

**A. I. N°** - 279691.0890/07-2  
**AUTUADO** - AVIPAL NORDESTE S/A  
**AUTUANTE** - JOILSON SANTOS DA FONSECA  
**ORIGEM** - IFEP/NORTE  
**INTERNET** - 07.10.2009

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0317-02/09**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. 4. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 6. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS SEM DESTAQUE DO IMPOSTO REGULARMENTE ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO, DESTAQUE E PAGAMENTO DO IMPOSTO. 8. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA. 9. PROGRAMA DESENVOLVE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO FISCAL. DILIÇÃO DE PRAZO DE PAGAMENTO SOBRE PARCELAS NÃO INCENTIVADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 10. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. 11. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO. 12. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Não acolhidas as arguições de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo visto que, foram observados no processo administrativo tributário, os princípios da ampla defesa e do contraditório, da verdade material, da legalidade e da reserva legal. O fato gerador está devidamente identificado e caracterizado, enquanto que a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta esse imposto, o que lhe dá**

fundamentação legal. Os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contêm os elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, tendo em vista que foram baseados nas informações colhidas a partir dos livros e documentos fiscais concernentes às operações de entradas e de saídas de mercadorias efetivadas pelo contribuinte enquanto que o Auto de Infração descreve a infração e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes à multa aplicada. No mérito, o autuado não apresentou nenhum argumento rechaçando a acusação fiscal, bem como qualquer alegação ou elementos de prova, no intuito de elidir quaisquer dos itens da autuação, apesar de ter conhecimento dos levantamentos e demonstrativos levado a efeito pelos autuantes, inclusive, das infrações que lhe são imputadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2008, para exigência de ICMS e MULTA no valor total de R\$742.075,29, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$141.315,09, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de julho, setembro e outubro de 2003 - maio e agosto e dezembro de 2004 - janeiro novembro e dezembro de 2005 - janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a julho de 2007, conforme demonstrativo às fls. 22 a 29;
2. deixou de recolher o ICMS no valor de R\$49.072,49, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls. 31 a 35;
3. deixou de proceder a retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, no valor de R\$3.945,41, na qualidade de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias adquiridas de indústrias localizadas em outra unidade da Federação, conforme demonstrativo às fls. 37 a 43;
4. deixou de recolher o ICMS diferido no valor de R\$135.823,59, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, conforme demonstrativo às fls. 45 a 47;
5. deixou de recolher o ICMS no valor de R\$141.507,68, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento; deixou de recolher o ICMS no valor de R\$49.072,49, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls. 49 a 67;
6. deixou de recolher o ICMS no valor de R\$29.181,59, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrente da falta de destaque do imposto no documento fiscal e seu posterior recolhimento, nos meses de junho e julho de 2006, conforme demonstrativo às fls. 69;
7. deixou de proceder a retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, no valor de R\$ 1.459,08, na qualidade de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em razão da falta de destaque e posterior

recolhimento do imposto, de mercadorias adquiridas de indústrias localizados em outra unidade da Federação, conforme demonstrativo, à fl.71;

8. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$27.529,07, referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção do imposto, mercadorias utilizadas no abate de frangos, nos meses de fevereiro, abril a junho, setembro, outubro e dezembro de 2003 – janeiro de 2004 – maio, agosto, setembro e novembro de 2006 e janeiro, maio, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls. 73 a 75;

9. recolheu a menos ICMS no valor de R\$171.653,47, em razão do uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim, o seu pagamento, nos meses de novembro e dezembro de 2006 e de janeiro a julho de 2007, conforme demonstrativo, às fls. 77 a 411;

10. deu entrada no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no meses de março, abril e dezembro de 2003 - junho, novembro e dezembro de 2004 e de janeiro, março, junho e setembro de 2005, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 5.899,63, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, com base nos documentos fiscais capturados pelos postos fiscais da SEFAZ, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais as fls. 413 a 429;

11. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 31.337,07, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, em agosto de 2005, conforme demonstrativo e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS com o lançamento correspondente, às fls.431 a 440;

12. deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 3.351,12, relativo às entradas de mercadorias com utilização de crédito fiscal, que posteriormente foram objeto de saídas sem incidência do imposto, decorrente de devoluções de exportações de frangos, no meses de dezembro de 2006 e 2007, conforme demonstrativo às fls.442 a 452.

O autuado, em sua defesa, às fls. 457 a 464, alegou que o Auto de Infração foi lavrado com base em suposto não recolhimento de ICMS em razão de doze infrações supostamente cometidas pela Impugnante.

Suscita nulidade do Auto de Infração, alegando que o autuante não cumpriu de um dos requisitos previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional (determinação da matéria tributável), dizendo que há vícios formais, argui cerceamento de defesa.

Aduz que todo o e qualquer lançamento tributário deverá, dentre outros elementos, determinar a matéria tributável, transcreve o referido art.142 do Código Tributário Nacional.

Sustenta que no caso concreto a determinação da matéria tributável é feita de forma absolutamente deficiente e torna impossível, a apresentação de defesa contra os seus fundamentos, por entender que são desconhecidos. Diz que não basta a simples afirmação de que o autuado deixou de recolher o imposto.

Argumenta que muito embora exista uma pretensa descrição da matéria tributável, esta não passa de uma referência às supostas infrações que teriam sido cometidas pela impugnante e que redundaram no alegado não recolhimento de ICMS.

Aduz que para possibilitar o pleno exercício do direito de defesa do contribuinte, é necessário identificar de forma minuciosa todas as operações que foram realizadas pela empresa e que deram azo ao lançamento. Profere que o autuante não identifica, de modo minimamente razoável, as razões pelas quais lavrou o auto de infração.

Assevera que não há a indicação das notas fiscais que acobertaram as operações que não foram submetidas à tributação da maneira tida como correta pela fiscalização.

Aduz que no presente caso o autuado teria supostamente infringido uma série de dispositivos legais, porém não pode comprovar o correto recolhimento do tributo sem saber qual a base de cálculo utilizada pela fiscalização para apurar a importância que ora entende devida, e que o autuante ao demonstrar o ponto específico no qual residiria o descumprimento da legislação por parte do autuado, deveria ser indicado por operação realizada, no seu entender, tal procedimento não ocorreu, deixando o contribuinte absolutamente cerceado de exercer o seu direito de defesa.

Argumenta que, os demonstrativos do crédito tributário constante do Auto de Infração tratam de reconstituições de cálculos que não esclarecem, com a limpidez necessária para que o contribuinte possa apresentar sua defesa, os fundamentos que sustentam o lançamento.

Defende que a indicação, operação por operação, dos pretensos equívocos cometidos pela Impugnante deve ser comprovada pelo fisco, diz que o contribuinte tem o direito e a fiscalização o dever de demonstrar, pontualmente, as razões fáticas e jurídicas que levaram ao lançamento, não sendo aceitável a descrição genérica de uma infração e a relação de uma série de dispositivos legais que não permitem identificar, de forma precisa, a irregularidade alegadamente cometida.

Argui que foi notificada do lançamento efetuado, e que não há nada que permita a verificação concreta da motivação do ato administrativo. Argumenta que o decreto de nulidade é imprescindível no presente caso, na medida em que a lavratura de auto de infração sem a identificação da matéria tributável impede a apresentação com segurança da sua defesa.

Transcreve trechos de comentários do professor Aurélio Pitanga Seixas Filho, invocado por Sérgio André R. G. da Silva sobre princípio da motivação dos atos administrativos, citando o art. 142 do Código Tributário Nacional. Do mesmo modo reproduz trechos da obra do professor Alberto Xavier, bem como lições de Eurico Marcos Diniz de Santi, sobre lançamento tributário e motivação e fundamento legal dos mandamentos.

Conclui, alegando que, inexistindo no Auto de Infração descrição da matéria tributável, e sua fundamentação, pede que seja decretada a sua nulidade, por vício formal, do ato administrativo.

O autuante presta informação fiscal, fl. 481, dizendo que o contribuinte não apresentou nenhum levantamento técnico para contra argumentar os valores apresentados, nem tampouco apresentou impugnação a nenhuma das infrações de forma específica.

Aduz que o autuado apenas apresentou uma defesa de caráter protelatório sob o argumento de que a matéria tributária não está descrita de forma completa, e que por este motivo pede a nulidade do presente Auto de Infração.

Argumenta que, ao se analisar o Auto de Infração e os seus anexos, que dão sustentação, verifica-se que há uma descrição e uma capitulação correta e clara dos fatos e que os anexos acostados ao processo discriminam de forma analítica, nota fiscal, itens lançados, data, base de cálculo e alíquotas, elementos necessários a composição dos valores da infração.

Finaliza pedindo que seja mantido integralmente o Auto de Infração.

#### **VOTO**

Na defesa, o sujeito passivo suscitou nulidade do Auto de Infração, alegando vícios formais por entender que o autuante não cumpriu um dos requisitos previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional - a determinação da matéria tributável - argumentou que, muito embora exista uma pretensa descrição da matéria tributável, esta não passa de uma referência às supostas infrações que teriam sido cometidas pela impugnante e que redundaram no alegado não recolhimento de ICMS, por ter sido feito de forma deficiente, tornando impossível, a apresentação da impugnação contra os seus fundamentos, por entender que são desconhecidos.

Arguiu também, cerceamento do seu direito de defesa aduzindo que não se identificou de forma minuciosa todas as operações que foram realizadas pela empresa com as indicações das notas fiscais que acobertaram as operações, bem como da base de cálculo utilizada pela fiscalização para apurar a importância devida.

Aduziu que a fiscalização não demonstrou, pontualmente, as razões fáticas e jurídicas identificando as irregularidades que levaram ao lançamento. Argüiu ainda que, notificado do lançamento efetuado, entendeu que não há nada que permita a verificação concreta da motivação do ato administrativo.

Inicialmente não acolho o pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo, alinhado acima, visto que, ao contrário do que alegou, foram observados no processo administrativo tributário, os princípios da ampla defesa e do contraditório, da verdade material, da legalidade e da reserva legal. Ressalto que o fato gerador está devidamente identificado e caracterizado, enquanto que a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta esse imposto, o que lhe dá fundamentação legal. Saliento que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contêm os elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, tendo em vista que foram baseados nas informações colhidas a partir dos livros e documentos fiscais concernentes às operações de entradas e de saídas de mercadorias efetivadas pelo contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve a infração e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aqueles correspondentes à multa aplicada.

Por outro lado constam nos autos os termos de início e de prorrogação de fiscalização, fls. 19 a 21, lavrados na forma prevista no art.28, inciso I, §§ 1º e 4º, inciso II; o contribuinte ao assinar pessoalmente o Auto de Infração, no dia 10/10/2008, tomou conhecimento e recebeu cópias dos demonstrativos correspondentes aos levantamentos realizados e das notas fiscais, anexos aos autos, consoante declarações expressas em cada infração, tendo sido todos os demonstrativos elaborados, colacionados aos autos pelo autuante, identificando os números das notas fiscais, com as datas, os CFOP, as descrições e as quantidades dos produtos, a base de cálculo, a alíquota, e os créditos tributários correspondentes, fls. 23 a 413 e 430 a 452, além de cópias das notas fiscais, fls. 414 a 429, coincidentes com os esclarecimentos dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração, atinentes às 12 imputações, na forma prevista no art. 46, RPAF/BA.

Alegou que os demonstrativos de crédito se tratam de reconstituições de cálculos que no seu entendimento não esclarecem com a limpidez necessária o fundamentos que sustentam o lançamento tributário para apresentar sua defesa, contudo, não trouxe aos autos levantamento, planilhas ou demonstrativos, especificando os elementos com as incorreções ou omissões e que não observaram as exigências formais contidas na legislação, cerceadores do seu direito de defesa.

Restou demonstrado, que o contribuinte, em nenhum momento da defesa rechaça a acusação fiscal, não apresentando qualquer alegação ou elementos de prova, no intuito de elidir quaisquer dos itens da autuação, apesar de ter conhecimento dos levantamentos e demonstrativos levado a efeito pelos autuantes, inclusive, das infrações que lhe são imputadas.

O artigo 123, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, diz que é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação, esses elementos não foram carreados aos autos.

O contribuinte em nenhum momento de sua peça defensiva contestou especificamente qualquer das infrações imputadas, identificando cabalmente, falhas no ato administrativo praticado pelo autuante, que resultou na presente autuação. Portanto, está correto o crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração, totalizando o montante de R\$742.075,29.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279691.0890/07-2, lavrado contra

**AVIPAL NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de, **R\$736.175,66**, acrescido das multas de 60% sobre R\$564.522,19 e de 100%, sobre R\$171.653,47, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e”, “f”, IV, “j” e VII “a” e “b” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$5.899,63**, previstas no inciso IX, do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2009

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR