

A. I. Nº - 206882.0402/08-7  
**AUTUADO** - FRIGOSAL ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 15/12/2008

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N°0363-03/08**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado nos autos que o sujeito passivo recolheu a menos o imposto relativo a mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária Interna, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2008, refere-se à exigência de R\$1.806.386,21 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, por erro na base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, no período de setembro de 2006 a agosto de 2007.

O autuado apresentou impugnação (fls. 514 a 517), inicialmente informando que atua no comércio de carnes congeladas, empresa com administração familiar, que se dedica à compra venda e armazenamento do mencionado produto. O defendante diz que por equívoco do seu planejamento fiscal, foi orientado de que o produto comercializado ainda se encontrava beneficiado pela redução de base de cálculo prevista no inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA, e esse entendimento se justifica porque ao produto similar ao produzido no mercado interno, não caberia alíquota diferenciada, uma vez que não cabe aplicar diferentes alíquotas para produtos idênticos, apenas diferenciando quanto à origem. Ressalta que os produtores locais não possuem capacidade para abastecer o mercado interno, o que torna providencial a existência da pequena empresa como forma de regular o mercado e prover a população de uma mercadoria genuinamente integrante da cesta básica. Entende que descabe a aplicação de qualquer penalidade ao autuado, já que o tratamento tributário concedido ao produto similar produzido no mercado interno é significativamente mais leve, gerando uma concorrência desleal que, sobremaneira, prejudica o pequeno empresário.

Aduz que houve ofensa ao princípio da capacidade contributiva, alegando que a elevada carga tributária decorrente da aplicação da alíquota interna pelo preposto fazendário no levantamento fiscal gerou um débito impossível de ser suportado pelo contribuinte, uma vez que a sua capacidade econômica não encontra respaldo financeiro para fazer frente ao montante reclamado. Salienta que a norma constitucional veda a elevação da carga tributária quando ela assume o caráter confiscatório, como no caso em questão, por isso, argüi a nulidade absoluta do presente Auto de Infração, por entender que a multa aplicada tem caráter confiscatório, a qual pode ser entendida, como a cobrança do imposto excedendo a capacidade econômica do sujeito passivo.

da obrigação. Diz que também se entende da mesma maneira confiscatória a multa ou o tributo, quando retirar ou buscar retirar, parte substancial da propriedade ou a totalidade da renda do contribuinte, e que não é preciso ser perito contábil, nem técnico fazendário, para se perceber, que a multa aplicada, não cabe em nenhum aspecto à capacidade contributiva do Recorrente, que jamais auferiu lucratividade dessa monta.

Ainda sobre o princípio da vedação do confisco, o defendant afirma que o mesmo opera como garantia, assegurada ao contribuinte, de preservação do seu patrimônio, diante do ente tributante; que ao exigir do autuado o valor que compromete a integridade econômica da empresa, o agente do fisco estabeleceu grave ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa, vez que, tal tributo, limita a credibilidade e os índices de liquidez sobre o patrimônio do estabelecimento, comprometendo a capacidade comercial do autuado. Assim, o defendant apresenta o entendimento de que, pela simples análise do seu porte econômico deve ser considerado nulo em absoluto o presente Auto de Infração, reiterando o argumento de que é confiscatório e ilegítimo. Pede que seja declarada nula a autuação fiscal; requer, por fim, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 523/524 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando em relação à redução da base de cálculo alegada pelo autuado, que tal entendimento não encontra respaldo na legislação tributária vigente, e não procedem as alegações defensivas. Entende que a impugnação do autuado tem caráter protelatório, como forma de retardar as providências fiscais no sentido de executar os créditos tributários apurados. Ratifica a autuação fiscal nos termos originalmente apresentados.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O autuado requereu de forma genérica pela produção de provas, inclusive por meio de diligência, perícia e revisões, não especificando qual seria, nem a motivação. Indefiro o pedido nos termos do art. 147, I e II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, haja vista que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, por erro na base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, no período de setembro de 2006 a agosto de 2007, conforme demonstrativos de fls. 21 a 41 deste PAF.

De acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante e cópias de Notas Fiscais acostadas aos autos, se trata de aquisição interestadual de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, suíno, resultantes de seu abate, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária interna, enquadradas nos itens 10 e 32 do Anexo 88 do RICMS/BA. Neste caso, a exigência do imposto por antecipação é prevista no art. 125, do Regulamento do ICMS:

*“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:*

*II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:*

...

*b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;*

...

*§ 7º O recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “b”, “e”, “f”, “g”, “h” e “i” do inciso II, poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, quando o contribuinte estiver credenciado, ressalvado o disposto no § 2º do art. 512-A.*

*§ 8º Para efeito do credenciamento previsto no parágrafo anterior, serão considerados os critérios estabelecidos em ato específico do Secretário da Fazenda.*

Assim, os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, do RICMS/BA, acima transscrito, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, se o contribuinte fosse credenciado.

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo apresentado a alegação de que foi orientado de que o produto comercializado ainda se encontrava beneficiado pela redução de base de cálculo prevista no inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA, e que esse entendimento se justifica porque ao produto similar ao produzido no mercado interno, não caberia alíquota diferenciada. Entretanto, não assiste razão ao defendant, haja vista que o dispositivo regulamentar citado em sua impugnação diz respeito à redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com vinagre, charque e margarina, e nas notas fiscais objeto da autuação não se constatou nenhuma dessas mercadorias, além de se tratar de operações interestaduais.

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

...

*XXXI - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).*

Vale salientar, que a Constituição Federal prevê no inciso XII do Parágrafo 2º do art. 155, que à lei complementar, cabe definir os contribuintes do ICMS; dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços, regular a forma como incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

O art. 7º da Lei Complementar 87/96 estabelece que, para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado. Portanto, o RICMS/BA prevê o recolhimento do imposto sobre as mercadorias objeto da autuação, na entrada no território deste Estado ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no

estabelecimento, quando o contribuinte estiver credenciado.

Quanto à alegação do autuado de que o imposto exigido e a multa têm caráter confiscatório e que houve ofensa ao princípio da capacidade contributiva, observo que o presente lançamento foi efetuado de acordo com a legislação em vigor, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação de forma genérica pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto ao pedido de oitiva de testemunhas, não acolho, tendo em vista que não há previsão de utilização deste meio de prova no Processo Administrativo Fiscal.

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

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206882.0402/08-7**, lavrado contra **FRIGOSAL ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.806.386,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR