

**A. I. Nº** - 232209.3038/16-0  
**AUTUADO** - XITO S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI - ME.  
**AUTUANTE** - RONALDO LOPES CARNEIRO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 03/08/2017

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0144-03/17**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETIDO E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte substituto não consegue provar o recolhimento do ICMS-ST, tampouco consta nos sistemas da SEFAZ, respectivos pagamentos, nos períodos da autuação. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 11/10/2016, exige crédito tributário no valor de R\$514.697,73, acrescido da multa de 150%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, (infração 07.02.01). Ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a maio de 2012, setembro a dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, agosto e setembro de 2014, fevereiro a agosto de 2016.

O Autuado ingressa com defesa fls.26/33, através de advogados, procuração fl.36. Registra a tempestividade de sua defesa. Pleiteia a impugnação administrativa, contra o auto de infração supramencionado em face da SEFAZ – Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, mediante os fatos a seguir mencionados.

Pugna pela anulação do referido auto de infração, afirmando que este não apresenta as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia. Isso porque, quando da sua apresentação, deveria estar acompanhado de todos os termos lavrados na ação fiscal, os quais fundamentaram as autuações, incluindo os termos de abertura e encerramento da ação fiscal, além de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, das provas necessárias à demonstração do fato argüido, e das notas fiscais, obrigações estas, previstas no art. 41 do Decreto 7.629/99.

Diz que não foi devidamente notificado com antecedência mínima, acerca da ação fiscal em seu desfavor, tendo sido surpreendido com o recebimento do auto de infração, já pronto e elaborado, sem ter tido a oportunidade de apresentar as notas fiscais e demonstrativos contábeis, para fazer prova da sua idoneidade fiscal.

Informa que fabrica e comercializa salgados a base de cereais e trigo, inscritos no NCM nº 1904.10 e 1905.90, respectivamente. Afirma que os produtos por ela comercializados, nos termos do RICMS/2012, estão sujeitos ao regime da substituição tributária, onde o sujeito passivo, responsável pelo recolhimento do imposto é o fabricante, distribuidor ou importador, conforme a Lei dispuser, mas no presente caso, é a impugnante.

Explica que em 10/10/2016, foi noticiado sobre a inaptidão da sua inscrição estadual, quando tentou emitir nota fiscal e foi impedido. No dia 14/10/2016, procurou a Inspetoria Fazendária, sendo surpreendido, com o recebimento do auto de infração, imputando-lhe um débito tributário.

A imputação em seu desfavor, refere-se a suposta ausência de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Enfatiza que a infração apontada, por si só, não merece prosperar, porque não amparada com todos os documentos legais e necessários para a comprovação do ilícito supostamente praticado.

Frisa que nos documentos da autuação, não há comprovação da utilização da fórmula correta para apuração do imposto devido, se houve apuração da base de cálculo correta e se utilizou a alíquota do ICMS e percentuais de MVA, na forma de legislação.

Para o cálculo do ICMS Substituição tributária, deve o autuante comprovar que calculou o valor do imposto devido, utilizando a fórmula de apuração, conforme demonstra: Cálculo do ICMS Próprio: Base do ICMS próprio = (i) (Valor do produto + Frete + Seguro + Outras Despesas Acessórias – Descontos); (ii) Valor do ICMS próprio = Base ICMS próprio \* (Alíquota ICMS Inter / 100) : (iii) Base De Cálculo da ST---Base do ICMS ST = (Valor do produto + Valor do IPI + Frete + Seguro + Outras Despesas Acessórias – Descontos) \* (1+(% MVA / 100)); (iv) Cálculo do ICMS ST ---\_Valor do ICMS ST = (Base do ICMS ST \* (Alíquota do ICMS próprio / 100)) – Valor do ICMS próprio.

Menciona que também, comercializa salgadinhos a base de trigo - NCM 1905.90. Este produto, somente passou a fazer parte do regime da Substituição Tributária, a partir de 01/03/2016, portanto, os respectivos faturamentos oriundos destas mercadorias, não poderão compor a base de calculo do ICMS substituição tributária, no período anterior a esta data.

Assevera que analisando os seus arquivos, encontrou os comprovantes de pagamento do imposto, a que se refere a autuação, referente aos meses de Janeiro de 2011 a Maio de 2012, totalizando um valor de R\$ 161.021,16 (Cento e sessenta e um mil, vinte e um reais e dezesseis centavos). (*Comprovantes na mídia em anexo*). Portanto, esse valor há de ser subtraído do auto de infração, bem como, deve o autuante se manifestar sobre:

- a) o valor total do faturamento constante da autuação, que se refere aos produtos sujeitos ao regime da substituição tributaria;
- b) comprovar qual foi a fórmula utilizada para o cálculo do imposto.

Além disso, informa que a partir de Junho de 2016, por força do Decreto Estadual nº 16.738/2016, o percentual de MVA dos produtos a base de trigo – NCM 1905.90, corresponde a 30% (trinta por cento) e não a 55% (Cinquenta e cinco por cento), portanto, deve o autuante refazer os cálculos dos meses subseqüentes àquela data, sob pena de nulidade do auto de infração.

Menciona que, conforme dispõe a legislação, para a validade do auto de infração, necessário se faz observar todos os requisitos legais, obrigação esta, que a Administração Pública não pode se desvencilhar e, que no caso em tela, deixou de ser observado.

Aduz que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, dentre outros direitos e garantias fundamentais, a garantia ao devido processo legal, inclusive, com o contraditório e a ampla defesa.

Diz que tais garantias possuem significado de vital importância para a ordem jurídica nacional, pois sem esses institutos, todo o ordenamento jurídico seria inócuo, vez que não se poderia enxergar utilidade no estabelecimento de direitos, sem os necessários meios de assegurar sua observância. Afirma que dispositivo constitucional consignou que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Cita a doutrina de Mendes; Coelho; Branco, 2009. p. 685).

Reitera que não recebeu todos os documentos necessários à análise da autuação que lhe foi imposta, isso porque, o Fiscal deixou de apresentar todos os documentos necessários para a legalidade do referido auto de infração. Diz que não lhe foi disponibilizada a ordem de serviço que deu ensejo a demanda, os termos de abertura e encerramento, demais documentos comprobatórios das autuações, relatórios de cálculos, cópias das notas fiscais de modo a comprovar as mercadorias, sujeitas ou não, ao regime da substituição tributária ou da antecipação parcial. Portanto, não pode prosperar o auto de infração, por ofensa a segurança jurídica, por acarretar o cerceamento de defesa, porque, sem esses documentos, não poderá apresentar a sua defesa, bem como, por ofensa ao próprio princípio da legalidade.

Assevera que o fiscal não pode simplesmente, se ater ao fato da emissão das notas fiscais, este deve observar o conteúdo da nota fiscal, especificamente, as mercadorias. Pois, é sabido, que do rol dos produtos comercializados pela impugnante, até março de 2016, os produtos enquadrados no NCM 1905.90, não eram sujeitos ao regime da substituição tributária, logo, não poderia estar sendo submetida à base de cálculo do imposto. Além disso, com a edição do Decreto 16.738/2016, houve uma redução do percentual do MVA com relação ao produto descrito no NCM 1905.90, passando de 55% para 30%.

Lembra que a CF/88, no seu art. 155, II, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Neste diapasão e seguindo a CF/88, art. 155, Parágrafo 2º, I, o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Diz que o fiscal deixou de compensar o imposto que foi devidamente recolhido pelo impugnante.

Esclarece que não é suficiente a simples emissão de notas fiscais para contribuintes deste Estado, para que, contra ele seja imputado um auto de infração, exigindo-lhe o cumprimento de obrigação tributária. É preciso comprovar que os produtos por ele vendidos estão sujeitos ao imposto, seja ele o ICMS substituição tributária ou antecipação parcial.

Sustenta que a presente autuação não é razoável, nem atende aos princípios da proporcionalidade e da equidade, exigir da forma como se está impondo, o pagamento de ICMS substituição tributária, da forma como se esta exigindo, representa um verdadeiro confisco em desfavor do impugnante. Por isso, há necessidade, antes de tudo, de comprovar o fato gerador e quais são os produtos objeto da autuação, além, é claro, de compensar os pagamentos comprovados.

Por outro lado, repisa que, também é necessário que seja observado o salutar critério da dupla visitação, o qual evidenciará a verdade dos fatos alegados, bem como comprovará que os recolhimentos, quando devidos, foram realizados, não havendo, em relação aos fatos geradores da autuação, nenhum tributo a ser exigido sob a responsabilidade do contribuinte, ora autuada/impugnante.

Chama a atenção dos julgadores, que a autuação fiscal se mostra frágil, e que, no decorrer do processo, a verdade dos fatos será evidenciada, de modo a comprovar as alegações aqui mencionadas.

Requer: a) o recebimento da impugnação; b) que seja atribuído o efeito suspensivo, na forma da lei; c) o deferimento da impugnação; d) a produção de provas por todos os meios em direito admitido. Por derradeiro, pugna pela anulação do auto de infração.

O Autuante em informação fiscal fls.75/77, repete a irregularidade apurada e sintetiza os termos da defesa.

Diz que analisando as argumentações defensivas, percebe que o autuado equivoca-se ao dizer que não foi devidamente notificado. Afirma que a ciência do próprio contribuinte consignada à folha 3 dos autos o contradiz, o que lhe permite, a partir da data de ciência, “sessenta dias para se defender”. Com relação a não entrega dos Termos e Demonstrativos, afirma que o contribuinte, novamente, se contradiz, tendo em vista que as provas de que recebeu todos os Termos e Demonstrativos, que embasaram o presente Auto, encontram-se às folhas 20 e 21.

Sobre a alegação de que constam do levantamento fiscal, valores pagos, anexando Documentos de Arrecadação - DAEs, não reflete a verdade, considerando que os referidos valores referem-se às Entradas (compras) cujo Código de Receita é “1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”.

Explica que o Auto de Infração faz referência a Saídas (vendas), cujo Código de Receita é “1.006 – ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO”. Ressalta que todos os valores pagos através desta Receita foram devidamente considerados, cobrando-se, tão-somente, os Valores Retidos e não Recolhidos.

Informa que os valores do ICMS, das notas fiscais de vendas lançados, foram obtidos nas “Relações de Notas Fiscais Consolidadas por Mês” (fls. 07 a 17 dos autos), que provieram de dados informados pelo próprio contribuinte, ou seja, não são informações fictícias e sim, reais.

Todos os dados dos autos estão contidos em dois relatórios, a saber:

- a) Relação de Notas Fiscais – ANALÍTICAS;
- b) Relação de Notas Fiscais – SINTÉTICAS;

Explica que estes Relatórios foram gerados pelas vendas efetuadas e informadas pelo próprio Contribuinte. Como exemplo, vide o Relatório de Notas Fiscais – ANALÍTICAS, referente ao ano de 2014, onde constam, dentre outras, as Colunas das “NOTAS FISCAIS”, o “ICMS SUBSTITUTO” e a “CHAVE DE ACESSO”. Frisa que isto só foi possível, em razão dos dados terem sido gerados e disponibilizados pela própria Autuada à SEFAZ/BA.

Comenta que o Auto de Infração tem por base, os valores constantes nas Relações de Notas Fiscais – SINTÉTICAS. Diz que revendo o levantamento dos dados que o embasaram, percebe pequenas divergências com os valores elencados nas Relações de Notas Fiscais – ANALÍTICAS. Frisa que todos estes Dados, de ambos os Relatórios, estão contidos no “CD”, fl. 20 dos autos. Pergunta se o contribuinte não os acessou.

Explica que ajustou o lançamento, quando da Informação Fiscal, a partir dos valores das Relações de Notas Fiscais – ANALÍTICAS e não SINTÉTICAS, tendo em vista que os Relatórios ANALÍTICOS apresentam valores detalhados, nota a nota, que são ligeiramente inferiores aos constantes nas Relações de Notas Fiscais – SINTÉTICAS.

Informa que recalculado os valores mensais, a partir dos Relatórios ANALÍTICOS, o valor originalmente lançado foi reduzido, resultando no ICMS devido de R\$ 499.396,30, conforme tabelas que anexa.

Chama a atenção dos Julgadores, de que os montantes cobrados nestes autos resultaram dos valores calculados, retidos e não pagos pela própria Autuada (Contribuinte). Frisa que tais lançamentos não podem ser refutados.

O autuado tomou ciência da informação fiscal fls. 125/126 e manteve-se silente.

## VOTO

Preliminarmente o Autuado alegou que o auto de infração seria nulo, visto que não apresenta as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia. Disse que o lançamento fiscal deveria vir acompanhado de todos os termos lavrados na ação fiscal, os quais fundamentaram a autuação, incluindo o termo de abertura e encerramento da ação fiscal, as notas fiscais que serviram de base para o lançamento fiscal, além de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo Autuante, provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Acrescentou que não foi devidamente notificado com antecedência mínima, acerca da ação fiscal em seu desfavor, tendo sido surpreendido com o recebimento do auto de infração, já pronto e elaborado, sem ter tido a oportunidade de apresentar as notas fiscais e os demonstrativos contábeis, para fazer prova da sua idoneidade fiscal, o que teria cerceado seu direito de defesa.

Analisando os elementos que compõem a presente exigência fiscal, verifico que carece de suporte fático e jurídico tais alegações. Compulsando os autos, constato que o defendente foi devidamente intimado da ação fiscal, conforme Termo de Intimação assinado pelo sócio da empresa fl. 18, no dia 03/10/2016. A documentação foi arrecadada pelo fiscal no dia 05/10/2016. O auto de infração só foi lavrado no dia 14.10.2016, mesma data em que foram devolvidos todos os documentos recebidos, conforme faz prova documento fl.19.

Sobre a alegação defensiva da falta de clareza quanto aos valores apurados e de não recebimento dos documentos fiscais que sustentaram a autuação, observo que o Autuante, fez entrega ao contribuinte do demonstrativo analítico com as informações completas sobre os valores lançados, inclusive com registro da “chave de acesso” das notas fiscais, possibilitando dessa forma, o exercício do contraditório e da defesa ampla.

Este procedimento se encontra em consonância com o disposto no § 1º do art. 18, *in verbis*:

*Art.18. São nulos:*

*( . . . )*

*As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

Observo que na constatação de erro na apuração do imposto devido, deve ser realizada a necessária correção. No presente caso, o Autuante esclareceu que o demonstrativo analítico é proveniente das informações constantes na base de dados da SEFAZ e que foram declaradas pelo próprio sujeito passivo. Afirmou que o autuado teve o prazo regulamentar concedido para exercer de forma ampla a defesa e o contraditório e os vícios formais constatados foram devidamente saneados.

Superados, portanto, os argumentos de nulidade, ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, vez que foram indicadas as ocorrências que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário referente ao ICMS substituição tributária, retido pelo sujeito passivo e não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa conforme declaração de entrega dos demonstrativos e CD contendo relação das NFe de Saídas fls.20/21; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e o levantamento fiscal foi realizado com base nas informações fiscais disponibilizadas pelo próprio autuado.

Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal, não se encontrando no presente PAF qualquer dos pressupostos de nulidades previstos no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração trata da retenção do ICMS pelo Autuado, sem o respectivo recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Nas razões defensivas, o impugnante contestou a autuação alegando os seguintes fatos: (i) não haveria nos autos, a fórmula utilizada para apuração do imposto devido, como a alíquota do ICMS e percentuais de MVA, utilizados para apuração do débito; (ii) que a partir de junho de 2016, o percentual de MVA dos produtos a base de trigo – NCM 1905.90, passou para 30% (trinta por cento) e não a 55% (Cinquenta e cinco por cento); (iii) não foram disponibilizadas as cópias das notas fiscais de modo a comprovar se as mercadorias arroladas pelo fiscal, estariam sujeitas ao regime da substituição tributária ou da antecipação parcial; (iv) no rol dos produtos comercializados pela impugnante, até março de 2016, os produtos enquadrados no NCM 1905.90, não estariam sujeitos ao regime da substituição tributária; (v) que o fiscal deixou de compensar o imposto que foi devidamente recolhido pela impugnante na elaboração do levantamento fiscal.

Em sede de informação fiscal, o Autuante afirmou que os Relatórios que embasaram a autuação foram gerados pelas vendas efetuadas e informadas pelo próprio Contribuinte. Aduziu que este fato pode ser constatado da análise do Relatório de notas fiscais – ANALÍTICAS, onde constam, dentre outras, as Colunas: “Notas Fiscais”, o “ICMS Substituto” e a “Chave de Acesso”, contidos no “CD”, fl. 20 dos autos, que lhe foi entregue. Reiterou que estes Relatórios foram obtidos dos arquivos gerados e disponibilizados pelo próprio Autuado à SEFAZ/BA.

Da análise dos elementos que compõem a presente exigência fiscal, verifico que, de fato, a composição, processamento e lavratura do auto de infração decorreram dos arquivos eletrônicos encaminhados pelo defendente para a base de dados da SEFAZ.

Assim, foi o próprio defendente quem declarou as mercadorias nas notas fiscais de vendas, determinou a base de cálculo, aplicou as alíquotas e MVAs correspondentes na apuração do ICMS ST devido. Não faz o menor sentido alegar inconsistências nos valores que ele próprio apurou, sem apontar quais as parcelas que estariam equivocadas.

Neste caso, competiria ao contribuinte autuado fazer efetiva prova do recolhimento do ICMS ST por operação. Acaso fossem verificados possíveis equívocos, quando de sua declaração ao Fisco, relativamente a NCM, MVA, alíquotas, omissão da compensação de créditos, carga tributária, contrariando regras estabelecidas na legislação de regência, aplicadas ao regime de substituição tributária, caberia ao defendente trazer aos autos os elementos para fazer tais comprovações. Para tanto, foi concedido o prazo regulamentar de 60 (sessenta) dias, para o cumprimento de tal desiderato, do qual não se desincumbiu.

O defendente alegou que analisando os seus arquivos, encontrou os comprovantes de pagamento do imposto, a que se refere a autuação, referente aos meses de Janeiro de 2011 a Maio de 2012, totalizando um valor de R\$ 161.021,16. Os comprovantes estariam contidos na mídia que anexou juntamente com sua defesa e esse valor deveria ser subtraído do auto de infração.

O Autuante na informação fiscal afirmou que os citados Documentos de Arrecadação - DAEs, se referem a valores atinentes a Entradas, compras de mercadorias, tanto é assim, que registram Código de Receita é “1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”. Explicou que o levantamento deste Auto de Infração se refere a Saídas (vendas), cujo Código de Receita é “1.006 – ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO”. Ressaltou que todos os valores pagos através desta rubrica foram devidamente considerados, cobrando-se, tão-somente, os valores retidos e não recolhidos.

Analisando os documentos contidos no CD e citados pela defesa, concordo com as conclusões do autuante. Constató que o presente lançamento limita-se a cobrança do ICMS ST nas saídas para contribuintes no estado da Bahia, nada tendo a ver, com operações interestaduais, conforme consigna documentos trazidos pela defesa.

Observo que o auto de infração em análise foi ajustado quando da Informação Fiscal. O autuante explicou que o demonstrativo a partir do Relatório Analítico, com a apresentação dos valores

detalhados, nota a nota, e com a respectiva chave de acesso para cada nota fiscal, registra valores ligeiramente inferiores aos constantes nas Relações de Notas Fiscais – SINTÉTICAS, que serviram de base para os valores lançados originalmente, em função de aproximações numéricas. Informou que, a partir dos Relatórios ANALÍTICOS, os valores mensais foram reduzidos. Importante registrar que o defendente foi cientificado desses novos demonstrativos e não se manifestou.

Destaco que o defendente, em momento algum de sua defesa, aponta objetivamente quais os valores de sua declaração ao Fisco, ensejariam correções devido a inconsistências.

Neste sentido, assim determina o Regulamento do Processo Administrativo deste Estado (RPAF/BA):

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.*

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

*( . . . )*

*§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

O defendente insurgiu-se, de modo veemente, quanto ao percentual da multa aplicada, que entende possuir caráter confiscatório, em afronta ao princípio da proporcionalidade, e aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro. Destacou que as Cortes Superiores do país já firmaram posição nesse sentido.

Ressalto que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, instituído pelo Decreto 7.629/99, não autoriza a apreciação por parte dos órgãos julgadores de questões de inconstitucionalidade da legislação tributária, como dispõe expressamente no art. 167, I.

Por fim, ressalto que a multa de 150% indicada na autuação é a prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, que assim estabelece, *in verbis*:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*( . . . )*

*V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:*

*a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;*

Cabe reiterar que os montantes cobrados nestes autos resultaram dos valores calculados, retidos e não pagos pela própria Autuada. Tais lançamentos, não podem, portanto, serem elididos sob mera alegação de não cometimento da infração.

Diante das determinações legais e pelo fato do impugnante não ter apresentado qualquer motivo (nem jurídico, nem fático) para dar sustentáculo a suas razões defensivas, o auto de infração restou devidamente caracterizado.

Deste modo, acolho as conclusões do autuante e o ICMS devido remanesce em R\$ 499.396,30, conforme novos demonstrativos fls.78 a 80, e 81 a 123.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 232209.3038/16**, lavrado contra **XITO S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$499.396,30**, acrescido da multa de 150% prevista no inciso V, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR