

**A. I. Nº** - 206851.0060/10-2  
**AUTUADO** - LACTOLEM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS AUGUSTO BARBOSA NOGUEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 05.05.2011

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0098-05/11**

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Comprovada a ocorrência da irregularidade apontada. Infração caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÃO DE SAÍDA SUBSEQUENTE ISENTA.** Deverá ser estornado ou anulado o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional às saídas isentas. Excluídos os valores incorretamente exigidos. Infração parcialmente elidida. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO.** Ocorre o fato gerador do imposto na entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo do próprio estabelecimento, sendo irrelevante, para caracterizar o fato gerador, a natureza jurídica da operação. Infração não elidida. **4. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Restou demonstrado que o contribuinte não lançou em seu livro Registro de Saídas as operações de forma correta, considerando na redução da base de cálculo a carga tributária no percentual efetivo de 12%. Infração subsistente. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COM DESTINO A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** O contribuinte praticou operações de saídas relativas ao produto iogurte, enquadrado no regime de substituição tributária, sem realizar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. Conforme disposto no art. 353, II do RICMS/BA, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo, o contribuinte alienante, neste Estado, de tais mercadorias, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de

nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.  
Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2010, lança crédito tributário no valor de R\$ 130.985,53, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Apurado conforme conta corrente fiscal do contribuinte e denuncia de débitos – Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal. Sendo lançado o valor de R\$ 79.593,29 e aplicada multa de 50%.

INFRAÇÃO 2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorrem com isenção do imposto. Apurado conforme Demonstrativo do Estorno do Crédito Fiscal – Anexo II - em razão das saídas isentas ou com redução da base de cálculo. Sendo lançado o valor de R\$ 23.369,49 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Apurado conforme Demonstrativo de Apuração da Diferença de Alíquota – Anexo III. Sendo lançado o valor de R\$ 11.791,27 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 4. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Apurado conforme Anexo IV, período 2007/2008. Operações com redução da base de cálculo previsto no artigo 87 – XXVIII do RICMS/BA. Sendo lançado o valor de R\$ 12.087,77 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 5. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Apurado conforme o anexo IV período 2007/2008, refere-se a operações com iogurte. Sendo lançado o valor de R\$ 4.143,71 e aplicada multa de 60%.

O Autuado apresenta defesa, às fls. 185 a 197, transcreve os termos das infrações, suscita preliminar de nulidade das infrações 3 e 4 por inobservância do inciso IV do art. 39 do RPAF, em razão de vício que lhe acarreta invalidade, destacando que o lançamento é atividade administrativa vinculada que exige do agente público a observância de todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas exigidas pela Lei.

Aduz que nos demonstrativos de débito não foram preenchidos requisitos formais previstos no RPAF, reproduz os trechos art. 39 do RICMS/97.

No tocante à infração 3, diz que o demonstrativo não aponta a alíquota interestadual incidente, e em vez de cobrar o diferencial sobre a base de cálculo, lança o imposto com alíquota interna de 17%. Pede que seja feito o demonstrativo de débito para apontar, tão somente, o diferencial de alíquota cobrado, que o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações internas no Estado da Bahia e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Em relação à infração 4, diz que o autuante aponta a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXVIII, do RICMS/BA, descreve os produtos com códigos NCM nº 0403, 0404, 0405.10.00 e 0406.

Aduz que facilmente se constata que, em relação à infração 3 o demonstrativo de débito não discrimina separadamente cada fato, (alíquota interestadual –alíquota interna – diferencial a ser recolhido).

Aduz que, em relação à infração 4, não se sabe, com clareza, qual a infração cometida, já que a descrição dos fatos e os dispositivos ditos infringidos com a indicação do art 24 do RICMS/97 que trata de isenção, não apontam qual a condição estabelecida e descumprida pelo autuado ao ponto de não fazer jus ao benefício da redução da base de cálculo dos produtos por ele comercializados. Requer, que seja acolhida a preliminar arguida, e que se declarem nulas as infrações 3 e 4.

No mérito aduz que a infração 01 decorre de falhas nos registros dos seus livros contábeis e fiscais não se caracterizando como ausência do recolhimento do imposto. Salienta que se retificados os equívocos cometidos, se constata que não houve falta de recolhimento do ICMS decorrente de operações escrituradas. Informa que o demonstrativo de débito não observou que as operações realizadas e escrituradas gozam do benefício da redução da base de cálculo não observado pelo autuante, já que cobra o ICMS sob o valor integral das operações.

Sustenta que a infração é improcedente, caso não seja este o entendimento do julgamento, requer seja determinada a retificação do demonstrativo de débito, a fim de que se observe o benefício de redução de base de cálculo a que faz jus.

Argumenta que a infração 2 é improcedente porque o autuante fundamenta a ocorrência da suposta infração na utilização de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias utilizadas no processo de industrialização, quando a operação subsequente era isenta do ICMS.

Diz que, somente parte das operações de saída gozavam do benefício da isenção, pois grande parte dos derivados de leite produzidos não eram isentos do ICMS, por isso, o autuante jamais poderia partir desta premissa para vedar o aproveitamento dos créditos das operações antecedentes de aquisição de produtos que foram consumidos no processo de produção, sob pena de violar o princípio da não-cumulatividade do ICMS. Transcreve o art. 155, § 2º, I, da CF para defender sua tese.

Aduz que o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS foi regulamentado pela Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 19, que reproduz. Discorrendo sobre o tema traz lições de José Eduardo Soraes de Melo, Ataliba, Cleber Giardino e Rogério Pires da Silva.

Entende que as únicas hipóteses em que se vedará a utilização do crédito fiscal de ICMS serão quando a operação anterior gozar dos benefícios de isenção ou não-incidência, logo, a operação de entrada das mercadorias consumidas no processo produtivo faz surgir o direito ao crédito do ICMS, em conformidade com o disposto no art. 93, I, alíneas “a” e “c” do RICMS/97, que reproduz, porque grande parte das operações subsequentes são tributadas, não gozam do benefício da isenção. Pede a improcedência da Infração 2.

Em relação à Infração 3 pede que, caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, pugna pela procedência parcial da mencionada infração, que seja refeito o demonstrativo de débito utilizando-se, tão-somente, o diferencial de alíquota cobrado que é o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações internas no Estado da Bahia e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem, conforme disciplina o art. 69 do RICMS/97.

Quanto à Infração 4, aduz que as mercadorias que comercializa se enquadram nos produtos discriminados no art. 87, inciso XXVIII, do RICMS/97, fazendo jus à redução da base de cálculo adotada. Conclui que possui o direito ao benefício de redução de base de cálculo da norma. Pede que seja julgada improcedente a infração 04.

No que se refere à Infração 5, informa que o ICMS apenas não foi antecipado, mas não quer dizer que não foi recolhido pelo adquirente da mercadoria quando procedeu à venda ao consumidor final.

Aduz que quando realizadas as vendas ao consumidor final o imposto foi devidamente recolhido, e como não foi retido pelo substituto (autuado), o crédito fiscal não foi objeto de compensação por parte do adquirente quando da venda para o consumidor final.

Destaca que não efetuar a antecipação do ICMS não equivale a não pagar o imposto devido, mas tão-somente deixar de antecipar o ICMS que posteriormente foi recolhido corretamente pelo consumidor final.

Entende que só caberia aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória sobre o ICMS não antecipado, e não a cobrança do ICMS devido na operação sob alíquota de 17%, como fez o autuante, já que o ICMS devido na operação subsequente de saída (interna) foi devidamente recolhido. Requer que seja julgada improcedente a infração 05.

Conclui, pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 210 a 214, transcreve as alegações defensivas, diz que é desprovido de fundamentação o pedido de nulidade das infrações 3 e 4, pois o PAF atende às exigências do RPAF/BA, frisa que tanto em relação aos demonstrativos como as respectivas infrações estabelecem claramente o ocorrido, com base na fundamentação legal apontada.

Ressalta que o demonstrativo - Anexo III, de apuração da diferença de alíquota, contém por operação todas as informações necessárias que identificam o valor da diferença de alíquota por operação e período mensal, constam na identificação da nota fiscal de entrada registrada no seu livro de entrada todos os requisitos tais como: data da entrada, documento, serie, numero, CNPJ do emitente, unidade da federação de origem, valor contábil, valor da base de cálculo, CFOP, e o valor apurado da diferença da alíquota, esclarece a metodologia de apuração.

Salienta que o demonstrativo observa todas as informações necessárias para calcular o valor apurado da diferença de alíquota, cujo cálculo considera as alíquotas internas e de origem na operação. Diz que o somatório do valor apurado da diferença de alíquota no período é deduzido do valor lançado no livro fiscal próprio, resultando no valor devido e não recolhido, objeto da infração 3.

Quanto à Infração 4, frisa que o demonstrativo - Anexo IV, apresenta de forma clara que o contribuinte utilizou de maneira equivocada a redução da base de cálculo, prevista no art. 87, inciso XXVIII, do RICMS/BA, conforme o próprio contribuinte em sua defesa observa. Destaca que o não-cumprimento do contribuinte quanto ao dispositivo indicado é que o mesmo não lançou em seu livro de Registro de Saídas as operações de forma correta, com a redução da base de cálculo prevista no RICMS/97, que imputa uma carga tributária de 12% do ICMS devido nas operações apontadas no demonstrativo.

Assevera que o demonstrativo citado, Anexo IV, informa operações por operações a identificação do documento fiscal de saídas, tais como: data, UF de destino, valor contábil, CFOP, o valor da base de cálculo e ICMS devido lançado no livro de Registro de Saídas, a apuração do débito fiscal devido na operação com carga tributária de 12% prevista na legislação em razão da redução da base de cálculo, e a diferença do débito fiscal resultante, que deduz o valor lançado em seu livro fiscal de saídas, apurado por período mensal cobrado na infração.

Pelo exposto, garante que não existe nenhum descumprimento formal ou de informação que dificultasse a compreensão e entendimento das infrações 3 e 4.

No mérito, revela que, no caso da Infração 1, a argumentação do autuado não fornece nenhuma informação que possa modificar tal infração, que é embasada no Anexo I, Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal, baseada nos livros fiscais próprios do contribuinte, na apuração mensal informada em seu livro de Apuração do ICMS, cujas cópias estão anexadas ao PAF. Acrescenta que foram considerados os pagamentos e denúncias de débito junto à SEFAZ, resultando no demonstrativo dos saldos do ICMS nos períodos (negativos) apurados e não recolhidos, devidos e exigidos na infração.

No que se refere à Infração 2, esclarece que o demonstrativo - Anexo II – Estorno do Crédito Fiscal, em razão das saídas isentas ou não tributadas, por período mensal de apuração, apresenta os dados para entendimento dos cálculos do ICMS devido apurado. Explica que os créditos fiscais registrados nos livros do autuado, na coluna Crédito, onde se destaca o crédito fiscal do período, na coluna Débito é informada a base de cálculo e o correspondente percentual em relação ao valor contábil. Diz que é consignado na coluna estorno de crédito fiscal, em razão das saídas isentas e não tributadas, o percentual do estorno do crédito fiscal resultante da dedução do percentual das saídas tributadas dos cem por cento das operações de saídas, assim, o valor do crédito fiscal para estornar corresponde ao percentual referente às saídas isentas e com redução da base de cálculo, sobre o total de crédito registrado no período.

Esclarece ainda que, na análise dessa infração, verifica que, em razão da Infração 04 – apuração da base de cálculo correta em operações sujeitas à redução da base de cálculo, essa infração apurou uma diferença de ICMS devido, conforme Anexo IV, essa diferença corresponde a uma base de cálculo que deveria ter sido acrescida com a base de cálculo oferecida para tributação nos livros fiscais próprios que consta no demonstrativo anexo II, para efeito do cálculo do percentual das saídas isentas e não tributadas, que corresponde ao percentual usado para cálculo do estorno devido. Aduz que, por este motivo, está alterando o Demonstrativo Anexo II que junta a essa informação fiscal, para apuração correta do cálculo do valor do ICMS a ser estornado, cobrado nesta infração 2.

Quanto à infração 3, informa que o demonstrativo - Anexo III, que apura a diferença de alíquota devida, está correto, porque registra o valor exigido, considerando as alíquotas internas e de origem da operação, conforme valor apurado na coluna diferença de alíquota – valor apurado.

Aduz que, assim, comprova que não procedem aos argumentos da defesa. Mantém a infração.

Em relação à infração 04, enfatiza que está correta a utilização da redução da base de cálculo, conforme registra o contribuinte em sua petição. Pontua que a irregularidade consiste no fato de o autuado não oferecer à tributação base de cálculo correta determinada na legislação, as operações sujeitas a essa redução com exigência de carga tributária de 12%. Diz que o demonstrativo - Anexo IV comprova o não-cumprimento pelo autuado, lançando em seus livros fiscais a base de cálculo e ICMS devido, menor do que estabelece a legislação. Garante que o demonstrativo apura as operações sujeitas à redução da base de cálculo com 12% de carga tributária, conforme a coluna débito da apuração do débito fiscal, cobrando a diferença lançada a menor em seu livro de Registro de Saídas. Por esse motivo, nada tem que ser alterado na cobrança dessa infração 4.

Em referência à Infração 5, salienta que o demonstrativo Anexo IV – Apuração do ICMS devido por substituição tributária foi elaborado obedecendo à legislação citada na infração. Enfatiza que o autuado é responsável por substituição para antecipar e recolher o ICMS devido, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste estado. Informa que se trata de exigência relativa a iogurte e similar, enquadrados na substituição tributária. Pontua que as vendas foram realizadas para contribuintes e o valor do ICMS da operação resulta da aplicação da MVA de 40%, considerando os créditos e débitos fiscais previstos na legislação, conforme valores apurados na coluna substituição tributária. Salienta que não cabe assim considerar as argumentações apresentadas pela defesa.

Conclui, confirmando todas as Infrações, com exceção da Infração 2.

## VOTO

Inicialmente, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo de cerceamento do direito de defesa relativo à Infração 3 e, por indeterminação da infração atinente à Imputação 4. O autuante juntou demonstrativo de débito às fls.05 a 09, discriminando, em relação a cada fato, os elementos elencados no inciso IV do art. 39 do RPAF/99. Elaborou também,

planilhas demonstrando o critério adotado na apuração do montante exigido, às fls. 15 a 28, e o contribuinte não indicou especificamente as falhas que alegou existirem. De outro lado, a descrição das infrações e o seu enquadramento condizem com os fatos apurados nos autos.

No caso da Infração 3, por exemplo, as planilhas às fls. 15 a 20 indicam os estados de origem que serviram como referência ao estabelecer o percentual da diferença de alíquota encontrada e o total do débito levantado.

Em relação à alegação de que na Infração 4 não se sabe com clareza qual a infração cometida, saliento que tal arguição no presente caso não faz qualquer sentido, posto que da análise nas peças dos autos, verifiquei que os demonstrativos às fls. 21 a 28 indicaram que a imputação se deu em razão do contribuinte não ter calculado a redução da base de cálculo de forma correta no período apurado em 2007 e 2008, resultando na apuração do ICMS menor que o devido. Quanto à arguição de que no enquadramento o autuante indicou o art. 24 do RICMS/97 que trata de isenção, saliento que a consignação do referido artigo não implica nulidade da infração, posto que houve também a indicação correta dos dispositivos regulamentares infringidos, e pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal da imputação.

Restou demonstrado, consoante demonstrativos mencionados acima, anexos ao PAF, que não existe qualquer descumprimento formal ou de informação que pudesse cercear o direito de defesa e do contraditório do contribuinte e que não demonstrasse com segurança a infração.

Não constam nos autos quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos II e IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, o Auto de Infração contempla cinco infrações, relativas ao ICMS quais sejam: 1. falta de recolhimento nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; 2. deixou de efetuar estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorrem com isenção do imposto; 3. falta de recolhimento decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento; 4. recolhimento a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo; 5. deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Conforme relatado, o sujeito passivo impugnou o lançamento, no caso da infração 01, alegando que a infração decorreu de falhas nos registros dos livros contábeis e fiscais, aduziu que se retificados os equívocos cometidos, se constataria que não houve falta de recolhimento do imposto decorrente de operações escrituradas. Alegou ainda que o demonstrativo de débito não observou que as operações realizadas e escrituradas gozam do benefício da redução da base de cálculo.

Analisando as peças processuais, verifico que está correto o procedimento fiscal, a autuação está embasada no Anexo I do PAF, à fl.13, cujos dados, consoante demonstrado pelo autuante, foram extraídos dos livros fiscais do contribuinte, que espelham com segurança a conta corrente fiscal do sujeito passivo.

Ressalto, que o contribuinte não carrou aos autos provas dos equívocos da imputação, alegados em sua peça de defesa, que estava obrigado a fazê-lo. Assim, deve ser considerada procedente a infração.

Quanto à infração 2, o contribuinte argumentou que somente parte das operações de saída gozavam do benefício da isenção, porque grande parte dos derivados de leite produzidos não eram isentos do ICMS. Pede, por este motivo, que seja considerado o crédito fiscal proporcional às operações de saídas tributadas.

O autuante reconheceu e retificou as falhas apontadas pelo contribuinte, elaborou demonstrativo, à fl. 215, com os novos cálculos do percentual dos créditos remanescentes, proporcionais às saídas isentas e não tributadas, corrigiu o lançamento realizado a mais, com base no Anexo II, à fl. 14 e reduziu o total lançado originalmente de R\$ 23.369,49 para R\$ 22.039,94. O sujeito passivo intimado para receber cópia da nova planilha e para tomar conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, não se manifestou.

Portanto, à luz dos elementos mencionados acima, coaduno com a revisão desta infração e com a redução do valor lançado, ficando a Infração 2 parcialmente procedente, assim demonstrada:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO - 02					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
01-mai-07	09/06/2007	2.226,18	17,00	60	378,45
junho-07	09/07/2007	118,24	17,00	60	20,10
julho-07	09/08/2007	759,06	17,00	60	129,04
agosto-07	09/09/2007	126,12	17,00	60	21,44
setembro-07	09/10/2007	3.950,42	17,00	60	671,57
outubro-07	09/11/2007	10.027,65	17,00	60	1.704,70
novembro-07	09/12/2007	8.257,71	17,00	60	1.403,81
dezembro-07	09/01/2008	4.825,18	17,00	60	820,28
janeiro-08	09/02/2008	4.458,42	17,00	60	757,93
fevereiro-08	09/03/2008	464,30	17,00	60	78,93
março-08	09/04/2008	1.409,71	17,00	60	239,65
abril-08	09/05/2008	14.733,95	17,00	60	2.504,77
maio-08	09/06/2008	11.377,36	17,00	60	1.934,15
junho-08	09/07/2008	17.771,48	17,00	60	3.021,15
julho-08	09/08/2008	10.065,59	17,00	60	1.711,15
agosto-08	09/09/2008	5.482,06	17,00	60	931,95
setembro-08	09/10/2008	9.667,89	17,00	60	1.643,54
outubro-08	09/11/2008	10.397,42	17,00	60	1.767,56
novembro-08	09/12/2008	3.701,48	17,00	60	629,25
dezembro-08	09/01/2009	9.826,59	17,00	60	1.670,52
Total					22.039,94

Em relação à Infração 3, verifica-se que os valores apurados no demonstrativo elaborado pelo autuante, estão corretos. Consoante esclareceu a fiscalização, os valores lançados decorreram de levantamento realizado a partir dos livros e documentos fiscais do contribuinte, demonstrados no Anexo III, às fls. 15 a 20. Os cálculos para a apuração da diferença lançada foram realizados obedecendo às regras contidas no art. 69 do RICMS/97.

Ressalte-se que é devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Não existe reparo a fazer no demonstrativo que embasou o procedimento fiscal. Portanto, fica mantida no seu total a infração.

No que se refere à Infração 4, verifica-se que não fora negado ao contribuinte direito à redução da base de cálculo objeto da autuação. Consoante informação prestada e demonstrativo elaborado pelo autuante, o lançamento do crédito tributário se deu em razão de o contribuinte ter utilizado de maneira equivocada a redução da base de cálculo, prevista no art. 87, inciso XXVIII, do RICMS/Ba. Restou demonstrado nos autos que o contribuinte não lançou em seu livro de Registro de Saídas as operações de forma correta, considerando na redução da base de cálculo a carga tributária no percentual efetivo de 12%. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer levantamento ou demonstrativo que possibilitasse a modificação da imputação. Infração subsistente.

Relativamente à Infração 05, o contribuinte praticou operações de saídas relativas a iogurte enquadrado no regime de substituição tributária. Conforme disposto no art. 353, II do RICMS/BA, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo, o contribuinte alienante, neste Estado, de tais mercadorias, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado.

O sujeito passivo não negou a imputação, reconheceu que o imposto não foi antecipado e afirmou que o mesmo fora recolhido quando da realização da operação subsequente de saída para consumidor final, entretanto, não foram oferecidas provas capazes de demonstrar esses fatos alegados.

Ressalto que, conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA – Decreto nº 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. A falta de apresentação de documento para comprovar o fato alegado, à luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **206851.0060/10-2**, lavrado contra **LACTOLEM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$129.655,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$79.593,29 e 60% R\$50.062,69, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a”, “e” e “f”, e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ILDEMAR JOSE LANDIN - JULGADOR