

**A. I. Nº** - 207097.0007/10-0  
**AUTUADO** - FRANGOS & PEIXES COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTÔNIO MENDONÇA SOUSA BRITO  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 25.05.2011

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/11

**EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fatos não contestados. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Recolhimento a menos. Fato não contestado. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida mediante comprovação de cumprimento da obrigação tributária antes do início da ação fiscal. Não acolhido o pedido de nulidade da autuação, de diligência fiscal, de confiscabilidade ou redução das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/12/2010, para exigência de ICMS no valor de R\$24.251,03, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$21.769,60, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a março, julho e dezembro de 2008, fevereiro, agosto, setembro e novembro de 2009, conforme documentos às fls. 15 e 29. Em complemento consta: *“O contribuinte deixou de recolher ou fez a menor do ICMS NORMAL, nos períodos de 2008 e 2009, demonstrados através de papéis de trabalho, anexo a este processo e nos montantes abaixo relacionados.....”*

Mês/Ano	Icms Devido	Icms Pago DAE	Icms Den.Esp.	Icms Reclamado
janeiro-08	5.246,31	-	2.620,69	2.625,62
fevereiro-08	1.814,22	-	-	1.814,22
março-08	9.555,94	-	2.986,73	6.569,21
julho-08	5.671,74	-	4.593,01	1.078,73
dezembro-08	6.909,90	5.728,97	-	1.180,93
fevereiro-09	3.334,97	437,55	-	2.897,42
agosto-09	7.558,41	6.820,46	-	737,95
setembro-09	5.909,37	4.714,54	-	1.194,83
novembro-09	9.737,14	6.066,45	-	3.670,69

2. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 1.447,88, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no mês fevereiro de 2008, conforme demonstrativos à fl. 62 Em complemento consta: *Referente às notas fiscais do mês de fevereiro de 2008, são elas: nf n. 32.72; nf n.13025; nf n. 32982; nf*

*n.13.360, no montante de ICMS devido R\$ 5.827,76., menos o Icms recolhido, conforme DAE R\$ 4.379,88, restando um saldo de ICMS A RECLAMAR R\$ 1.447,88.*

3. Deixou de recolher o ICMS retido no valor de R\$ 1.033,55, 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 março de 2008, conforme demonstrativo à fl. 70. Em complemento consta: *“O contribuinte nos meses de janeiro a março de 2008, conforme papéis de trabalho anexo a este processo, procedeu a retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as vendas realizadas, nas operações internas, não efetuando recolhimento ou fazendo a menor referente ao referido ICMS, conforme demonstrado abaixo.”*

Mês/Ano	NF nº	VI.Subst.Int.	VI.Recolhido	ICMS Reclamado
jan/08	26717 a 27180	815,71	535,27	280,44
fev/08	26912 a 27822	714,06	-	714,06
mar/08	27422 a 28571	1.110,58	1.071,53	39,05

O autuado, através de advogado legalmente constituído, destacou a tempestividade de sua defesa às fls.549 a 560, transcreveu as infrações e o enquadramento legal, e impugnou o auto de infração com base nos seguintes fundamentos de fato e de direito.

Com base no artigo 151, inciso III, do CTN, suscitou a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa pelo descumprimento da obrigação principal, em face da interposição da sua defesa administrativa.

Em seguida, argüiu a nulidade das notificações, sob o argumento de que o demonstrativo elaborado pela fiscalização deveria relacionar todas as notas fiscais nele inseridas, com o fito de mostrar que a legislação tributária preconiza que deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados como infringidos e capitular a penalidade, de modo a assegurar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Alega que a autuação não observou que os valores apurados no trabalho fiscal foram pagos nos meses de 09/02/2008 e 09/03/2008, conforme consultas de pagamentos anexadas às fls.581 e 582, e que isto corrobora sua alegação de iliquidez e incerteza do auto de infração, indo de encontro com o disposto no artigo 142 do CTN. Citou a jurisprudência nesse sentido publicada na Revista de Estudos Tributários.

No mérito, em atenção ao princípio da eventualidade, o defendente protestou sobre as multas e os juros, dizendo que, apesar de não ter recolhido tempestivamente o ICMS, realizou o pagamento com multa e juros, invocando o artigo 150, inciso IV, da CF/88, para sustentar que a aplicação de tais acréscimos se caracteriza em confisco. Dizendo que não há a caracterização de dolo ou intenção de lesar o Estado, pede a redução das multas com fulcro nos artigos 7º e 8º da Lei nº 7.014/96.

Ao final, requer:

1. O reconhecimento de que não foram entregues os demonstrativos para que pudesse exercer o seu direito de defesa.
2. A nulidade da autuação por carecer de certeza e segurança em razão do levantamento fiscal deficiente em relação às infrações 01 a 03, ou caso contrário, suas improcedências.
3. O reconhecimento da inexistência de elemento probatório das notas fiscais eletrônicas utilizadas pelos autuantes, a exemplo de cópias de notas fiscais.
4. O reconhecimento do caráter confiscatório das multas aplicadas.
5. A inaplicabilidade das multas moratórias, e da Taxa SELIC, para correção de débitos tributários.

6. Seja determinada revisão fiscal com perícia e diligência para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura do lançamento de ofício, e a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhais e a juntada de novos documentos.

Na informação fiscal às fls.572 e 573, o autuante esclarece que o procedimento fiscal teve início através do termo de intimação fiscal e do termo de início de fiscalização, lavrados em 07.10.2010 (docs.fls.06 e 07), e em atendimento a Ordem de Serviço nº 512.904/10, emitida pela Inspetoria de Alagoinhas.

Diz que o autuado foi intimado para que comprovasse diversos lançamentos, conforme Intimações complementares, datadas de 29/10/2010 e 17/11/2010, entretanto não conseguiu realizar todas as comprovações, restando algumas que originaram o auto de infração objeto do presente PAF.

Aduz que das três infrações reclamadas o autuado reconheceu as infrações 01 e 02 e parte da 03, totalizando esse reconhecimento em R\$23.256,53, conforme pedido de parcelamento (doc.fl.570), ficando sem reconhecimento, tão somente os valores R\$ 280,44 e R\$ 714,06, tendo em vista ter apresentado cópia dos referidos pagamentos efetuados na data devida (docs.fls.581 e 582).

Quanto ao mérito da multa e juros, deixou de fazer quaisquer pronunciamentos por julgar incompetente.

Conclui pela procedência parcial do auto de infração.

Constam às fls.575 a 577, relatórios extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente ao pagamento do débito no montante de R\$23.256,53.

#### **VOTO**

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/997, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos documentos constantes às fls.07 a 553.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, intimações e cópias dos livros fiscais, constantes nos autos, são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada na defesa, no sentido de incerteza dos levantamentos realizados pela fiscalização, em razão do levantamento fiscal deficiente em relação às infrações 01 a 03, verifico que esta alegação se confunde com o mérito da autuação. Se correta ou não a exigência, isto será motivo de apreciação quando do mérito, inclusive sobre a alegada inexistência de elemento probatório das notas fiscais eletrônicas utilizadas pelos autuantes, a exemplo de cópias de notas fiscais.

Quanto a preliminar relativa a alegação do autuado de que não foram entregues os demonstrativos para que pudesse exercer o seu direito de defesa, verifico que nos autos constam nos levantamentos às fls. 15, 29, 62 e 70, a assinatura do preposto do contribuinte, do que se conclui que recebeu cópias dos citados documentos.

Relativamente ao pedido para reconhecimento da inexistência de elemento probatório das notas fiscais eletrônicas utilizadas pelos autuantes, a exemplo de cópias de notas fiscais, deixo de acolher, pois os levantamentos fiscais foram feitos com base na documentação apresentada pela empresa, nos quais, encontram-se discriminados a origem dos valores, cujas cópias dos referidos documentos estão de posse do próprio autuado.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidades requeridas nas razões de defesa, por não encontrarem amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, constato que das três infrações descritas no auto de infração, não existe lide quanto às infrações 01 e 02, haja vista que o autuado recolheu, através de parcelamento, o débito inerentes a tais infrações, conforme extrato de pagamento do SIDAT à fl.577.

Quanto à infração 03, o valor de R\$39,05, foi devidamente reconhecido mediante pagamento por meio de parcelamento consoante consta no Relatório Débito do PAF à fl.577.

No tocante aos débitos nos valores de R\$280,44 e R\$714,06, com datas de ocorrências 31/01/2009 e 28/02/2008, respectivamente, o patrono do autuado logrou êxito na comprovação, através dos DAEs às fls. 581 e 582, que tais valores já haviam sido recolhidos antes da ação fiscal, inclusive o autuante examinou tais comprovantes de recolhimentos e também concordou com a improcedência destes valores. Diante disso, a infração é parcialmente subsistente.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento das multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, I, “a”, II “d”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99. No caso das multas por descumprimento de obrigação acessória, o pleito do contribuinte para cancelamento ou redução não encontra amparo no § 7º do art.42, da lei citada.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa aplicada, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista nos citados dispositivos legais, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência requerido pelo patrono do autuado, considero desnecessária, uma vez que a parte impugnada por reconhecida pelo autuante com indevida, não havendo necessidade de tal medida, razão porque o indefiro com base no artigo 147 do RPAF/99.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$23.256,53, devendo ser homologado o valor recolhido pelo autuado através do processo de parcelamento citado no Relatório Débito do PAF à fl.576, ficando o demonstrativo de débito modificado conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO  
DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/01/2008	09/02/2008	15.444,82	17	60	2.625,62	1
28/02/2008	09/03/2008	10.671,88	17	60	1.814,22	1
31/03/2008	09/04/2008	38.642,41	17	60	6.569,21	1
31/07/2008	09/08/2008	6.345,47	17	60	1.078,73	1
31/12/2008	09/01/2009	6.946,65	17	60	1.180,93	1

28/02/2009	09/03/2009	17.043,65	17	60	2.897,42	1
31/08/2009	09/09/2009	4.340,88	17	60	737,95	1
30/09/2009	09/10/2009	7.028,41	17	60	1.194,83	1
30/11/2009	09/12/2009	21.592,29	17	60	3.670,69	1
28/02/2008	09/03/2008	8.516,94	17	60	1.447,88	2
31/03/2008	09/04/2008	229,71	17	150	39,05	3
TOTAL					23.256,53	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207097.0007/10-0**, lavrado contra **FRANGOS & PEIXES COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.256,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.769,60, 50% sobre R\$1.447,88 e de 150% sobre R\$39,05, previstas no artigo 42, “I, “a” “II, “d” “V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado desta decisão e os autos encaminhados à INFAZ de origem para fim de homologação do pagamento e arquivamento do processo devendo ser homologado o valor recolhido pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR