

**A. I. N°** - 279104.0006/04-1  
**AUTUADO** - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ VICENTE NETO E JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTENET** - 04/04/2005

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0099-01/05

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. O Autuado não apresentou quaisquer elementos que possibilitassem desconstituir a exigência fiscal. Infrações caracterizadas. Rejeitados os requerimentos de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2004, impõe ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a junho de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 193.231,03;
2. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em decorrência de divergências entre seu arquivo magnético – registro 53 e livro Registro de Apuração do ICMS e seus recolhimentos, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a junho de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 237.398,44.

O autuado, através de seu patrono, apresentou defesa tempestiva (fls. 551 a 560), onde, no tocante à Infração 01, questionou a inconstitucionalidade do regime de substituição tributária, transcrevendo doutrina de Roque Antonio Carraza e o art. 150, §7º da CF/88. Em relação à Infração 02, alegou que o autuante se limitou a examinar superficialmente os arquivos magnéticos que, por algum motivo, deixou de apresentar os lançamentos das notas fiscais questionadas e, conseqüentemente, não se verificou o recolhimento correto do ICMS relativo a tais documentos.

Afirmou que o tributo foi corretamente apurado, retido e recolhido, conforme se verifica da análise da nota fiscal que disse estar trazendo aos autos na impugnação, bem como do livro em que foi escriturada e da respectiva guia de recolhimento. Requereu perícia contábil ou diligência ao seu estabelecimento para verificar todos os documentos relacionados às notas fiscais objeto da Infração 02 sob o argumento de que é elevado o número de notas fiscais e de cópias dos respectivos livros fiscais e guias pagas, não tendo podido trazer todos os documentos aos autos e tendo feito a prova apenas por amostragem.

Asseverou que, ainda que se entenda pela manutenção da autuação, não há como prevalecer a atualização dos débitos por meio da aplicação da Taxa Selic, recorrendo sobre a sua inconstitucionalidade e transcrevendo julgado do STJ e os arts. 150, I e 192 da CF/88. Requereu o cancelamento do Auto de Infração ou a redução dos valores exigidos.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 602 a 605), afirmaram que os demonstrativos com seus valores, planilhas e relatórios não foram questionados quanto à sua veracidade em momento algum da impugnação, sendo questionada a inconstitucionalidade da substituição tributária e a existência de uma margem de valor agregado na Infração 01 e o cumprimento com seu dever tributário na Infração 02, bem como a inconstitucionalidade da Taxa Selic.

Alegaram que, quando o autuado deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento ou o fez a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, deixou de fazer em algumas operações e fez corretamente em outras, sem se preocupar se era inconstitucional ou não, sendo incoerente a prática de atos diferentes em situações iguais. Transcreveram os arts. 150, §7º da CF/88, 128 do CTN e 8º da Lei nº 7.014/96.

Ressaltaram que o autuado disse que anexou nota fiscal, livro em que foi escriturada e respectiva guia de recolhimento, mas não o fez. Explicaram que o ICMS reclamado corresponde à diferença entre o registro 53 do seu arquivo magnético, onde são registradas todas as suas saídas de mercadorias inclusas na substituição tributária e o valor escriturado e recolhido no seu livro Registro de Apuração do ICMS, não tendo nada a ver a alegação da existência de nota fiscal lançada em seus livros fiscais não constante do seu arquivo.

Transcreveram o art. 167 do RPAF/99 em relação à arguição de inconstitucionalidade da Taxa Selic, argumentaram ser desnecessária a sugestão de diligência por não ter havido fundamentação de acordo com o art. 145 do citado RPAF/99 e opinaram pela procedência da autuação.

## **VOTO**

O presente Auto de Infração exige imposto do autuado por ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento e o ter feito a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado questionou a inconstitucionalidade do regime de substituição tributária e da aplicação da Taxa Selic, entretanto, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência deste CONSEF, conforme estabelece o art. 167, I do RPAF/99.

O autuado requereu perícia contábil ou diligência ao estabelecimento do autuado para verificar todos os documentos relacionados às notas fiscais objeto da Infração 02 sob o argumento de que é elevado o número de notas fiscais e de cópias dos respectivos livros fiscais e guias pagas, não tendo podido trazer todos os documentos aos autos e tendo feito a prova apenas por amostragem.

Verifico que o autuado não trouxe aos autos nenhum documento que indicasse haver erro nos demonstrativos elaborados pelo autuante anexados aos autos, demonstrando a necessidade de diligência ou perícia. Portanto, indefiro as solicitações de diligência e perícia, com base no art. 147, I e II do RPAF/99, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção a respeito da matéria bem como por entender desnecessária em vista dos demonstrativos anexados pelo autuante.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco nos demonstrativos anexados aos autos pelo autuante, os quais caracterizam as infrações de forma detalhada. Ressalto que o autuado recebeu o demonstrativo elaborado pelos autuantes individualizando cada documento fiscal com o respectivo valor do ICMS devido, onde se vislumbra as diferenças mensais com o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS efetivamente recolhido. Desta forma, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do

cometimento da infração não o exime de elidir a acusação fiscal, sendo subsistentes ambas as infrações.

Verifico ainda que foram indicados o percentual de 60% e o art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 na aplicação da multa referente à Infração 02. Contudo, a acusação fiscal não se refere à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, mas ao recolhimento a menor do imposto retido, o que enseja a aplicação da multa prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, no valor percentual de 150%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279104.0006/04-1**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 237.398,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 193.231,03 e 150% sobre R\$ 44.167,41, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR