

A. I. Nº - 207160.0001/05-9  
AUTUADO - FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA  
ORIGEM - IFEP METRO  
INTERNET -07. 02. 2013

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0019-01/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E OS LIVROS CONTÁBEIS (DIÁRIO). FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que os valores das receitas registradas no livro Diário do autuado eram superiores aos valores escriturados no livro RAICMS, caracterizando omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Infração subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (ÁGUA MINERAL). a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RETIDO. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. A mercadoria objeto da autuação está enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação. O art. 353 do RICMS/97 atribui ao autuado a obrigação de reter o imposto nas operações realizadas com mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando produzidas por seu estabelecimento. Não foi observado pelo autuado, no cálculo do imposto devido por substituição, a disposição do RICMS/97. Reduzido o valor do débito. Infrações 03 e 04 parcialmente subsistentes. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração reconhecida. Não acolhida a arguição de nulidade do lançamento de ofício. Rejeitada a decadência arguida. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2005, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$233.673,66, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, março, maio a novembro de 2000, janeiro a agosto de 2001, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.240,80, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere a divergência apurada através do comparativo entre as receitas registradas nos livros contábeis e o livro RAICMS, sendo que o último consignou menor valor. Os demonstrativos deste

débito se encontram evidenciados nos Anexos 1 e 1.1 (fls. 10 e 11) e comprovados nas cópias dos livros Diário, Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saídas (fls.12 a 79);

2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro a março de 2001, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$27.107,91;

3. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2000, janeiro a agosto de 2001, sendo exigido ICMS no valor de R\$134.137,64, acrescido da multa de 60%. Consta de se tratar de fato decorrente da divergência entre o valor do ICMS a reter correto e o que efetivamente fora retido (Anexos 3,3.1 4 e 4.1, fls. 84 a 216)evidenciado na coluna diferença a reter.Consta, ainda, que os comprovantes estão insertos às fls. 218 a 220;

4. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a outubro de 2000, janeiro, fevereiro, julho e agosto de 2001, sendo exigido ICMS no valor de R\$56.432,99, acrescido da multa de 150%. Constar se referir a fato decorrente da divergência entre o valor retido pela empresa e o efetivamente recolhido (Anexo 3, 3.1, 4, 4.1, fls. 84 a 216) evidenciado na coluna diferença a recolher, estando os comprovantes dos recolhimentos insertos às fls. 218 a 220. Consta,ainda, se tratar de água mineral.

5. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro de 2000, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.754,32, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 232 a 240), argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, por ausência de fundamentação legal.

Invoca o art. 150, inciso I, da Constituição Federal; lição de James Marins; bem como o art.129 do Código Tributário Nacional - CTN e o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, cujos textos reproduz, para sustentar que diante destes, constata-se a indubitável nulidade da autuação, em razão de sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, restando demonstrada a absoluta ausência de menção aos dispositivos legais, o que lhe impossibilita a plena verificação em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia aos eventos descritos. Acrescenta que verdadeiramente há apenas a indicação de dispositivos regulamentares e do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Ressalta que tal menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o Auto de Infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos. Diz que a indicação expressa do art. 42 e incisos, da Lei nº 7.014/96, é totalmente despicienda, pois se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há corolário lógico, de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Conclui afirmando que restou demonstrado, portanto, a nulidade do Auto de Infração, em face de ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente aplicáveis aos fatos descritos na autuação.

Prosseguindo, reporta-se sobre a infração 01, afirmando que se não bastasse a nulidade total do Auto de Infração, conforme aduzido acima, constata-se a nulidade específica da infração 01, em virtude da incompatibilidade entre a hipótese normativa veiculada pelos preceptivos regulamentares indicados e o fato indicado pelo autuante.

Observa que foi indicado como fundamento da aludida exigência o art. 60, inciso I, do RICMS, que trata de situação absolutamente diversa daquela descrita no Auto de Infração.

Salienta que o referido art. 60, I, do RICMS, disciplina a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em conta eventual saldo credor de caixa, situação, evidentemente, diversa daquela descrita na autuação.

Afirma que indubitavelmente é nula a infração 01, em razão do equivocado enquadramento regulamentar.

No que tange à infração 02, diz que se refere a inadimplemento de obrigação acessória, não decorrente de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, inclusive que não ensejou em falta de recolhimento de tributo, conforme resta devidamente comprovado, sendo aplicável ao caso a norma veiculada pelo art. 158 do RPAF/99, cuja transcrição apresenta.

Quanto às infrações 03 e 04, aponta a ausência de indicação, respectivamente, nos Anexos 3 e 4 (resumo mensal da substituição tributária) dos valores históricos relativos a créditos tributários do período entre novembro de 2000 a junho de 2001 (relativos à infração 04), ensejando, por consequência, a induvidosa nulidade das aludidas infrações quanto ao período injustificadamente omitidos nos resumos mensais da substituição tributária.

Assevera que parte das operações acobertadas pelas notas fiscais indicadas pelo autuante não se submete ao regime de substituição tributária, tendo em conta o seu enquadramento às hipóteses previstas pelo art. 355 do RICMS/BA, cujo texto reproduz.

Sustenta que dessa forma às infrações 03 e 04 são insubstinentes.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Quanto à infração 02, pede que seja reduzida ou cancelada. Requer, ainda, a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada de documentos, bem como a realização de diligência e de perícia.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 264 a 267), rechaçando a argumentação defensiva atinente à nulidade do lançamento de ofício, sustentando que as infrações apontadas no Auto de Infração estão enquadradas de acordo com a legislação vigente, exceto parte da infração 01, que diz ser passível de retificação, conforme passa a explanar.

Diz que no enquadramento legal foi indicado o art. 2º, contudo, o parágrafo citado não condiz realmente com a autuação. Já o art. 60, que trata da base de cálculo, também não está em desacordo com a infração cometida, por se tratarem de irregularidades constatadas através das situações que enumera.

Salienta que estes dispositivos regulamentares deverão ser retificados de acordo com o art. 18, §1º, do RPAF, passando o enquadramento para os artigos 2º. Inciso I, 50, 56, inciso I, 124, 323 e 331.

Quanto à infração 02, consigna que o autuado não apresentou os arquivos magnéticos no prazo regulamentar, sendo que, ao ser intimado para fazê-lo, em reiteradas vezes (fls. 81 a 83), não o fez, razão pela qual ficou sujeito à aplicação da penalidade apontada. Acrescenta que não há procedência quanto a tentativa do autuado em buscar amparo no art. 158 do RPAF.

Relativamente às infrações 03 e 04, esclarece que o fato de alguns meses não terem sido mencionados nos demonstrativos “RESUMO MENSAL DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” decorreu de nesses períodos não ter havido irregularidade.

Contesta o argumento defensivo de que parte das operações acobertadas pelas notas fiscais indicadas na autuação não estão submetidas ao regime de substituição tributária, afirmando que o art. 355, do RICMS/BA, se reporta a filiais e no caso de transferências de mercadorias, situação na qual o imposto fica por conta do destinatário. Acrescenta que no caso em discussão o autuado realizou vendas para empresas que não eram suas filiais, conforme demonstrativo, cujos dados foram extraídos dos seus arquivos magnéticos, conforme Anexo único da Informação Fiscal.

Assinala que um dos fatores definitivo para identificar se uma empresa é filial, é o número do CNPJ base, podendo se constatar no demonstrativo “ANEXO ÚNICO DA INFORMAÇÃO FISCAL” que as operações efetuadas foram de vendas a empresas que não são filiais do autuado.

Conclui consignando que seja corrigido o dispositivo regulamentar aplicado na fl. 02, no que tange à infração 01, opinando pela procedência do Auto de Infração.

Cientificado sobre a informação fiscal (fl. 349), o autuado se manifestou (fls. 351 a 354), ratificando todos os argumentos apresentados na defesa inicial.

No que tange à infração 02, repete toda a argumentação.

Quanto às infrações 03 e 04, repete a argumentação apresentada, acrescentando que as hipóteses previstas pelo artigo 355, do RICMS/BA, não se restringem apenas a transferências para estabelecimentos filiais, conforme aduzido pelo autuante, o que evidencia o equívoco de utilizar-se o “fator do número base do CNPJ base” dos destinatários das mercadorias, revelando, destarte, a inocuidade do demonstrativo anexo à informação fiscal.

Afirma que dentre as operações inicialmente indicadas no Auto de Infração, há várias em que as mercadorias são destinadas a outros contribuintes aos quais a legislação atribui a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes, o que elide a sua responsabilidade por substituição tributária.

Conclui reiterando o requerimento de nulidade do Auto de Infração ou, sua improcedência, e quanto à infração seja reduzida ou cancelada a multa indicada, com base no art. 158 do RPAF/99.

A 1<sup>a</sup> JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência a IFEP/METRO (fl. 358), a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal, para que adotasse as seguintes providências: 1. Relacionasse, em separado, as notas fiscais em que não houve retenção, indicadas às fls. 85 a 216; 2. Intimasse o autuado a apresentar cópias das notas fiscais relacionadas no novo demonstrativo elaborado conforme o item anterior, entregando-lhe no ato da intimação e mediante recibo, cópia do mencionado demonstrativo (item 1), concedendo-lhe o prazo de 10 dias para atendimento; 3. Após, o diligente de posse dos documentos fiscais solicitados, deveria apresentar novo demonstrativo de débito, excluindo, se fosse o caso, as operações nas quais o autuado não estava obrigado a fazer a retenção, conforme alegara.

O Auditor Fiscal designado se pronunciou (fl. 362), consignando que após recebimento das notas fiscais do autuado, fora elaborado demonstrativo. Anexo 02, acrescentando o número do CNPJ dos destinatários das mercadorias, no intuito de identificar possíveis operações não sujeitas ao regime de substituição tributária.

Salienta que da análise do Anexo 02 com os respectivos CNPJs dos destinatários, foi elaborado novo demonstrativo, excluindo as notas fiscais que não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, resultando nos novos valores demonstrados no resumo mensal da substituição tributária, Anexo 03, anexado aos autos.

Ressalta que algumas notas fiscais solicitadas ao autuado não foram apresentadas, razão pela qual foram consideradas como devidas, na forma demonstrada originalmente no Auto de Infração. Acrescenta que no intuito de demonstrar a veracidade dos fatos, anexou algumas notas fiscais requeridas e apresentadas pelo autuado.

À fl. 415, consta petição do autuado, na qual este informa ter reconhecido e efetuado o pagamento das infrações 02 e 05, persistindo a impugnação apresentada quanto às demais infrações.

Cientificado sobre o resultado da diligência (fl. 418), o autuado se manifestou (fls. 420 a 423), alegando cerceamento do direito de defesa, em razão dos novos demonstrativos e da impossibilidade de identificação das notas fiscais.

Tece comentários sobre os demonstrativos Anexos 01, 02 e 03, e sustenta que pela forma de elaboração destes, não tem como verificar se realmente foi feita a exclusão das diversas operações que constaram indevidamente no Auto de Infração, razão pela qual requer que seja determinada a exibição pelo autuante, dos arquivos magnéticos que contém as planilhas referentes aos citados Anexos, para averiguar a efetiva exclusão da cobrança do ICMS-ST, salientando que a não apresentação acarretará no cerceamento indireto do direito de defesa, pela impossibilidade de realização do cotejo de todos os documentos fiscais com as planilhas impressas, decorrente da grande quantidade de operações realizadas no período fiscalizado e, por consequência, ao enorme volume de documentos.

Ressalta que após a disponibilização dos arquivos magnéticos, será possível demonstrar que as operações em questão não se submetem ao regime de substituição tributária, uma vez que se enquadram perfeitamente às hipóteses previstas no art. 355, do RICMS/BA.

Conclui reiterando o pedido de exibição dos arquivos magnéticos.

O Auditor Fiscal diligenciador se pronunciou (fls. 430 a 436), rechaçando os argumentos defensivos atinentes à nulidade do Auto de Infração, afirmado que não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois foram respeitados pelo autuante os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o autuado tomou ciência de todos os atos processuais, inclusive respeitando-se os prazos para apresentação de defesa e/ou manifestações. Diz que também foi respeitado o princípio do devido processo legal, restando evidente que não houve cerceamento de defesa, conforme aduzido pelo impugnante.

Afirma que inexiste a alegada impertinência do Auto de Infração alegada pelo autuado, haja vista que resta evidente a sua condição como sujeito passivo da obrigação tributária e, consequentemente, do lançamento do crédito tributário, conforme previsão legal.

Registra, por fim, que todos os documentos referentes ao presente processo foram entregues ao autuado, especialmente os resultantes da diligência fiscal, constantes às fls. 362 a 413, conforme comprova a intimação acostada à fl. 418.

Salienta que inexiste previsão legal para atendimento do pleito do autuado, no sentido de exibição das planilhas anexadas aos autos, em meio magnético.

Finaliza dizendo que refuta integralmente os argumentos defensivos.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência a IFEP/METRO (fl. 471), a fim de que fosse entregue ao autuado, mediante recibo, cópia das planilhas elaboradas durante a ação fiscal, em meio magnético, anexando recibo com a comprovação do autuado de que se referem às planilhas constantes do Auto de Infração, bem como do termo de diligência, informando-o da reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

À fl. 476 consta “Recibo de Arquivos Magnéticos” com a assinatura do autuado, confirmando o recebimento.

O autuado se manifestou (fls. 482 a 487), ressaltando que as infrações 02 e 05 foram reconhecidas e quitadas, cingindo-se sua irresignação quanto às infrações 01, 03 e 04.

No que diz respeito à infração 01, reitera a argüição de nulidade, em face de equívoco na indicação dos dispositivos legais aplicáveis aos fatos descritos na autuação.

Quanto à infração 03, diz que após minuciosa análise das planilhas disponibilizadas em meio magnético pelo diligenciador, se observa que parte das operações consubstanciadas pelas notas fiscais indicadas pelo autuante não está submetida ao regime de substituição tributária, por conta do enquadramento nas hipóteses previstas no art. 355, do RICMS/BA, haja vista que calculou o ICMS-ST de várias notas fiscais relativas às operações entre contribuintes substitutos do mesmo produto, no entanto o ICMS-ST nesse caso é pago pelo destinatário na próxima operação de circulação.

Registra, contudo, que utilizou o percentual de 15% para cálculo da MVA, nas operações de aquisição no atacado, e conforme apontado pelo autuante o correto seria 30%, nos termos do Anexo 88, do RICMS/BA.

Diz que dessa forma, reconhece como devida a diferença de ICMS nas operações em que o tributo foi calculado com a MVA de 15%, no valor de R\$8.996,39 e R\$13.317,28, respectivamente, 2000 e 2001, requerendo a expedição de guia para pagamento do valor reconhecido.

No tocante à infração 04, argui a nulidade do lançamento, em razão de nos novos demonstrativos permanecerem a impossibilidade de identificação dos valores dos meses de janeiro a junho de 2001.

Diz que analisando os arquivos magnéticos fornecidos não é possível saber a origem dos montantes de R\$18.507,91 e R\$27.526,75, pois tanto no relatório em arquivo magnético como naquele impresso do Anexo 4, está omissa a demonstração dos meses de janeiro a junho de 2001, razão pela qual não é possível determinar como se chegou aos valores cobrados nesses meses.

Frisa que é impossível detectar os valores reais dos meses de janeiro e fevereiro de 2001, porque estes não se encontram presentes na tabela “RESUMO MENSAL DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”, como os dos meses de julho e agosto de 2001, persistindo a ausência desses valores já questionados, o que fortalece a sua tese de nulidade da infração por cerceamento de defesa quanto ao período injustificadamente omitido.

Sustenta que se torna necessário que o Auditor Fiscal esclareça o motivo da omissão dos meses referidos acima, assim como chegou ao montante final dessas infrações, para viabilizar a defesa plena, que por sua vez não pode ser dissociada da verdade material.

Conclui pugnando que seja acolhida a nulidade argüida da infração 01, bem como sejam acolhidas as suas razões atinentes à infração 03, excluindo-se os valores oriundos das operações entre contribuintes substitutos da mesma mercadoria, em atenção ao art. 355, do RICMS/BA. Reitera, ainda, o pedido para que seja esclarecido o valor do período de janeiro a junho de 2001, referente à infração 04. Requer, por fim, que seja expedida guia para pagamento do valor do débito reconhecido referente à infração 03.

O autuante se pronunciou (fls. 495/496), rechaçando a nulidade argüida pelo autuado atinente à infração 01, afirmando que o contribuinte não foi prejudicado, pois inclusive o dispositivo infringido foi devidamente corrigido na informação fiscal.

Quanto à infração 03, diz que o autuado já acatou em parte a ação fiscal.

No tocante à infração 04, consigna que foram identificadas duas indústrias, algumas empresas consideradas consumidoras: umas por se tratarem de prestadoras de serviços e outras que não comercializam o produto fornecido pelo autuado, como destinatários. Acrescenta que restaram apenas os contribuintes atacadistas sem autorização mediante termo de acordo firmado com o Estado, bem como varejistas cujos quadros societários são totalmente alheios ao do autuado, conforme demonstra através dos quadros anexados, acompanhados de cópias do sistema cadastral que acosta aos autos(Anexo 02).

Conclui dizendo que elaborou um novo demonstrativo referente ao exercício de 2001, excluindo apenas as indústrias, empresas autorizadas a efetuar as retenções na qualidade de substituto tributário e consumidores finais.

Cientificado sobre a contestação do autuante, o impugnante se manifestou (fls. 560-A a 579), afirmando que o Auditor Fiscal trouxe elementos que comprovam a nulidade da autuação.

Consigna que analisando a contestação do autuante apresenta as considerações a seguir.

Argui a ocorrência da decadência de parte do crédito tributário, relativo ao período de ocorrência de janeiro a 03 de agosto de 2000, observando que embora a decadência parcial do crédito tributário exigido não tenha sido levantado durante o processo administrativo, mas por ser matéria de ordem

pública, pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme preceito insculpido no art. 267, IV, VI e § 3º do CPC, cuja redação reproduz.

Sustenta ser este o caso em apreço, por estar decaído o crédito tributário do período de janeiro a 03 de agosto de 2000, nos termos dos arts. 150, § 4º, e 156, V e VII, do CTN, cujo texto transcreve.

Aduz que emerge dos dispositivos citados que o Fisco dispõe do prazo de cinco anos para homologar a atividade de “autolançamento” efetuada pelo sujeito passivo, a contar do fato gerador, sendo que, ultrapassado aquele prazo, o lançamento é tacitamente homologado, extinguindo-se, em definitivo, o crédito por ele constituído.

Frisa que em tais preceitos se amolda o regime jurídico da decadência relativa ao ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, já que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar sua apuração e seu pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Salienta que no caso em questão não se aplica a regra geral de contagem do lapso decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, prevista no art. 173, I, do CTN, pois, conforme entendimento pacífico do STJ, tal regramento aplica-se única e exclusivamente aos tributos sujeitos a lançamento de ofício, por declaração ou naqueles em que, sujeitos a lançamento por homologação, não haja antecipação de pagamento, ainda que parcial. Acrescenta que segundo entendimento do STJ, consolidado sob o regime de julgamento representativo de controvérsia, havendo antecipação de pagamento, ainda que parcial, a regra decadencial aplicável é especial, prevista no § 4º, do art. 150, do CTN. Reproduz, nesse sentido, decisões do STJ.

Assinala que no caso em tela, em que se discute recolhimento a menos do imposto, resta evidente a aplicabilidade do § 4º, do art. 150, do CTN e teria o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do respectivo fato gerador, para proceder ao lançamento de ofício/complementar sob pena de decadência. Acrescenta que se o agente público, dentro do prazo de 05 anos a partir da ocorrência dos fatos geradores respectivos, não lançou o pretenso imposto, mediante notificação regular do sujeito passivo dentro do lapso decadencial, ocorreu à homologação tácita do procedimento do contribuinte, consoante § 4º do art. 150 do CTN, tendo o Fisco decaído do direito de efetuar a constituição de tal crédito, extinto por força do art. 156, V e VII, do CTN.

Diz que considerando que apenas foi notificado do Auto de Infração em 04/08/2005, quando o crédito relativo a todo o período anterior a 04/08/2005 já estava tacitamente homologado (CTN, art. 150, §4º) e extinto (CTN, art. 156, V e VII, do CTN), não havendo dúvidas de que o montante a ele relativo constitui excesso de exigência, devendo, portanto, ser excluído do montante autuado, o que requer, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado.

Rechaça a infração 01, arguindo a nulidade do lançamento, por ausência de descrição legal precisa e usurpação do direito de defesa.

Destaca que o autuante na contestação apresentada diz que “*o autuante mantém a autuação, já que não fora prejudicada a identificação da natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, sobretudo é cediço que o enquadramento legal é meramente formal.*” (grifo do original)

Discorda da afirmativa do autuante, dizendo que o enquadramento legal correto da infração não é tão-somente uma questão formal, mas sim um requisito indispensável para a validade, certeza, exigibilidade e liquidez do lançamento e tanto é assim que existe previsão no Regulamento do Processo Administrativo, provado pelo Decreto nº 7.629/99, no art. 39, V, cujo teor reproduz.

Assevera que procedendo de modo diverso o Fisco, que não permita a perfeita identificação da legislação infringida, nulo é o lançamento, por vício material, conforme ocorre no caso em tela, em que o próprio Fisco está desconsiderando as regras dispostas no Regulamento do Processo Administrativo, reduzindo a exigência da correta fundamentação legal da infração a uma simples formalidade. Acrescenta que se o Fisco não aponta os dispositivos legais infringidos, socorrendo-se no argumento de que “*o enquadramento legal é meramente formal*” reconhece que não é capaz de

delimitar, com precisão, a matéria tributável, sendo nulo o Auto de Infração por vício material, porquanto carente de certeza e da liquidez.

Diz que nestes termos se observa que a tipificação legal da infração não foi realizada e apresentada pelo autuante, situação que cerceia o seu direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal, pois não fornece elementos para a aferição, acerca do lançamento efetuado.

Afirma que desse modo, resta evidente a nulidade do Auto de Infração, mormente porque impossibilita a compreensão dos dispositivos violados, em prejuízo ao contraditório, impedindo-lhe de exercer, em sua plenitude, seu direito à ampla defesa.

Sustenta que nesse compasso, resta evidente a nulidade do Auto de Infração, impassível de correção, *ex vi* art. 18, II e IV, ‘a’, do RPAF/99, em razão da ofensa aos arts. 2º e 39, V, também do RPAF. Invoca decisões deste CONSEF para fundamentar seus argumentos, transcrevendo ementas atinentes aos Acórdãos JJF Nº 0045/99; JJF Nº 0196/99; JJF Nº 2027/00.

Ressalta que sendo a denúncia fiscal meio de constituição do crédito tributário, como ato administrativo vinculado, sujeitando aos princípios da legalidade e devido processo legal (art. 142 do CTN), esta não pode trazer dúvidas nem dificuldades sobre a compreensão dos fatos contidos na autuação, sob pena de agredir o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte, como ocorre no caso em tela, em que o próprio Auditor Fiscal, em sua contestação, não demonstra quais seriam os dispositivos legais infringidos. Diz que nestes termos, evidenciado a insegurança jurídica ora instalada pelo cerceamento do direito de defesa, o Auto de Infração ora vergastado deve ser declarado nulo, por violar o art. 142, do CTN, e os arts. 2º, 18, II, IV, “a” e 39, V do Decreto nº 7.649/99 [RPAF/99] e a jurisprudência citada.

No que tange à infração 03, diz que conforme exposto em petição protocolada em 06/07/2009, comprovou que parte do crédito tributário não seria devido, uma vez que erroneamente o Fisco calculou o ICMS-ST de várias notas fiscais relativas às operações entre contribuintes substitutos do mesmo produto, no entanto o ICMS-ST nesse caso é pago pelo contribuinte na próxima etapa de circulação.

Observa que o Fisco alega que utilizou o percentual de 15% para cálculo da MVA nas operações de aquisição no atacado que, conforme o autuante o correto seria o percentual de 30%, nos termos do Anexo 88 do RICMS/BA, contudo, diz que reconheceu ser devida a diferença de ICMS nas operações em que o tributo foi calculado pela MVA de 15%, mas é indevida a sua cobrança nas operações entre contribuintes substitutos da mesma mercadoria, situação que não foi motivo de contestação pelo autuante.

Relativamente à infração 04, assevera que as operações mencionadas pelo Fisco não se submetem ao regime da substituição tributária, isso porque, segundo o art. 355 do RICMS, não se procede a retenção do ICMS nas operações internas entre: a) estabelecimento filial atacadista situado neste Estado no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas filiais atacadistas, localizadas nesta ou em outras Unidades da Federação; e b) a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição em relação à mesma mercadoria.

Salienta que tal situação que foi reconhecida pelo Fisco em sua contestação quando excluiu as operações realizadas pelas indústrias, por serem *“empresas autorizadas a efetuar a retenção na qualidade de substituto do recolhimento do imposto antecipado e consumidores finais.”*

Consigna que diante do reconhecimento fiscal, percebe-se que o lançamento foi elaborado de modo temerário, sem certeza da infração, sendo a prova disso o fato de que o Fisco promoveu a exclusão de parte do crédito tributário, situação que legitima a improcedência da exigência fiscal.

Continuando, reporta-se sobre as multas apontadas no Auto de Infração, afirmando que mesmo diante da comprovação da improcedência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma

impropriedade, desta vez com relação às multas aplicadas nos percentuais de 70% (infração 01), 60% (infração 03) e 150% (infração 04) sobre o valor principal.

Aduz que duas são as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: **(i)** a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e **(ii)** a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Quanto ao primeiro ponto, diz que é cediço que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente. Acrescenta que, em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita a título exemplificativo, decisão proferida pelo CARF, no Acórdão nº 9101-00.54, reprodzindo a ementa.

Afirma que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Quanto ao segundo ponto, diz que se percebe que as multas indicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal. Diz que por meio de tal dispositivo, a Constituição Federal veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes. Transcreve, nesse sentido, texto da obra de Ricardo Corrêa Dalla.

Destaca que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proportionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco. Reproduz para reforçar o seu argumento decisão do Supremo Tribunal Federal, no STF. RE 91707 / MG. Segunda Turma: Min. Moreira Alves. DJ. 29.02.1980, p. 00975. Acrescenta que concretizando tal entendimento, o Min. Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do RE nº 81.550/MG, reduziu multa imposta no patamar de 100% (inferior à maioria das aplicadas na autuação discutida neste feito) para 30%.

Frisa que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e *erga omnes*), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra a esfera do confisco. Menciona e reproduz, como exemplo, o Acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075.

Ressalta que em julgados ainda mais recentes, o STF mantém seu posicionamento, conforme transcrição que apresenta da ADI 551, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039) e da ADI 551, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039).

Registra que em acórdão proferido em meados de 2010, o Supremo Tribunal Federal reiterou esse seu entendimento, confirmando entre 20% e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não-confisco. Acrescenta que como não poderia ser diferente, o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios, conforme acórdãos que reproduz.

Diz que pelo exposto, requer de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, quando menos, sua redução para patamar equânime, não superior a 20% do valor principal.

Conclui reiterando todas as suas demais passagens e pedidos nos autos, naquilo em que não contrariem esta manifestação, requerendo o reconhecimento da nulidade da autuação ou, no mérito, sua total improcedência. Subsidiariamente, requer o acolhimento da defesa para fins de reduzir a multa imposta, para 10% sobre o valor do crédito. Requer, por fim, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353 sob pena de nulidade.

O autuante se pronunciou (fls. 647 a 650) consignando que em resposta à manifestação do autuado tem a declarar o seguinte:

- no tocante ao pagamento a maior por parte do autuado, invoca e transcreve os artigos 165, 166, 168, 169, 170, 170<sup>a</sup>, 171 e 172, bem como o art. 74 do RPAF99;

Diz que se depreende da transcrição dos referidos dispositivos que o autuante não tem a competência legal para compensar débito e crédito tributário, ficando esta prerrogativa restrita unicamente à legislação, já que o autuado alega em sua impugnação que em determinado mês houve pagamento a maior.

Quanto à decadência e prescrição do lançamento, invoca e reproduz os artigos 156, 173 e 174 do CTN, para afirmar que no caso em tela, mediante uma singela análise constata-se que o lançamento decorreu dentro do prazo decadencial, e a prescrição não ocorreu, porque houve o reconhecimento mesmo que parcial do débito por parte do autuado, conforme fls. 415, 416, 482 a 487 do PAF, o que se evidencia através dos dispositivos legais supracitados, artigos 173, Parágrafo Único e 174, Inciso IV.

Finaliza dizendo que discorda tanto da arguição de nulidade, quanto do pedido de improcedência do Auto de Infração em lide, salvo melhor entendimento deste CONSEF.

Consta à fl. 438, extrato do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS, atribuídas ao autuado.

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição de nulidade do Auto de Infração, por absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, restando demonstrada a absoluta ausência de menção aos dispositivos legais, o que, segundo o autuado lhe impossibilita a plena verificação em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pelo Fisco aos eventos descritos.

Em verdade, conforme consignado pelo autuante, as infrações apontadas no Auto de Infração - à exceção da infração 01 -, estão enquadradas em conformidade com a legislação do ICMS, especialmente com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto n. 6.784/97, inexistindo a omissão aduzida pelo impugnante e, por consequência, cerceamento do seu direito de ampla defesa e do contraditório. Portanto, nenhum reparo merece o enquadramento das infrações 02, 03, 04 e 05.

Na realidade, conforme também aduzido pelo autuante e se verifica nos autos, de fato, houve o enquadramento equivocado da infração 01, haja vista que foi indicado como infringido o art. 2º, §3º, c/c os arts. 50, 60, inciso I, 124, inciso I, 323 e parágrafos, c/c o art. 331, todos do RICMS/97/BA. Contudo, o § 3º do art. 2º, diz respeito à apuração do imposto por presunção, o que não é caso deste item da autuação. Da mesma forma, o art. 60, inciso I, trata da base de cálculo do imposto, estando também em desacordo com a infração imputada ao autuado.

A infração 01 apresenta no Auto de Infração o seguinte enunciado: “*Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*”. Ainda no Auto de Infração existe o seguinte registro quanto a esta infração: “*divergência apurada através do comparativo entre as receitas registradas nos livros contábeis e o livro RAICMS, sendo que o último consignou menor valor. Os demonstrativos deste débito se encontram*”.

evidenciados nos Anexos 1 e 1.1 (fls. 10 e 11) e comprovados nas cópias dos livros Diário, Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saídas (fls. 12 a 79)”.

Conforme a descrição da infração acima referida, resta claro que é plenamente possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, sendo que a incorreção quanto à indicação do dispositivo regulamentar do enquadramento da irregularidade, é passível sim de correção, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, e lhe seja fornecido no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo (art.18, §1º, do RPAF/99).

Vale registrar que o enquadramento equivocado foi corrigido pelo autuante, cuja ciência foi dada ao contribuinte, passando o enquadramento correto para os artigos 2º, inciso I, 50, 56, inciso I, 124, 323 e 331, afastando assim a possibilidade de cerceamento do direito de defesa e do contraditório do autuado.

Nesse sentido, convém observar que o art. 19, do mesmo RPAF/99, estabelece que a *indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*.

Diante do exposto, não acolho a nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante, especialmente a nulidade da infração 01, haja vista que não ocorreu cerceamento do direito de defesa e do contraditório do autuado, bem como quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF/99.

No que concerne à arguição de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir parte do crédito tributário, relativo ao período de ocorrência de janeiro a 03 de agosto de 2000, nos termos dos arts. 150, § 4º, e 156, V e VII, do CTN, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, preveem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extinguise-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, invocado pelo impugnante.

Em verdade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a agosto de 2000) se iniciou em 01/01/2001, com termo final em 31/12/2005.

Diante disso, considerando que o Termo de Início de Fiscalização à fl. 09 dos autos, foi apresentado ao contribuinte em 17/01/2005, para fornecimento de livros e documentos fiscais, e o lançamento de ofício ocorreu em 30/06/2005, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu acertadamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, tanto na primeira quanto na segunda instância, a exemplo, dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, 0009-12/08, sendo que, deste último, transcrevo o voto proferido pelo eminentíssimo Conselheiro/Relator Nelson Antonio Daiha Filho, a título ilustrativo:

*“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.*

*Rejeito a referida preliminar.*

*Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”*

Não acolho, portanto, a decadência arguida.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que os julgadores têm pleno conhecimento técnico sobre as matérias tratadas na autuação. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Entretanto, cumpre registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, levando em consideração os argumentos defensivos relativos às infrações 01, 03 e 04, converteu o processo em diligência em diversas oportunidades, no intuito de solucionar a lide.

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante para que as intimações atinentes ao presente feito sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No respeitante à infração 01, ultrapassada a nulidade arguida pelo impugnante, no mérito, verifico que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração de falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis em razão do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Ou seja, restou comprovada a divergência apurada através do comparativo entre as receitas registradas nos livros contábeis e o livro RAICMS, sendo que os valores escriturados neste último são inferiores aos registrados nos livros contábeis, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante (Anexos 1 e 1.1 (fls. 10 e 11) e cópias dos livros Diário, Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saídas (fls. 12 a 79).

Dessa forma, este item da autuação é integralmente subsistente. Infração mantida.

No que tange à infração 02, observo que o autuado reconheceu o cometimento da irregularidade apontada na autuação, tendo inclusive efetuado o pagamento do valor exigido. Infração subsistente.

Relativamente à infração 03, conforme consignado acima foi objeto de diligência a IFEP/METRO, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências pelo diligenciador: 1. Relacionasse, em separado, as notas fiscais em que não houve retenção, indicadas às fls. 85 a 216; 2. Intimasse o autuado a apresentar cópias das notas fiscais relacionadas no novo demonstrativo elaborado conforme o item anterior, entregando-lhe no ato da intimação e mediante recibo, cópia do mencionado demonstrativo (item 1), concedendo-lhe o prazo de 10 dias para atendimento; 3. Após,

o diligente de posse dos documentos fiscais solicitados, deveria apresentar novo demonstrativo de débito, excluindo, se fosse o caso, as operações nas quais o autuado não estava obrigado a fazer a retenção, conforme alegara.

O Auditor Fiscal estranho ao feito indicado para cumprir a diligência, esclareceu que após recebimento das notas fiscais do autuado, elaborou demonstrativo ( Anexo 02), acrescentando o número do CNPJ dos destinatários das mercadorias, no intuito de identificar possíveis operações não sujeitas ao regime de substituição tributária. Consignou que da análise do Anexo 02 com os respectivos CNPJs dos destinatários, elaborou novo demonstrativo, excluindo as notas fiscais que não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, resultando nos novos valores demonstrados no resumo mensal da substituição tributária, Anexo 03(fls. 401/402), anexado aos autos. Ressaltou que algumas notas fiscais solicitadas ao autuado não foram apresentadas, razão pela qual foram consideradas como devidas, na forma demonstrada originalmente no Auto de Infração.

O resultado apresentado pelo diligenciador (Anexo 03) aponta como devido o ICMS no valor de R\$81.779,80, no exercício de 2000 e de R\$24.346,58, no exercício de 2001.

Ocorre que o autuante ao se pronunciar posteriormente consignou que identificou no exercício de 2001 duas indústrias, bem como algumas empresas consideradas consumidoras, sendo umas por se tratarem de prestadoras de serviços e outras que não comercializam o produto fornecido pelo autuado, como destinatários, remanescentes apenas os contribuintes atacadistas sem autorização mediante termo de acordo firmado com o Estado, bem como varejistas cujos quadros societários são totalmente alheios ao do autuado, conforme demonstra através dos quadros anexados, acompanhados de cópias do sistema cadastral que acosta aos autos(Anexo 02).

Apresentou um novo demonstrativo “RESUMO MENSAL DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”(fl. 497), no qual apontou como devido, no exercício de 2001, o valor de R\$7.238,19.

Diante do exposto, a exigência fiscal referente ao exercício de 2000 fica conforme o resultado apresentado pelo diligenciador (Anexo 03), ou seja, com o ICMS devido no valor de R\$81.779,80. Já no que tange ao exercício de 2001, fica conforme o resultado apresentado pelo próprio autuante no demonstrativo de fl. 497, ou seja, com o ICMS devido no valor de R\$7.238,19, totalizando este item da autuação o valor de R\$89.017,99. Infração parcialmente subsistente.

Vale registrar que, como o autuado reconheceu parte do débito, caso tenha efetuado o pagamento este deverá ser homologado.

No que concerne à infração 04, que também foi objeto de diligência cumprida pelo mesmo Auditor Fiscal estranho ao feito da infração anterior, observo que o resultado apresentado no Anexo 03(fls. 401/402), apurou como devido o ICMS no valor de R\$8.984,76, no exercício de 2000 e R\$47.451,23, no exercício de 2001, totalizando este item da autuação o valor de R\$56.435,99.

Entretanto, da mesma forma do que ocorreu na infração anterior, o autuante ao se pronunciar posteriormente sobre o resultado apresentado pelo diligenciador, consignou que identificou no exercício de 2001 duas indústrias, bem como algumas empresas consideradas consumidoras, sendo umas por se tratarem de prestadoras de serviços e outras que não comercializam o produto fornecido pelo autuado, como destinatários, remanescentes apenas os contribuintes atacadistas sem autorização mediante termo de acordo firmado com o Estado, bem como varejistas cujos quadros societários são totalmente alheios ao do autuado, conforme demonstra através dos quadros anexados, acompanhados de cópias do sistema cadastral que acosta aos autos(Anexo 02).Apresentou um novo demonstrativo “RESUMO MENSAL DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”(fl. 497), no qual apontou como devido, no exercício de 2001, o valor de R\$48.646,14.

Ocorre que a análise do referido demonstrativo “RESUMO MENSAL DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”(fl. 497), permite constatar que o autuante incluiu indevidamente os meses de maio e junho de 2001, nos valores de R\$1.031,31 e R\$549,91, respectivamente, haja vista que não constaram originalmente no Auto de Infração.

Desse modo, com a exclusão dos valores acima referidos, o valor efetivamente devido no exercício de 2001 é de R\$47.064,92.

Diante disso, a exigência fiscal referente ao exercício de 2000 fica conforme o resultado apresentado pelo diligenciador (Anexo 03), ou seja, com o ICMS devido no valor de R\$8.984,76. Já no que tange ao exercício de 2001, fica conforme o resultado apresentado pelo próprio autuante no demonstrativo de fl. 497, com a exclusão dos valores de R\$1.031,31 e R\$549,91, ou seja, com o ICMS devido no valor de R\$47.064,92, totalizando este item da autuação o valor de R\$56.049,68.

No que diz respeito à infração 05, observo que foi reconhecida pelo autuado, inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido. Infração mantida.

Quanto à arguição defensiva de que as multas violam os princípios constitucionais, observo que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. No que tange ao seu cancelamento ou redução, requerido pelo autuado, observo que por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal a competência para apreciação e decisão é da Câmara Superior deste CONSEF.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 05 são integralmente subsistentes e as infrações 03 e 04 parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0001/05-9, lavrado contra **FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$161.064,79**, acrescido das multas de 60% sobre R\$90.774,31, 70% sobre R\$14.240,80 e de 150% sobre R\$56.049,68, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “b”e “e”, III, V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$27.107,91**, prevista no inciso XIII-A, alínea “g”, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, cabendo homologação do valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR