

A I Nº - 294888.0006/08-3  
AUTUADO - FRIGOSAM FRIOS E CONGELADOS LTDA.  
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA  
ORIGEM - INFACZ ILHÉUS  
INTERNET - 30.03.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0061-02/10**

**EMENTA: ICMS.** 1. LIVROS FISCAIS. ERRO NA ESCRITURAÇÃO E NA APURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Na escrituração utilizou crédito fiscal indevido de mercadorias substituídas. Lançamento de notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis sem destaque do imposto, resultando saldo credor. Refeita conta corrente fiscal para apropriar os créditos e os débitos fiscais, resultando débito do ICMS não recolhido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DO PERCURSO NESTE ESTADO. 3. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DO PERCURSO NESTE ESTADO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado na entrada do território do Estado, se não possuir o credenciamento previsto na Portaria 114/04. Infração caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, salvo se existir regime especial para pagamento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Comprovado que o autuado na data da apree encontrava credenciado

após a entrada no estabelecimento. Mantido o lançamento. **5. LIVROS FISCAIS.** **a)** ESCRITURADOS EM DESACORDO COM AS NORMAS. **b)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. **c)** UTILIZAÇÃO FORA DAS ESPECIFICAÇÕES. MULTAS POR DESCUMPRIMENTOS DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. Infrações não contestadas. **8.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS. – DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTAS. Infração não contestada. Não acolhidas às argüições preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/08, para exigir o valor de R\$60.680,29, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Acrescentando que conforme Conta Corrente Fiscal do ICMS, anexa, elaborada com base nos levantamentos fiscais de Auditoria do Crédito Fiscal e Demonstrativo de Saídas de Mercadorias Tributadas através de Notas Fiscais realizados pela fiscalização, sendo lançado o valor de R\$7.869,90, acrescido de multa de 50%;
2. deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88, conforme Levantamento Fiscal da Antecipação Total, exercício de 2007, sendo lançado o valor de R\$10.498,39, acrescido de multa de 60%;
3. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Conforme Levantamento Fiscal da Antecipação Total em 2007, sendo lançado o valor de R\$29.537,77, acrescido de multa de 50%;
4. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Conforme Levantamento Fiscal da Antecipação Parcial em 2007, sendo lançado o valor de R\$11.984,23, acrescido de multa de 50%;
5. escriturou livro(s) fiscal(s) em desacordo com as normas regulamentares. Sendo Livros Registros de Entradas, Registros de Saídas e RAICMS 2006/2007, em relação a lançamento indevido de créditos fiscais nas entradas, escrituração das notas fiscais sem destaque do ICMS nas saídas, com reflexo no RAICMS que acumula crédito indevido no montante de R\$ 254.116,21, em 31/12/2007, quando o devido seria R\$1.563,38, em 30/06/2006, pois a partir de 01/07/2007 passou à condição de empresa optante do Simples Nacional, sendo lançado o valor de R\$140,00;
6. deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(s) quando regularmente sendo lançado o valor de R\$460,00;

7. utilização e/ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA. Livros Registro de Entradas, Registros de Saídas, RAICMS, Registro de Inventário com encadernação fora das especificações estabelecidas no RICMS/BA, sendo lançado o valor de R\$50,00;
8. declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Em decorrência da escrituração irregular dos livros fiscais, sendo lançado o valor de R\$140,00.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 211 a 231, por meio de representante legalmente constituído, inicialmente, tece comentário sobre as infrações imputadas, aduz que o processo fiscal é nulo, por ter ferido os princípios da impessoalidade e da legalidade, sendo que para defender sua tese, cita o decreto lei 46.764 de 09 de abril de 2004; a Lei nº. 10.941, de 25 de outubro de 2001; Decreto Federal 70235/72; a Lei 6.374/89; o art. 196 do CTN; a Constituição Federal; os juristas Delmar Ferreira e Bernardo Ribeiro de Moraes e transcreve no seu arrazoado, partes de textos legais e doutrinários.

Apresenta longo arrazoado argüindo se tratar da fundamentação jurídica para que se insurge advindo segundo o autuado, de diversos princípios constitucionais não observados pelo autuante, sendo que falando da ampla defesa reproduz ensinamentos de Pontes de Miranda, e José Artur Lima Gonçalves, do mesmo modo transcreve lições do professor Geraldo Ataliba, que fala sobre princípio da verdade material

Aduz que todo processo administrativo fiscal deve ser pautado na mais extrema observância da aplicação do princípio da ampla defesa, que deságua na busca da verdade material.

Reproduz textos do mestre Geraldo Ataliba que trata de matéria punitiva decorrente da suposta omissão no pagamento do tributo.

Argumenta que cabia, ao autuante verificar o fato e constatar as suas características, mas simplesmente, descreveu como chegou aos valores consignados no auto, sem justificar o procedimento adotado, como de não deduzir todos os valores pagos e comprovados através do próprio sistema SEFAZ, contabilizando para tanto todos os valores devidos e todos os valores pagos. Diz que assim afrontou o princípio da verdade material, com o argumento implícito de que não cabe a fazenda provar que o contribuinte cometeu um ato ilícito. Diz que com isso afrontou a fazenda o princípio da ampla defesa em seu sentido amplo, uma vez que não buscou a realidade dos fatos, tais como posto pelo contribuinte.

Argumenta que a Infração 01 é totalmente improcedente, por entender que os créditos lançados nos livros fiscais são devidos, de forma que as apurações lançadas pelo autuante, ao seu ver, não tem amparo legal. Diz que lançou nos livros fiscais créditos de ICMS de acordo com o destaque na respectiva Nota Fiscal, não havendo qualquer erro no lançamento na escrita fiscal.

Alega que o autuante não fundamentou a infração de forma que identifique o dispositivo legal utilizado para expurgar os créditos utilizados na sua escrita fiscal, e que não há qualquer proibição no regulamento de lançamentos dos créditos conforme constantes dos seus livros fiscais, por essa razão, entende que não há que se falar em procedência desta infração, por não respeitar o princípio da legalidade estrita e da atividade vinculada que deve pairar na administração pública.

Argui que a Infração 2, trata de substituição tributária propriamente dita, que se diferencia da antecipação tributária, diz que naquela, cria-se o denominado substituto tributário, que passa a ser o responsável pelo recolhimento antecipado do tributo, na última a responsabilidade é do próprio contribuinte, que pagará antecipado na entrada da mercadoria ou em data prevista na legislação. Transcreve entendimentos de Hugo de Brito Machado sobre essa matéria.

Sustenta que tratando-se de substituição tributária a responsabilidade é exclusiva do substituto, que neste caso específico

distribuidores/fornecedores do autuado, caracterizados no auto de infração, através das planilhas anexas pelo autuante.

Diz que a autuação improcede, tendo em vista que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS nos casos que especifica é do sujeito passivo por substituição, qual seja, o substituto tributário, identificado no levantamento realizado pela autuante, qual seja, todos os fabricantes e distribuidores dos produtos sujeitos ao regime da substituição e que o autuante lavrou o Auto de Infração sem observar as regras dispostas no § 1º, do art. 125 do RICMS/97, que transcreve, alegando que não tinha conhecimento de eventuais diferenças encontradas. Reproduz a ementa do Acórdão JJF nº0083-01/02, que exclui daquela autuação parcela correspondente a mercadoria, cujo imposto, de acordo com o Convênio nº. 76/94, é de responsabilidade do remetente Diz que esta Infração não resiste a nulidade em sua totalidade.

Argumenta que a Infração 03 é antecipação total e a Infração 04 é a antecipação parcial, e que a Infração 02, é por substituição. Com esse registro, narra que a figura da antecipação tributária, de responsabilidade do próprio contribuinte, e que no presente caso era responsável pelo recolhimento de ICMS antecipadamente, pelo seu enquadramento, recolhia com antecipação o ICMS de mercadorias que entravam no seu estabelecimento.

Assevera que o autuante ao entender que houve diferença de ICMS, conforme planilha elaborada pelo autuante, deixou de colacionar todas as notas fiscais constantes do levantamento e ainda não deduziu dos valores apurados, o montante recolhido mensalmente pelo autuado sob a rubrica antecipação parcial.

Defende que as notas fiscais faltantes é obrigatória a juntada, porque entende que a toda autuação deve corresponder a documentação que der suporte fático ao enunciado constante do auto. Requer que seja feito novo levantamento retirando da planilha os valores que não contém a respectiva nota fiscal colacionada ao auto de infração.

Por fim, diz que o autuante sequer analisou os valores devidamente recolhidos pelo autuado mensalmente a título de antecipação tributária, conforme consta nos registros do sistema da SEFAZ. Aduz que recolhia mensalmente todos os valores decorrentes de antecipação tributária, porém, ficou impossibilidade de colacionar tendo em vista o furto em sua documentação. Requer que seja solicitado ao setor competente que junte aos autos os demonstrativos de recolhimento do ICMS por antecipação e posteriormente que deduza da planilha que o autuante colacionou ao auto, os valores efetivamente pagos pelo autuado sob a rubrica antecipação tributária, na forma do art. 146, §1º, parte final, do RICMS.

Aduz que para se ter uma idéia do equívoco cometido pela fiscal autuante, as Notas Fiscais n. 306395 e 306396, encontram-se com o carimbo da SEFAZ no posto fiscal, de forma que é impossível tal mercadoria ter ingressado no Estado sem o recolhimento do ICMS por antecipação, provando que o valor está devidamente quitado, de acordo com a relação de pagamentos já apontados. E não é só, a Nota Fiscal n. 1676, 470927, 470926, 306395, 306396, 486762, 499422, 211576, 69165, 549793, 239509, 289712, 272747, 278529, 274525, 318453, 127731, 156456 também se encontram na mesma situação. Tudo conforme Notas Fiscais em originais anexas.

Ressalva que o autuante não observou que as Notas Fiscais 881744 e 28047 se encontram com os respectivos DAEs que comprovam o pagamento das referidas notas fiscais.

Alega que com relação a Infração 02, o mesmo entendimento deve ser adotado, já que consta na relação pagamento sob a rubrica dos apontados no auto de infração, de forma que o mesmo levantamento e deduções devem ser levados à efeito por este Conselho.

Conclui pugnando pela improcedência das infrações 02, 03 e 04.

Quanto às quanto Infração 05, 06, 07,08, não apresenta qualquer contestação diz que anexa DAE com os valores das multas por descumprimento de obrigação aces a fim de que se proceda a devida homologação do pagamento. A

preceito: “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através do saldo credor de caixa”.

Transcreve o art. 150, inciso IV da Constituição Federal, assim como lições do professor Aliomar Baleeiro e do mestre Roque Antonio Carrazza, que tratam da vedação de se utilizar o tributo com efeito de confisco.

Discorre sobre a limitação para a imposição de penalidades pecuniárias. Reproduz textos sobre a matéria, da lavra dos doutrinadores: Ives Sandra Martins, Paulo José da Conta Júnior, Zelmo Denari, Sacha Calmon,

Aduz que o fisco não pode no afã de aumentar sua receita, ir de encontro ao princípio esculpido no art. 150, IV, da CF/88, porque deve respeitar o princípio da capacidade contributiva também para as penalidades, sob pena de aniquilar o contribuinte, que muitas vezes não tem recursos nem para a própria sobrevivência, diz que foi o caso dos autos.

Entende que ao aplicar multas exorbitantes que pisoteiam o princípio da capacidade contributiva, em percentual superior a 30%, o fisco infringe flagrantemente o art. 150, IV da Carta Política.

Cita e transcreve algumas decisões de Cortes Superiores, inclusive o STF, favoráveis à redução de multas que entende o autuado excessivamente aplicadas pela fisco, como por exemplo RE nº 82.510-SP, nº 81.550-MG; ADIN nº 551 – RJ.

Argumenta que a autoridade administrativa pode e deve deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional. Reproduz manifestação nesse sentido de Antonio Manoel Gonçalez.

Argüi a inconstitucionalidade das multas e dos dispositivos da multa aplicados no presente Auto de Infração.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ante os fundamentos já debatidos nos autos. Faz ainda as seguintes solicitações conclusivas:

- a) a nulidade do auto de infração em sua totalidade, tendo em vista os argumentos do “II”, da preliminar argüida;
- b) a nulidade da infração 02 ou assim não entendendo a sua improcedência, conforme fundamentos do item “IV”;
- c) Improcedência da infração 01, conforme item “III” supra;
- d) Improcedência da infração 02, caso ultrapassada a preliminar argüida, após as correções dos erros apontados pela autuada no item “V” acima;
- e) Improcedência da infração 03 e 04 tendo em vista os fundamentos do item “V” acima;
- f) Homologação dos pagamentos das infrações 05, 06, 07 e 08;
- g) a aplicação exorbitante da penalidade pecuniária, que deve ser reduzida para 30%, na forma da fundamentação dos itens “IX” e “X”;
- h) a aplicação dos juros de mora somente a partir do ajuizamento da cobrança fiscal, na forma do item “X” supra.

Protesta por todos os meios de provas permitidos pela legislação.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 329 a 331, assevera que descabe a argüição de nulidade com base nos argumentos apresentados pela defesa, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos preceitos do RPAF/BA.

Aduz que não procedem os argumentos apresentados pela defesa para a Infração 01, porque é decorrente de escrituração irregular dos livros fiscais, em razão de lançamentos indevidos de crédito fiscal referente a ICMS antecipado ou substituído, com vedação expressa no art. 356 do RICMS/BA, bem como, em razão da escrituração das notas fiscais tributadas sem destaque do ICMS devido, resultando em crédito fiscal

Created with

R\$ 254.116,21 ( duzentos e cinqüenta e quatro mil, cento e dezesseis reais e vinte e um centavos), em 31/12/2007. Esta fiscalização realizou os levantamentos fiscais anexos às fls. 17, 18, 20, 56, 57, 58, 59, 69 a 76 dos autos para apuração dos créditos devidos pelas entradas de mercadorias e os débitos correspondentes às saídas tributadas. Diz que a Conta Corrente foi ajustada para apropriar os créditos e débitos apurados através dos levantamentos fiscais, resultando em débito de ICMS nos períodos lançados nesta infração, conforme se verifica nos demonstrativos da Auditoria Da Conta Corrente do ICMS, anexos às fls. 13 às 16; 52 às 55 dos autos, bem como cópias reprográficas dos livros e notas fiscais.

Frisa que a Infração 02 exige do autuado ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 , conforme se verifica do demonstrativo anexo às fls. 140 e notas fiscais anexas às fls. 141 a 146 dos autos, com previsão no art. 371 do RICMS/BA;

Salienta que não procedem os argumentos apresentados pela defendente para às Infrações 03 e 04 - porque foram realizados os batimentos necessários entre as notas fiscais de entradas e o ICMS recolhido a título de antecipação parcial quando da realização dos levantamentos fiscais. Explica que as notas fiscais de entradas a que se referem os recolhimentos de antecipação parcial constante do sistema da SEFAZ já foram consideradas e excluídas dos demonstrativos, restando apenas as notas fiscais sem recolhimento do ICMS devido. Diz que nota fiscal carimbada não é comprovante de pagamento do ICMS e que o autuado não apresenta qualquer comprovante de recolhimento do ICMS devido referente às notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 147 e 156 dos autos; não consta ocorrência de roubo da documentação do autuado. Frisa que à fls. 148 às 155; 157 às 180 dos autos estão anexas cópias reprográficas de todas as notas fiscais que dão suporte a estas infrações.

Esclarece que todos os documentos e DAE apresentados pelo autuado foram analisados e considerados quando da realização dos levantamentos fiscais, diz que as GNRE juntadas pelo autuado às fls. 249, 253 e 261 dos autos referem-se aos recolhimentos do ICMS substituição tributária relativo às mercadorias constantes das notas fiscais nº866660, nº881744 e 28047 que estão sujeitas a esta tributação, enquanto do demonstrativo da diferença apurada no cálculo do ICMS antecipação parcial, às fls. 156 dos autos constam valores referentes aos itens das referidas notas fiscais, cujas mercadorias estão sujeitas à antecipação parcial, como os itens 04 e 05 da Nota Fiscal nº866660 e o item 03 da Nota Fiscal nº881744 e os itens 01 e 03 da Nota Fiscal nº28047, respectivamente.

Frisa que o autuado reconhece as Infrações 05, 06, 07 e 08 que aplicam multas por descumprimento de obrigações acessórias, lembrando que apesar disto não anexa DAE comprovando o pagamento para homologação.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem para fazer entrega ao autuado de cópias dos demonstrativos e do pedido de diligência e para que após entrega de tais documentos fosse aberto o prazo de 30 dias para defesa.

Observa-se que o autuado foi intimado a receber cópias dos mencionados demonstrativos, sendo que naquele ato tomou conhecimento da reabertura do prazo de 30 dias para se defender, porém não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente, no que se refere às preliminares de nulidade suscitadas pelo contribuinte, que consistiram nas alegações de que no processo administrativo tributário devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, da verdade material, da legalidade, da publicidade, da economia, da motivação, da celeridade e da razoabilidade.

impessoalidade, ressalto que o fato gerador está devidamente apontado, enquanto que a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta esse imposto, o que lhe dá fundamentação legal. Saliento que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contêm os elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, tendo em vista que foram baseados nas informações colhidas a partir dos documentos e livros fiscais concernentes às aquisições e saídas de mercadorias efetivadas pelo contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve a infração e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes à multa aplicada.

Ademais o autuado foi intimado a receber cópias dos mencionados demonstrativos que fundamentaram a autuação, sendo que naquele ato tomou conhecimento da reabertura do prazo de 30 dias para se defender, porem não se manifestou.

Quanto à alegação de que o presente Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento, observo 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”. Por isso, inexiste qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo contribuinte, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. O PAF encontra-se revestido das formalidades legais, inexistindo os motivos elencados na legislação para se declarar a nulidade pretendida, inclusive nos incisos I a IV do art. 18 do referido RPAF.

Quanto ao pedido de diligência indefiro, tendo em vista que o contribuinte não carreou aos autos documentos, levantamentos e demonstrativos apontando as inconsistências passíveis de se fundamentar o encaminhamento do PAF em diligência ou revisão, por outro lado existem nos autos todos os elementos necessários ao meu convencimento, à vista das provas já produzidas, de acordo com do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99.

No mérito, deixo de me pronunciar em relação às infrações 05, 06, 07 e 08 tendo em vista que não foram impugnadas pelo autuado em sua contestação, sobre tais infrações, disse que iria recolher o ICMS correspondente, deixando clara a sua intenção de reconhecimento dos montantes exigidos, admitindo o cometimento das referidas infrações. Portanto, considero subsistentes essas infrações. Em sua defesa, contestou expressamente as infrações 01, 02, 03 e 04 que passo a examiná-las.

Em relação à Infração 01, examinando os livros Registros de Entradas, de Saídas e de Apuração de ICMS, no período de outubro de 2006 a maio de 2007, verifica-se que o sujeito passivo fez uso de crédito fiscal relativo a produtos comestíveis resultante do abate de aves, enquadrados no regime de substituição tributária, do tipo: coxa, sobre coxa e peito, em estado natural, temperados e/ou congelados, além de produtos salgados defumados (fls. 89 e 240), assim como deixou de se debitar do imposto de mercadorias tributáveis, do tipo: mortadela, lingüiça, presunto, etc., sendo que ao realizar a apuração mensal do imposto no livro Registro de Apuração do ICMS, no período levantado apresentava sempre saldo credor. Dessa forma o autuante com base nos livros e documentos fiscais fornecidos pelo contribuinte, realizou a auditoria de conta corrente fiscal e de crédito fiscal, e apurou o ICMS objeto desta infração, conforme papéis de trabalho, às fls. 17, 18, 20, 56 a 59 e 69 a 76. Na defesa, inclusive, trouxe algumas notas fiscais e cópias de livros fiscais originais confirmando o fato.

O contribuinte alegou que os créditos lançados nos livros fiscais não fundamentou a infração de forma que identifique o dispositivo

os créditos utilizados em sua escrita fiscal, disse que não há qualquer proibição no regulamento de lançamento dos créditos conforme constante dos seus livros fiscais.

Saliento que a falta de indicação do citado dispositivo relativo ao ato, não acarreta a nulidade do Auto de Infração, visto que os elementos acostados aos PAF determinam com segurança a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Ademais ao contrário do que alegou o contribuinte, o art. 356, do RICMS/97, preconiza que “ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

Portanto está correto o lançamento do crédito tributário realizado pelo autuante, que desenvolvendo o roteiro de auditoria de conta corrente, de crédito fiscal e com base também em demonstrativos de saídas de mercadorias tributáveis, constatou escrituração irregular, refez a conta corrente fiscal do contribuinte, considerou os créditos de direito, excluiu os créditos fiscais utilizados decorrentes de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, incluiu as saídas de mercadorias tributáveis e apurou o ICMS devido ao erário estadual.

Quanto à Infração 02, analisando as notas fiscais anexas ao processo, às fls. 141 à 146, verifico que as mercadorias nelas relacionadas referem-se a produtos comestíveis resultantes do abate de aves, a exemplo de coxa, sobre-coxa, peito, congelados e resfriados, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridos sem pagamento do ICMS por substituição tributária, pois não existe no processo comprovante de pagamento do imposto correspondente.

Ressalto que os produtos comestíveis resultantes do abate de aves mencionados acima, em estado natural, temperados e/ou congelados, são mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, como não há convênio ou protocolo entre a Bahia e as unidades da Federação de origens que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS é devido pelo contribuinte. Portanto está correto o procedimento do autuante que através do levantamento, demonstrativos anexos, apurou e lançou o crédito tributário correspondente, não recolhido aos cofres do Estado da Bahia (art. 353 e 371 do RICMS/97). Concluo assim pela subsistência desta infração. Não foram trazido aos autos provas de pagamento do ICMS lançado na autuação. Infração não elidida.

No que diz respeito às Infrações 03 e 04 que tratam da falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, e por antecipação parcial, respectivamente, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, o contribuinte se defendeu incluindo em seu arrazoado as duas infrações, portanto, seguindo a mesma linha do sujeito passivo apreciarei tais infrações conjuntamente.

Saliento que não procedem os argumentos apresentados pelo sujeito passivo para às Infrações 03 e 04, observo que o autuante realizou os cotejamentos entre as notas fiscais de entradas e o ICMS recolhido a título de antecipação parcial e total quando da realização dos levantamentos fiscais. Foi informado pelo autuante que no ato da fiscalização em relação às notas fiscais de entradas a que se referem os recolhimentos de antecipação parcial constante do sistema da SEFAZ já foram consideradas e excluídas dos demonstrativos, e que lançou apenas os valores atinentes às notas fiscais sem recolhimento do ICMS devido. A defesa não trouxe aos autos qualquer prova de que o autuante tenha lançado valor de antecipação parcial ou total com o imposto já pago, da mesma forma, não apresentou qualquer comprovante de recolhimento do ICMS devido referente às notas fiscais relacionadas nos demonstrativos que deram suporte à autuação ou seja, não demonstrou que dos valores que alega já ter reco

apurados na presente autuação. Alegou que “ficou impossibilitado de colacionar tendo em vista o furto em sua documentação,” sem contudo trazer comprovante de comunicação de tal fato ao fisco estadual e de ter oferecido os elementos de prova de pagamento do imposto acompanhado das soluções adotadas pela SEFAZ no sentido de oferecer por outros meios, provas de pagamento do ICMS.

Observo que o autuante informou que os documentos e DAE apresentados pelo sujeito passivo foram analisados e considerados quando da realização dos levantamentos fiscais, vejo que as GNRE juntadas pelo contribuinte às fls. 249, 253 e 261 dos autos referem-se aos recolhimentos do ICMS substituição tributária relativo às mercadorias constantes das notas fiscais nº 866660, nº 881744 e 28047 que estão sujeitas a esta tributação, enquanto o demonstrativo da diferença apurada no cálculo do ICMS antecipação parcial, às fls. 156 dos autos constam valores referentes aos itens das referidas notas fiscais, cujas mercadorias estão sujeitas à antecipação parcial, como os itens 04 e 05 da Nota Fiscal nº 866660 e o item 03 da Nota Fiscal nº 881744 e os itens 01 e 03 da Nota Fiscal nº 28047, em conformidade com os esclarecimentos do autuante. Infrações não elididas.

O argumento de que é detentor de notas fiscais carimbadas pelos postos fiscais, e que no seu entendimento é impossível não ter pago o imposto, não é suficiente para comprovar pagamento do crédito tributário, visto que, o fato de ser detentor de notas fiscais carimbadas pelos postos fiscais, não é suficiente para comprovar o pagamento do imposto, visto que esta prova só se efetiva se o documento fiscal estiver acompanhado do documento de arrecadação correspondente. O que não ocorreu no caso presente.

Disse que o autuante não observou que as Notas Fiscais 881744 e 28047 se encontram com os respectivos DAE que comprovam o pagamento das referidas notas fiscais. Observo que realmente, os pagamentos existem, porém não foram objeto de autuação.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

No que se refere à insurgência do contribuinte quanto aos percentuais das multas aplicadas, ressalto que nos termos do art. 167 do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade. Quanto à afirmação de que as multas são exorbitantes, constituindo-se em confisco e de que contrariam os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, esclareço que as multas sugeridas se adequam perfeitamente ao presente caso, estando previstas no art. 42, incisos I, alíneas “a” e “b”, e II, alínea “d” da Lei nº. 7.014/96, sendo, portanto, legal. Além disso, considerando que a exigência fiscal constante da autuação está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbro qualquer violação aos princípios mencionados, não existindo tampouco o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual.

Assim, rejeito o pedido de redução das multas, pois as penalidades indicadas tem previsão legal e esta instância administrativa não tem alçada para apreciar tal pedido, quando se refere a multa decorrente de obrigação principal, competência esta exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante os artigos 159 e 169, § 1º do RPAF/BA.

Observa-se que tanto no Auto de Infração quanto no Demonstrativo de Débito, o item 03 da Infração 02 consta como sendo base de cálculo o montante de R\$101.490,47, o valor histórico R\$17.253,38 e o valor em real R\$2.027,85, e o item 04 da Infração 03, registra-se a base de cálculo de R\$146.442,35, o valor histórico de R\$24.895,20 e o valor em real de R\$12.216,63, contudo, com base nos demonstrativos que fundamentaram a autuação, estão corretos os valores do ICMS especificados acima em real. Assim, devem ser considerados no item 03 da Infração 02 a base de cálculo de R\$11.928,53, o valor histórico R\$2.027,85 e mantido o valor em real de R\$2.027,85, e no item 04 da Infração 03, a base de cálculo de R\$71.862,53, o valor histórico de R\$12.216,63, e mantido o valor em real de R\$12.216,63. Permanece o valor total da autuação de R\$60.680,29, originariamente lançado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 294888.0006/08-3, lavrado contra **FRIGOSAM FRIOS E CONGELADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.890,29**, acrescido das multas de 50% sobre R\$49.391,90 e 60% sobre R\$10.498,39, previstas no art. 42, I, “a”, “b”, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$790,00**, previstas nos incisos XVIII, “b” e “c”, XX e XXII dos mencionados artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR