação das mercadorias comercializadas, que acarretou na omissão de saídas apontadas pela peça acusatória. Cita exemplos.

Informa que, a título de amostragem, objetivando a realização de uma ampla diligência em profundidade, elenca diversos equívocos cometidos pela Fiscalização que ferem de morte a autuação, resultando em um lançamento de ofício totalmente improcedente.

Salienta que nos demonstrativos em anexo, observa-se duas colunas com códigos de produtos, a primeira coluna revela como foi informado o estoque final do exercício de 2013, que é o estoque inicial de 2014 e apresentam os códigos das mercadorias antigos. A segunda coluna são os códigos novos decorrentes da alteração nos sistemas da empresa em razão da implantação do módulo de compra e que está compatível com as informações que foram enviadas no SPED FISCAL com o inventário final do exercício de 2014.

Para comprovar as alegações defensivas junta ao presente PAF, mídia eletrônica onde estão apontados os erros cometidos no levantamento fiscal, além de cópia em papel, elencando as notas fiscais que deverão ser excluídas do Auto de Infração, para o qual solicita diligência, objetivando a busca da verdade material.

Quanto às Infrações 02 e 03, reproduz trechos da informação fiscal e diz que no demonstrativo acostado aos autos verifica-se que o Autuante calculou a alíquota de 3% nas aquisições procedentes do Estado da Paraíba, glosando parte dos créditos fiscais pertencentes ao adquirente conforme previsão constitucional.

Entende que a limitação relativa ao aproveitamento do crédito do imposto, decorrente de aquisições de mercadorias, restringe-se apenas e tão somente aos casos de isenção ou não incidência, conforme previsão do Diz que não pode um Estado-membro da Federação impugnar, glosando o crédito de ICMS destacado em documento fiscal, sob o pretexto de violação ao art. 155, parágrafo 2º, “g” da CF.

Comenta que além de falta competência ao contribuinte para controlar a constitucionalidade de qualquer benefício fiscal concedido, caso este venha a ser declarado inconstitucional pelo órgão competente – o STF – a consequência será a imediata exigibilidade do crédito tributário relativo ao tributo não recolhido ao Estado da origem, que havia dispensado ou reduzido de forma considerada indevida pelo judiciário. Menciona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalta que os precedentes citados estão a revelar que a jurisprudência pátria, mormente do Superior Tribunal de Justiça, impõe a observância pelo Estado da Bahia, do crédito de ICMS tomado pelo contribuinte sediado em seu território, decorrente de aquisição de mercadorias de empresa sediada no Paraná, mesmo que tal empresa goze do benefício fiscal que não foi submetido à aprovação do CONFAZ.

Requer a este CONSEF que julgue a presente infração nula de pleno direito, e no mérito seja considerada improcedente para evitar que o impugnante venha a se socorrer do Poder Judiciário, gerando custas e honorários de sucumbência para toda sociedade.

INFRAÇÃO 04: Alega que parte das notas fiscais apontadas pela fiscalização como falta de recolhimento do ICMS referente às diferenças de alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, afirma que constatou alguns equívocos cometidos pelo Autuante.

Cita as notas fiscais de números 22.627, 24.204, 24.672, 26.065, 145.397, 6688, 22, 27841 e 28.431, afirmando que foi recolhido o ICMS sob o código de receita 2175.

Diz que necessário se faz a realização de diligência cotejando todas as notas fiscais de aquisição e respectivos DAEs, objetivando a busca da verdade material e que a imputação fiscal corresponda a realidade fática, perseguida pelo Fisco baiano.

Sobre a multa, alega que tem caráter confiscatório, afronta as garantias constitucionais. Diz que é explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada, foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país.

Apresenta o entendimento de que, resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida.

Pede que seja anulado o Auto de Infração por vício formal inafastável, alegando que a descrição dos fatos e demais elementos constantes nos demonstrativos do *quantum* do ICMS, e a capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, como também pela obscuridade dos demonstrativos elaborados, cerceando o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, seja julgada improcedente a Infração 01, alegando que a fiscalização se baseou para o levantamento fiscal nos códigos das mercadorias (confecções) que foram alterados em 2014, resultando em distorções nos valores das omissões encontradas.

Pede que sejam julgadas improcedentes as infrações 02 e 03, alegando que estão contaminadas de ilegalidades com relação à glosa de créditos fiscais de mercadorias procedentes do Estado da Paraíba.

Que seja considerada improcedente a Infração 04, alegando que os valores autuados foram devidamente recolhidos conforme cópia de DAEs acostados aos autos.

Independentemente da nulidade da autuação, pede que o Presidente do CONSEF submeta à Câmara Superior do CONSEF, proposta objetivando a representação ao Secretário da Fazenda para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de constitucionalidade e ilegalidade por conta do entendimento já pacificado nos tribunais superiores quanto à pauta fiscal.

E que haja o reconhecimento de que as multas aplicadas têm efeito confiscatório.

Por todo o exposto, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, perícia e apresentação de todos os meios de prova, inclusive testemunha, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O Autuante presta 3^a Informação Fiscal às fls. 311 a 313, registrando que a Diligência Fiscal solicitada pela 5^a Junta de Julgamento Fiscal (fls. 269/271), a Informação Fiscal (fls. 259/263) também servirá de base para esta nova IF.

Diz que o objetivo da autuação é cobrar o ICMS que não foi recolhido regularmente, e não tem qualquer intenção de fechar empresas. Os Auditores Fiscais são vinculados às leis, não realizam qualquer confisco de parcela de faturamento, cobram o que é devido, estritamente dentro das normas legais do ICMS.

Afirma que o pedido de diligência foi atendido, a Defesa deveria analisar a diligência em todo conteúdo. Se realizasse a análise dos papéis de trabalho concluiria que um novo levantamento de estoque é desnecessário.

Sobre a alegação de cerceamento ao amplo direito de defesa por imprestabilidade dos demonstrativos, afirma que os mencionados demonstrativos foram realizados pelo SIAF, programa homologado pela SEFAZ-BA, não houve cerceamento de defesa.

Quanto ao argumento defensivo de que existem erros na peça acusatória, Infração 01, crédito fiscal a menos apontado pela Fiscalização (Infrações 02 e 03) e equívocos no tocante à Infração 04, diz que esses itens foram explicados na Informação Fiscal de fls. 259/263 e na Diligência Fiscal (fls. 269/271). Portanto, se trata de redundância apresentado pelo Defendente.

Comenta sobre cada item do pedido apresentado pelo Autuado e conclui que todo o trabalho foi realizado no sentido de que este CONSEF julgue procedente o Auto de Infração.

O PAF foi encaminhado em nova diligência pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, solicitando que em relação à Infração 01, o Autuante prestasse nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação. Abordasse no texto informativo, os produtos em que houve modificação de código.

Quanto à Infração 04, foi solicitado que o Autuante abordasse as inconsistências apontadas em relação às notas fiscais na manifestação do Defendente, considerando que a defesa declarou que o ICMS foi recolhido com o código de receita 2175 (ICMS antecipação parcial), devendo informar se efetivamente houve recolhimentos com o código de receita errado.

O Autuante presta 4ª Informação Fiscal à fl. 322, afirmando que analisou os seus demonstrativos, concluindo que as quatro infrações são totalmente procedentes.

Diz que a informação prestada nessa Diligência Fiscal é elucidativa, corrobora e fortifica ainda mais os demonstrativos elaborados e espera que seja julgado procedente o Auto de Infração.

O PAF foi encaminhado em nova diligência à Repartição Fiscal de origem (fls. 324/326), considerando que a diligência determinada pela 5ª JJF não foi cumprida pelo Autuante, em total desatendimento ao que determina o art. 127, § 6º do RPAF-BA, foi reiterado o pedido para que o Autuante respondesse os quesitos formulados na diligência anterior.

O Autuante presta 5ª Informação Fiscal às fls. 330 a 334 do PAF. Diz que essa Diligência Fiscal possui 4.840 folhas, e em função do grande volume, elas estão armazenadas no CD anexo e foi realizada a referida Diligência Fiscal seguindo os itens solicitados na folha 326.

Quesito 01 — Infração 01 - 04.05.02:

Informa que elaborou novo demonstrativo de estoques cumprindo todos os pedidos da Diligência Fiscal que foram:

- Relacionar todos os produtos com os códigos antigos e os códigos novos usando o agrupamento no SIAF.

Afirma que não há praticamente alteração no valor apurado de imposto: R\$277.992,51. Diz que observou dois equívocos no levantamento em função das alterações indevidas realizadas pelo Autuado na mudança dos códigos. Como há 02 módulos o SIAF trabalhou de acordo com as informações do contribuinte. Uma parte com os códigos antigos, o estoque inicial e o inventário, NF-e de entradas e saídas. O estoque final ficou totalmente igual a zero, assim como as perdas do ano. Não houve transposição dos dados do citado estoque, daí a diferença questionada pelo Autuado que criou a própria situação apresentando códigos novos no mesmo exercício. Mesmo intimando o contribuinte a retificar o inventário de 31/12/2014 e recepcionar uma nova EFD de fevereiro/2015, não logrou êxito. Afirma que os equívocos permaneceram.

b) Explica que é uma norma jurídica do ICMS a proibição de alteração do código das mercadorias durante o exercício. Por este motivo, entende que a infração ficou tão caracterizada, que o próprio contribuinte apresentou um CD (folha 74) com o demonstrativo que foi analisado e checados os dados de diversas mercadorias chegando à conclusão de que é procedente para servir de base para infração 01 – Omissão de Saídas de R\$ 923.012,00 e ICMS a pagar de R\$ 159.912,04 (vencimento 09/01/2015), já computadas as perdas de 1,18% do setor de modas (demonstrativo gravado no CD anexo).

c) Destaca o que está escrito no final do mencionado demonstrativo elaborado pelo Autuado:

Considerações:

1. Em 2015 houve a mudança de códigos de todos os produtos da empresa existentes no estoque, devido a implantação de novo módulo do sistema de compras, portanto se faz necessário que o auditor fiscal considere os novos códigos informados no INVENTÁRIO FINAL 2014.

2. Alguns produtos o auditor fiscal não considerou a quantidade do ESTOQUE FINAL 2013 que é o INICIAL DE 2014.

Conclui que a implantação deste novo módulo prejudicou o trabalho da fiscalização, as quantidades de estoque final e perdas ficaram estáticas com valor zero nos demonstrativos.

Informa que este item da Diligência Fiscal é composto:

Levantamento Quantitativo de Estoques Agrupado

- 1 - Lista geral de Omissões — 585 folhas;
- 2 - Omissões de Saídas — 369 folhas;
- 3 - Preço Médio das Mercadorias — 421 folhas;
- 4 - Lista Final Resumo do Cálculo da Infração 01- 01 folha;
- 5 - Lista de Omissão de Saídas - CFs — 750 folhas;
- 6 - Lista de Omissão de Saídas NF-e de Entradas — 512 folhas;
- 7 - Omissão de Saídas - Lista de Grupos de Estoques — 254 folhas.

Demonstrativo Analisado, conferido e aceito pelo autuante apresentado pela Defesa:

1. Resumo Final do Cálculo do ICMS a pagar - 01 folha;
2. Demonstrativo Final Analítico com os códigos antigos e novos dos estoques de 2014 e mais o percentual de perdas — 574 folhas;
3. Demonstrativo Normal apresentado pelo autuado — 764 folhas.

Obs.: O Resumo e o cálculo das perdas foram realizados pelo autuante.

Quesito 02 — Infração 04 – 07.15.05

Informa que as alegações do contribuinte estão nas folhas 241 a 257. Verificou as NF-e e constatou o CFOP 6101. Portanto, as mercadorias são para revenda e não para uso, ativo fixo ou consumo do estabelecimento. O Recolhimento correto é a Antecipação parcial e foi realizada pelo Autuado através do recolhimento dos DAEs regularmente de acordo com o INC Fiscal.

Conclui que a infração 04 é inconsistente e não deve persistir.

Diz que as Infrações 02 - 07.15.05 e 03 - 01.02.41 são procedentes e os argumentos apresentados pelo Autuado, como multa (60%) com efeito de confisco não tem base legal perante às normas jurídicas do ICMS. Pede a procedência das duas infrações mencionadas.

Na conclusão, afirma ter comprovado que o Autuado dificultou o trabalho da Fiscalização, induzindo ao erro, com a implantação dos novos códigos durante o exercício. Para tanto, já tinha apurado as omissões de saídas com o seu demonstrativo.

Espera que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração.

Intimado para se manifestar, o Defendente requereu (fl. 373) prorrogação de prazo para apresentação da manifestação acerca da nova informação fiscal, documentos e planilha retificada pelo Autuante.

Diz que foi concedido o sucinto prazo de 10 (dez) dias para que a empresa Autuada apresentasse manifestação acerca dos novos demonstrativos retificados elaborados pelo Autuante, no entanto, salienta que o agente fiscal levou mais de um ano para produzir os novos demonstrativos.

Considerando que se busca no processo administrativo tributário é a garantia da legalidade da tributação, bem como a verdade material e o devido processo legal, e, tendo total interesse em esclarecer todos os pontos suscitados na autuação, diz que é imprescindível que haja dilação do prazo. Requereu a concessão do prazo de sessenta dias para apresentação da manifestação sobre todos os pontos abordados na Informação Fiscal e planilha anexada.

O Defendente apresentou manifestação (fls. 389 a 393) acerca da informação Fiscal. Reproduz a descrição das infrações, faz uma síntese dos fatos e informa que após o requerimento de dilação de prazo, protocolado em 21/03/2023 (Doc. 02) debruçou-se na complexa planilha apresentada pelo Autuante, tentando entender o motivo que o levou a apurar uma estratosférica suposta omissão de receita, cujas informações ali apontadas pautou-se em dados extraídos da planilha apresentada pelo Autuado, que nela reconheceu (???) a omissão de receita no valor total de R\$ 923.012,00 (novecentos e vinte três mil e doze reais).

Visando elucidar os pontos aqui abordados passa a contestar as respostas dadas pelo referido Auditor na ordem dos questionamentos formulados:

Ressalta que a conclusão obtida pelo Fiscal não foi pautada em informações contidas no sistema do SIAF da SEFAZ que foi alimentado pela retransmissão do SPED Fiscal, ocorrida em 30/11/2022, (Doc. 04) a seu pedido, e sim na planilha confeccionada pelo Autuado e apresentada em mídia (CD).

Diz que o Autuante informa ainda que intimou o Autuado para retificar o inventário de 31/12/2014 e recepcionar um novo EFD de 02/2015, (*e-mail* datado de 29/11/2022 Doc. 03) que, segundo ele, se manteve inerte quanto ao cumprimento da determinação. No entanto, as informações solicitadas foram integralmente atendidas, a partir das informações na EFD, transmitida em 30/11/2022, conforme atesta o Recibo de Entrega (Doc. 03).

A despeito da alegação do Fiscal quanto a proibição de alteração do Código das Mercadorias durante o exercício, destaca que o próprio Autuante, necessitando extrair do sistema do SIAF as informações desejadas, autorizou o Autuado a proceder a retransmissão do SPED fiscal enviado em 30/11/2022, data essa em que se realizava o procedimento da diligência fiscal, conforme atesta mensagem de *e-mail* (Doc.04).

Alega que apesar de se mostrar sempre prestativo no cumprimento de todas as solicitações do Autuante, este não fez qualquer esforço para extrair do sistema do SIAF da SEFAZ as informações transmitidas através do SPED fiscal em desacordo com que foi determinado na diligência fiscal, utilizando- se de planilha meramente exemplificativa, juntada aos autos pela Defesa a qual apresenta uma diferença de receita a favor do fisco no montante de R\$ 44.431,03 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e um e três centavos), diferentemente do valor de R\$ 923.012,00 (novecentos e vinte três mil e doze reais), encontrado pelo Autuante.

Comenta que a verdade material é o princípio através do qual se busca desvendar os fatos ocorridos tanto nos processos de auto de infração, como nas decisões administrativas. Nesse

sentido é a previsão do art. 2º do Regimento interno do CONSEF/BA, Decreto nº. 7.592/99, que reproduz e também, o art. 2º do RPAF-BA.

Diante deste contexto, pautando-se na busca da verdade real dos fatos, que deve ser o grande objetivo da atividade julgadora no processo administrativo geral e mais especificamente no processo administrativo fiscal, afirma que o resultado da diligência não apurou com segurança e veracidade os fatos tratados no referido auto de infração, tampouco elucidou os questionamentos, bem elaborados, formulados por este CONSEF, em diligência fiscal, evidenciando claramente vício no lançamento fiscal.

Assim, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea a, do RPAF (Decreto nº 7.629/99) segundo o qual verifica-se nulidade no lançamento fiscal quando "*não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração*".

Quanto às infrações 02 - 07.15.05 e 03 - 01.02.41, reitera os termos apontados em nossa defesa inicial acostada aos autos.

Diante do exposto, e considerando as evidências da total insegurança na apuração do justo e verdadeiro crédito fiscal, pugna pela nulidade total dos lançamentos constantes das infrações 01 (04.05.02), 02 (07.15.05) e 03 (01.02.41) e seus reflexos.

Sexta Informação Fiscal foi prestada pelo Autuante às fls. 402 a 406 dos autos. Diz que o contribuinte apresenta uma Manifestação (folhas 389 a 400) sobre a Diligência Fiscal realizada. Entretanto, não produz fatos jurídicos novos que venham contestá-la. Portanto, ratifica a Diligência Fiscal que foi elaborada de acordo com a 5ª JJF (folhas 324 a 326).

Frisa que a ratificação, efetuada é uma prova jurídica da sua análise. Ela foi minuciosa e detalhada. São 4.870 folhas com informações e Demonstrativos fiscais. Por este motivo, afirma que procedeu sua inclusão parcial, as alegações do Autuado são pífias (folhas 389 a 400) e tampouco surtem efeitos cabíveis, para sequer iniciar alguma contestação contra o levantamento realizado.

Reproduz e ratifica as informações prestadas no cumprimento da diligência fiscal, de acordo com os itens solicitados na fl. 326

Conclui que de acordo com a Diligência Fiscal, comprova que o autuado embaraçou e dificultou o trabalho da Fiscalização, induzindo ao erro, com a implantação dos novos códigos durante o exercício. Para tanto, ele já tinha apurado a Base de Cálculo das Omissões de Saídas com o seu Demonstrativo, motivo pelo qual foi preciso adotá-la. Pede a procedência parcial do Auto de infração.

Na informação fiscal o autuante não refez os cálculos, apenas não acatou as alegações apresentadas pelo Defendente. Dessa forma, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelo Autuante.

VOTO

O Defendente alegou cerceamento ao amplo direito de defesa por imprestabilidade dos demonstrativos elaborados pelo Autuante. Disse que a Fiscalização baiana está utilizando os meios magnéticos (arquivos eletrônicos), encaminhados pelos contribuintes para realizar a auditoria de documentos fiscais que englobam as operações de comercialização das empresas.

Afirmou que a fiscalização no local do estabelecimento da empresa deixou de ser priorizada pela Fazenda Pública, em favor de uma fiscalização eletrônica e "remota", que privilegia a redução dos custos da máquina fazendária estadual.

Apresentou o entendimento de que os demonstrativos elaborados pelo Autuante e acostados aos autos, não esclarecem com nitidez a infração imputada, causando insegurança ao Impugnante na contestação das infrações apontadas.

Dessa forma, requereu a nulidade do Auto de Infração, alegando falta de clareza e precisão da imputação fiscal, como também por serem incompreensíveis os demonstrativos colacionados aos autos.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, *“o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”*.

Durante o procedimento fiscal a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário, e o Auto de Infração foi emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda não podendo ser lavrado no estabelecimento do contribuinte, considerando que requer equipamentos específicos que se encontram na Repartição Fiscal.

Por outro lado, conforme estabelece o art. 121, inciso I do RPAF/BA, no processo administrativo fiscal é que se adota o princípio do contraditório para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração. Portanto, não há previsão regulamentar para intimar o contribuinte a prestar esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração, inexistindo qualquer irregularidade quando de sua lavratura na Repartição Fiscal.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos da autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Caso este órgão julgador não considere suficientes as provas acostadas, o Autuado requer a realização de diligência para que sejam comprovados os esclarecimentos aqui expostos.

Sobre essa alegação, observo que foram realizadas diligências fiscais determinadas pela 5ª Junta de Julgamento fiscal, solicitando que o Autuante analisasse as alegações e comprovações apresentadas pelo Defendente e fosse concedido prazo para o Defendente se manifestar acerca do resultado das diligências que foram cumpridas pelo Autuante.

Fica indeferido o pedido de diligência/perícia com base no art. 147, incisos I e II do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência/perícia, em vista das provas produzidas nos autos.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a

respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2014). Valor do débito: R\$ 279.430,60.

O Defendente alegou que o motivo da irregularidade apurada pelo Autuante, foi devido a alteração da codificação das mercadorias comercializadas que acarretou na omissão de saídas apontadas pela Fiscalização na peça acusatória.

Disse que, em cumprimento da obrigação acessória determinada pela SEFAZ, para transmissão do SPED Fiscal, contendo o inventário de mercadorias existentes em 31.12.14, por lapso, transmitiu o referido relatório de inventário informando somente o novo código, quando o correto seria enviá-lo contemplando o registro 0205, que demonstra os antigos códigos, existentes em 31/12/14 e as conversões para o novo código, que passou a existir a partir de 01/01/15.

Para comprovar as alegações defensivas juntou ao presente PAF, mídia eletrônica contendo levantamento do estoque, indicando os dados relativos ao código, descrição da mercadoria, omissão de saída, valor unitário, valor omissão, estoque inicial 2014, entrada 2014, saída 2014, Inventário 2014, valor omissão preço custo: R\$ 934.033,59.

Nos esclarecimentos, foi informado que em 2015 houve a mudança de códigos de todos os produtos da empresa existentes no estoque, devido a implantação de novo módulo do sistema de compras, e que se faz necessário que o Auditor Fiscal considere os novos códigos informados no INVENTÁRIO FINAL 2014. A implantação deste novo módulo prejudicou o trabalho da fiscalização, as quantidades de estoque final e perdas ficaram estáticas com valor zero nos demonstrativos.

Na diligência fiscal encaminhada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o Autuante, informou que elaborou novo demonstrativo de estoques cumprindo todos os pedidos da Diligência Fiscal, inclusive a solicitação para relacionar todos os produtos com os códigos antigos e os códigos novos usando o agrupamento no SIAF.

Afirmou que não há praticamente alteração no valor apurado de imposto: R\$ 277.992,51. Observou dois equívocos no levantamento em função das alterações realizadas pelo Autuado na mudança dos códigos. Como há 02 módulos, o SIAF trabalhou de acordo com as informações do contribuinte. Uma parte com os códigos antigos, o estoque inicial e o inventário, NF-e de entradas e saídas. O estoque final ficou totalmente igual a zero, assim como as perdas do ano.

Disse que o contribuinte apresentou um CD (folha 74) com o demonstrativo que foi analisado e checados os dados de diversas mercadorias chegando à conclusão de que é procedente para servir de base para infração 01 – Omissão de Saídas de R\$ 923.012,00 e ICMS a pagar de R\$ 159.912,04 (vencimento 09/01/2015), já computadas as perdas de 1,18% do setor de modas (demonstrativo gravado no CD anexo).

O Defendente não acatou as conclusões do autuante alegando que foi intimado para retificar o inventário de 31/12/2014, as informações solicitadas foram integralmente atendidas, a partir das informações na EFD, transmitida em 30/11/2022, conforme atesta o Recibo de Entrega (Doc. 03).

Disse que a despeito da alegação do Fiscal quanto a proibição de alteração do Código das Mercadorias durante o exercício, o próprio Autuante, necessitando extrair do sistema do SIAF as informações desejadas, autorizou o Autuado a proceder a retransmissão do SPED fiscal enviado em 30/11/2022, data essa em que se realizava o procedimento da diligência fiscal, conforme atesta mensagem de e-mail (Doc.04).

Observo que apesar de o Autuante ter refeito o levantamento quantitativo, afirmando que “não há praticamente alteração do valor apurado de imposto”, disse que analisou o demonstrativo elaborado pelo Defendente (fl. 74), checou os dados das diversas mercadorias, chegando à conclusão de que é procedente para servir de base para essa Infração, apurando o imposto a pagar no valor de R\$ 159.912,04, já computadas as perdas do setor de modas (1,18%).

Após a informação fiscal, não foram trazidos aos autos pelo Defendente outros elementos para se opor aos novos valores do lançamento, o que motivou a redução do débito originalmente apontado no Auto de Infração, conforme apurado pelo autuante. Assim, embora a Defesa não tenha acatado a revisão efetuada, não foram trazidos aos autos fatos novos para contrapor ao novo valor do débito apurado.

Acato as conclusões do Autuante e voto pela subsistência parcial desta Infração, no valor total de R\$ 159.912,04. Portanto, se constatado, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. Mantida parcialmente a exigência fiscal.

Infração 02 – 07.15.05: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$ 82.249,75.

O Defendente alegou que se trata de multa confiscatória pois o exorbitante percentual aplicado pelo autuante (60% sobre o valor do imposto) é desproporcional e fere de morte o princípio do não confisco previsto na nossa Carta Magna.

Afirmou que o próprio Conselho de Fazenda Estadual em diversos julgados administrativos tem reconhecido a penalidade injusta imposta aos contribuintes, reduzindo tais percentuais em até 10% do valor exigido no Auto de Infração. O próprio parágrafo 8º, inciso XXII, do artigo 42 da Lei 7014/96, preleciona que o CONSEF, poderá dispensar ou reduzir a multa concernente à infração principal por equidade.

Observo que a cobrança de ICMS Antecipação Parcial é prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96. A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial está conforme estabelece o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96. *“no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”*.

Portanto, trata-se de penalidade estabelecida na legislação deste Estado e este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA.

O Defendente também alegou que no demonstrativo acostado aos autos (Doc. 03) verifica-se que o autuante calculou a alíquota de 3% (três por cento), nas aquisições procedentes do Estado da Paraíba, glosando parte dos créditos fiscais, consequentemente, mesmo considerando a multa aplicada nessa infração 02, o valor deve ser reduzido, devendo ser considerado o crédito fiscal de 12% e não 3% como calculou o autuante.

No levantamento fiscal, foi apurado o ICMS aplicando-se a alíquota interna e deduzido o crédito do imposto destacado no documento fiscal, além do imposto recolhido pelo contribuinte, encontrando o ICMS a pagar. Sobre o referido valor é que foi aplicada a multa prevista na legislação.

Essa alegação quanto ao destaque do imposto considerando a alíquota de 3% por se tratar de aquisições procedentes do Estado da Paraíba, também foi apresentada na Infração 03, por isso, será analisada conjuntamente.

Infração 03 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, no mês de dezembro de 2014. Valor do débito: R\$ 350,06. Demonstrativo às fls. 14/16.

O Autuado alegou que a autuação se refere à Nota Fiscal de nº 90, procedente do Estado da Paraíba, e o procedimento que adotou está correto conforme previsão constitucional. (Doc. 04).

Afirmou que é de conhecimento pleno que as aquisições oriundas dos Estados do Norte, Nordeste e Centro Oeste, a alíquota que deve ser aplicada é de 12% (doze por cento), e não 3% (três por cento), como consta na peça acusatória.

Disse que é possível concluir, sem maiores esforços, pela ilegitimidade da glosa, empreendida pelo Estado da Bahia, dos créditos de ICMS tomados por empresa adquirente com base em documento fiscal emitido por empresa sediada na Paraíba, que goza de incentivos fiscais, previstos em normas não submetidas à aprovação do CONFAZ, com destaque do imposto, sendo conflitante com a Carta da República.

Pelo exposto, quanto às Infrações 02 e 03, alegou que no demonstrativo acostado aos autos verifica-se que o Autuante calculou a alíquota de 3% nas aquisições procedentes do Estado da Paraíba, glosando parte dos créditos fiscais pertencentes ao adquirente conforme previsão constitucional.

Observa-se que a divergência entre o autuante e o defendanté é quanto ao fato de que a diferença apurada está relacionada ao Decreto nº 14.213/2012.

O mencionado Decreto 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. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme previsto no Anexo Único deste Decreto, ou seja, destacado no documento fiscal.

Por outro lado, 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 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.

Vale salientar, que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

De acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017 foram remitidos 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.

Neste caso, entendo que não devem ser exigidos os valores lançados no presente lançamento (Infrações 02 e 03), em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não decorrentes do Decreto nº 12.413/2012.

A repartição fiscal deve verificar a possibilidade de determinar novo procedimento fiscal, no sentido de apurar possíveis recolhimentos efetuados a menos no período fiscal, a salvo da questão relacionada ao mencionado Decreto 12.413/2012. Infrações insubstinentes.

Infração 04 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de março, junho, setembro, outubro e dezembro de 2014.

O Defendente alegou que não houve falta de recolhimento do tributo. O que ocorreu efetivamente foi um equívoco em ter recolhido o diferencial do ICMS, objeto das notas fiscais, através do Código 2175 (ICMS – Antecipação Parcial) em conjunto com outras notas fiscais de revenda de mercadorias, quando o correto seria recolher separadamente através do Código 0791 (ICMS – Complementar – Alíquota Uso/Consumo Ativo Fixo).

Na última Informação Fiscal o Autuante disse que verificou as NF-e e constatou o CFOP 6101. Portanto, as mercadorias são para revenda e não para uso, ativo fixo ou consumo do estabelecimento. O Recolhimento correto é a Antecipação parcial e foi realizada pelo Autuado regularmente através dos DAEs, de acordo com o INC Fiscal. Concluiu que essa infração 04 é inconsistente e não deve persistir.

Constato que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com as alegações e comprovações apresentadas pela Defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defensor, alicerçados nos documentos apresentados, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que não subsiste a exigência fiscal consubstanciada neste item do presente julgamento. Infração insubstancial.

O Defendente alegou, ainda, que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada. Nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país.

Observo que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por fim, o Autuado apresentou o entendimento de que, independentemente da nulidade da Autuação, deve ser submetida proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que o Presidente desse Conselho de Fazenda represente ao Secretário da Fazenda para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por conta do entendimento já pacificado nos tribunais superiores quanto à pauta fiscal.

Entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se constatou as situações elencadas na legislação (art. 168 do RPAF-BA) para solicitação da referida providência, ficando indeferido o pedido apresentado pelo Defendente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, correspondente ao débito remanescente apurado na Infração 01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0008/16-4, lavrado contra **CAVALCANTI GONÇALVES E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 159.912,04**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “g”, 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, 13 de novembro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA

