

PROCESSO	- A. I. N° 129423.0034/09-6
RECORRENTE	- CONQUISTA FRANGOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (CONFRANGOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0187-04/10
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 27/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0366-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Trata de operação interestadual com produto enquadrado no regime de substituição tributária [produtos comestíveis resultantes de abate de aves], onde a apuração da base de cálculo deve ser feita com base em valor determinado em pauta fiscal, caso a adição da MVA resultar em valor menor. Infração não elidida. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados aos autos comprovam a ocorrência das operações de aquisições de mercadorias cujo imposto devido por antecipação não foi recolhido tempestivamente. Infração caracterizada. Não acatadas as nulidades suscitadas e indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 4ª JJF, a qual, no Acórdão nº 0187-04/10, considerou Procedente a ação fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$109.875,11, acrescido de multa de 60%, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.741,69, decorrente da imputação de quatro infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas às infrações 01 e 02, a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1: Efetuar o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, conforme cópias de notas fiscais e livro Registro de Entrada. Valor: R\$12.908,39.

INFRAÇÃO 2: Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, conforme cópias de notas fiscais não registradas na escrita fiscal e contábil, comprovantes de pagamentos e cópia do livro Registro de Entrada. Valor: R\$89.384,22.

O autuado, através de advogado, apresentou, tempestivamente, Impugnação (fls. 460 a 481), tendo a autuante prestado a informação fiscal de praxe às fls. 485/486.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

“Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade das infrações 1 e 2, sob o argumento de que as acusações se fundamentam nos artigos 371; 125, II, “b”, c/c art. 61 do RICMS-BA, sendo que o primeiro dispositivo se aplica a situação em que não haja Convênio ou Protocolo e o segundo se aplica quando houver Convênio ou Protocolo entre o Estado da Bahia e o Estado de origem. Afirmou que pela dificuldade de identificar qual dos dois dispositivos se aplica às infrações apontadas, foi dificultado o exercício do contraditório o que conduz à incerteza da infração.”

Verifico que o art. 371 do RICMS/BA trata da obrigatoriedade de pagar o ICMS antecipado relativo às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária na legislação do Estado da Bahia, que efetivamente se aplica às operações objeto da autuação. Já o art. 125, II do mesmo diploma legal trata do prazo de recolhimento do ICMS-ST. Constatou que o autuado transcreveu na sua defesa, a alínea "b" com redação dada à alínea "b", do inciso II do art. 125 pelo Decreto nº 7.295/98, com efeitos de 05/05/98 a 17/07/00. Como os fatos geradores das operações ocorreram nos exercícios de 2006 e 2007, a redação aplicável é a dada pelo Decreto nº 8969/04, com efeitos a partir de 01/03/04 que estabelece: "tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes". Portanto, ao contrário do que foi afirmado, não se trata de regra a ser aplicada a operações submetidas a Convênios e Protocolos e sim da substituição tributária por antecipação prevista na legislação estadual, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Suscitou também a nulidade das infrações 1 e 2, sob o argumento que na apuração da base de cálculo foi aplicada a pauta fiscal relativa a aves e suas partes, que não encontra respaldo na Lei nº 7.014/96. Verifico que tanto a infração 1, como a infração 2, no que se refere à base de cálculo foi indicado no enquadramento o art. 61 do RICMS/BA. Embora não tenha sido indicado o inciso específico, em se tratando de operações com produtos comestíveis resultantes de abates de aves, é previsto no inciso VIII, "b" que se tratando de antecipação tributária exigida no momento da entrada no território deste Estado é o valor da operação própria, acrescido da margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88 ou o valor determinado em pauta fiscal, se este for maior que a base de cálculo prevista no item anterior.

Por sua vez, o art. 23, §6º da citada Lei 7.014/96 estabelece que para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é: Nas situações de que cuida o §4º do art. 8º, a base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação será determinada de acordo com o valor acrescido "desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver".

Pelo exposto, conforme regra prevista no art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Logo, ao contrário do que foi afirmado, existe previsão legal para apurar o ICMS-ST das operações de aquisição em outros Estados, com base na pauta fiscal, não havendo motivação para declaração de nulidade do procedimento fiscal.

Suscitou ainda, a nulidade da infração 2, por entender que não houve aquisição por parte de estabelecimento produtor, nos termos do art. 19, II da Lei nº 7.014/96 e que só caberia a aplicação da pauta se fixada por meio de Convênio da Bahia com outros Estados. Como apreciado anteriormente, a infração 2 trata de operações interestadual de produtos comestíveis resultante do abate de aves que estão submetidas ao regime de substituição tributária e a base de cálculo é o valor determinado em pauta fiscal, se este for maior que a base de cálculo resultante do valor da operação própria acrescido do MVA previsto no Anexo 88 (art. 61, VIII, "b" do RICMS/BA). Logo, a exigência fiscal tem respaldo legal na legislação, não havendo a nulidade pretendida.

Quanto à nulidade da infração 2, sob o argumento de que o imposto foi exigido por presunção não autorizada por Lei, visto que as notas fiscais foram colhidas junto aos emitentes e não capturadas no sistema CFAMT, que em tese comprovaria a circulação física das mercadorias no território do Estado da Bahia, verifico que foram juntados ao processo cópias dos documentos fiscais coletados em estabelecimentos fornecedores do estabelecimento autuado, tendo sido fornecido cópias dos mesmos, o que possibilitou que o impugnante exercesse o seu direito de defesa e não implica a nulidade. Quanto à validade das provas da acusação e ocorrência da infração, entendo que isso se trata do mérito da questão o que será apreciado a seguir.

Na defesa apresentada o autuado requereu a realização de diligência para comprovar que o imposto não foi recolhido a menos que o devido. Observo que de acordo com o art. 150, I do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, "b" do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No mérito o Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas, bem como aplica multa por descumprimento de obrigação acessória.

No tocante à infração 1, o autuado alegou que apurou o ICMS-ST constituindo a base de cálculo prevista no Anexo 88 do RICMS/BA e é descabida a exigência do imposto com base na pauta fiscal.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que conforme demonstrativo às fls. 25 e 29 foi exigido ICMS-ST relativo ao recolhimento a menos, referente às notas fiscais 290722, 291910, 1272, 184449, 187913, 3713 e 289287.

Tomando como exemplo a nota fiscal 290722 a autuante indicou que a base de cálculo foi apurada de acordo com a IN 43/2004 em que é previsto o preço unitário de R\$3,00 para o produto coxa e sobre coxa totalizando R\$32.400,00 (10.800 Kg x R\$3,00). Aplicado a alíquota de 17% resultou em débito de R\$5.508,00 que deduzido do crédito de R\$1.134,00 destacado na nota fiscal (fl. 28), resultou em ICMS-ST de R\$4.374,00 que deduzido do valor recolhido de R\$3.344,24 resultou em valor recolhido a menos de R\$1.029,76 que somado ao valor não recolhido de R\$3.582,25 referente à nota fiscal 291910 totalizou R\$4.612,01.

Embora o autuado não tenha apresentado qualquer demonstrativo junto com a defesa para evidenciar como apurou a base de cálculo e o valor do imposto recolhido por antecipação, considerando que argumentou ter apurado o imposto acrescentando a MVA sobre o valor da operação de aquisição, observo que o valor unitário do quilo de coxa e sobre coxa constante na nota fiscal 290722 era de R\$1,50 que acrescido da MVA de 23% resulta em base de cálculo de R\$1,85 por quilo, valor este inferior ao determinado na pauta fiscal de R\$3,00 por quilo.

Como o art. 61, VIII, "b" do RICMS/BA (art. 23, § 6º cc art. 8º, § 4º da Lei nº 7.014/96), estabelece que para esta operação a base de cálculo é o valor da operação própria, acrescido da margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88 ou o valor determinado em pauta fiscal, se este for maior que a base de cálculo prevista no item anterior, está comprovado que na apuração do imposto devido por antecipação, deve prevalecer o valor determinado pela pauta fiscal, visto que o valor da aquisição acrescido da MVA resulta em valor inferior ao determinado na pauta fiscal. O mesmo procedimento se aplica aos demais produtos objeto do levantamento fiscal. Portanto está correta a exigência fiscal. Infração não elidida.

No tocante à infração 2, alegou não ter adquirido as mercadorias consignadas nas segundas vias das notas fiscais apresentadas pela fiscalização, por não ter comprovado sua circulação física (passado posto fiscal, nem recebimento, não comprova a entrada da mercadoria, nota fiscal não foi capturadas no CFAMT).

Inicialmente devo ressaltar que a simples juntada de cópia de nota fiscal coletada em estabelecimento fornecedor situado em outros Estados, não comprova a ocorrência da operação mercantil entre o emitente e destinatário do documento fiscal. Entretanto, na situação presente constato que conforme cópia das notas fiscais 6382, 6855 e 7899, emitidas pela Cooperativa Agrícola Mista Rondon (COPAGRIL), situada no Estado do Paraná (fls. 46/48) todas apresentam canhoto com carimbo do estabelecimento autuado e assinatura atestando o recebimento das mercadorias.

Da mesma forma em resposta a circularização feita pelo Fisco deste Estado, o documento à fl. 51, emitido pela Cooperativa Agroindustrial Lar situada no Estado do Paraná, confirma vendas das mercadorias para o estabelecimento autuado referente às notas fiscais 176532 e 176533 (fls. 52/54), nas quais constam carimbo e assinatura confirmando o recebimento pelo estabelecimento autuado, além das cópias de extratos bancários juntadas pelo fornecedor às fls. 55/57; 67/69; 72/74; 79 para comprovar o recebimento pelo pagamento das vendas, de acordo com declarações emitidas pelos fornecedores.

Também a empresa AVEBOM - Indústria de Alimentos Ltda., situada no município de Jaguapitã-PR emitiu declaração relativa a venda das mercadorias consignadas na nota fiscal 11207 (fls. 80/81), indicando pagamento das duplicatas em 25/11/06; 30/11/06 e 05/12/06, cujas duplicatas foram assinadas e aposto carimbo do estabelecimento autuado (fl. 82).

Pelo exposto, na situação presente não se trata apenas de juntada de cópias de notas fiscais coletadas junto aos estabelecimentos dos fornecedores, tendo em vista que foram juntados canhotos que comprovam o recebimento das mercadorias por parte do estabelecimento autuado mediante aposição de carimbo e assinatura. Além disso, foram juntadas declarações por parte dos fornecedores confirmando à fiscalização as vendas das mercadorias, indicação de número de pedidos (vide NF à fls. 81) e boletos bancários cujas cópias foram juntadas ao processo (fl. 82).

Além disso, conforme documento à fl. 453, a autuante fez entrega ao autuado mediante recibo de todas as cópias dos documentos fiscais enviados pelos fornecedores. Portanto, restou comprovado que o ICMS-ST exigido nesta infração está respaldado em provas documentais de operações de aquisições de mercadorias e o autuado diante dos documentos fiscais que lhe foram fornecidos, não apresentou qualquer prova que desconstituísse a realização das operações de aquisições de mercadorias sem pagamento do imposto de que está sendo acusado, o que ao teor do art. 143 do RPAF/99, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto ao argumento de que a prova da aquisição das mercadorias poderia ser feita mediante a aplicação de outros roteiros de fiscalização, a exemplo de contagem de estoques não deve ser acatada, tendo em vista que os documentos juntados ao processo, conforme apreciado anteriormente constituem prova suficiente da ocorrência das operações de aquisições das mercadorias objeto da autuação. Infração caracterizada.

Relativamente às infrações 3 e 4, as mesmas não foram contestadas na defesa apresentada e a cópia de detalhe do parcelamento do Auto de Infração (fls. 490/494), constante do Sistema SIGAT demonstra que as mesmas foram reconhecidas e pagas. Portanto, devem ser mantidas na sua totalidade.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.”

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 513/532), sustentando todas as nulidades suscitadas e teses já apresentadas na oportunidade da defesa.

Após asseverar que o Relator, para fundamentar seu voto, citou o artigo 61, VIII, “b”, do RICMS-BA e os artigos 23, §§ 4º, 6º e 8º ambos da Lei nº 7.014/96, argumentou que a pauta fiscal, em tais casos, só poderia ser aplicada com a obediência ao contido no artigo 19, parágrafo único, IV, o qual estabelece a existência de celebração de convênio ou protocolo entre a Bahia e as unidades da Federação envolvidas.

Reiterou as razões suscitadas na defesa, de que o inciso II do art. 19, da Lei nº 7.014/96, só autoriza a utilização da pauta nas operações efetuadas pelo produtor, e que a pauta foi aplicada ao comprador das mercadorias, referentemente à infração 1 e, também, utilizada na imputação 02, neste último caso sobre mercadorias não recebidas pelo autuado.

Sustentou que tais fatos, de acordo com o artigo 18, II e IV, “a” do RPAF/BA, tornariam nulos os itens 01 e 02 da autuação.

Invocou e transcreveu, para viabilizar a nulidade, o artigo 23 da Lei nº 7.014/96, afirmando previsão do inciso I, “b”, que a antecipação do imposto tem como base de cálculo o valor da operação, incluindo as despesas, o que denotaria uso indevido da pauta fiscal. Por sua vez o inciso II, que trata das operações subsequentes, descreve como encontrar a base de cálculo do imposto, sem fazer uso da pauta fiscal.

Em seguida, discorreu sobre os §§ 2º, 3º, 4º, 5º, indicando que se reportam ao cálculo do valor dos produtos com substituição tributária, sem a possibilidade de aplicação da pauta, enquanto o § 6º prevê a não ser possível base de cálculo inferior ao preço da pauta e, se for, para ser válida em operações interestaduais, teria de fazer parte de convênio ou protocolo entre os Estados, portanto nulas as autuações dos itens 01 e 02, já que a forma encontrada pela agente do fisco provocou cerceamento à defesa, posto que incerta se apresenta a base de cálculo do imposto (art. 18, II e IV do RPAF/BA).

Sequenciando, arguiu a nulidade da infração 2, transcrevendo o art. 8º, I, § 4º da Lei nº 7.014/96, que estabelece responsabilidade do recolhimento do imposto àquele “*em cujo estabelecimento tenha entrado mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária*”, afirmando ser incerta a infração dita cometida (item 02), eis que não está devidamente comprovada a entrada de mercadorias constantes da autuação, “*existindo tão somente, uma presunção não autorizada por Lei*”, além da insegurança quanto à constituição da base de cálculo lançada.

Prosseguindo, asseverou que o art. 61 do RICMS/BA, consignado no enquadramento das infrações 1 e 2, determina a constituição da base de cálculo para fins de retenção do imposto pelo substituto, na saída para este Estado, sendo, para fins de antecipação do pagamento na entrada do destinatário, o preço máximo ou único de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado pelo fabricante, pelo importador ou pela autoridade competente (inciso I) ou nos casos em que não há fixação dos valores determinados no inciso I (inciso II).

Defendeu a falta de possibilidade de ser aplicada a pauta em relação às infrações 1 e 2, eis que a fixação por autoridade competente, como determinado no inciso I, não se confunde com a pauta fiscal, pelas razões expostas, não podendo ser aplicada, além de que as referidas infrações tratam de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária contidas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA.

Afirmou a impossibilidade de ser aplicada a pauta fiscal para as mercadorias constantes dos mencionados Anexos, porquanto o art. 61, II, “a” e “b”, fixa como deve ser encontrada a base de cálculo do imposto, reiterando a nulidade das infrações citadas (art. 18, II e IV do RPAF/BA).

Por último, no âmbito das preliminares de nulidade, em relação à infração 2, disse que a autuante acusou a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por

substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88 e 89, mas para comprovar a infração juntou ao processo cópias de segundas vias de notas fiscais, obtidas junto aos emitentes, sem que estivessem registradas na escrita fiscal do estabelecimento autuado.

Argumentou ser inexistente, na legislação tributária do Estado da Bahia, qualquer autorização de presunção aplicada, ressaltando que as notas fiscais não foram capturadas no CFAMT e não comprovam a circulação das mercadorias neste Estado, não sendo cabível a cobrança de tributo, como tem decidido o CONSEF em diversos julgados.

Entendeu não ser possível a subsistência da cobrança de imposto pela absoluta falta de certeza da infração, o que conduziria à sua nulidade, nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Adentrando ao mérito, o recorrente afirmou a total improcedência da autuação, argumentando, para a infração 1, que a empresa recolheu de forma regular os impostos devidos, relativos às notas fiscais relacionadas pela autuante, sendo descabida a aplicação da pauta fiscal, tendo em vista que constituiu base de cálculo, como previsionado nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA, informado pela autuante como albergues das mercadorias adquiridas pelo autuado.

Diante da falta de provas suficientes no Auto de Infração, demonstrativos conclusivos indicando o método e a forma pela qual se encontrou o dito débito, requereu a realização de diligência para comprovação de que o imposto não foi recolhido a menos que o devido.

No tocante à infração 2, assegurou ser também improcedente, haja vista que não adquiriu qualquer das mercadorias consignadas nas segundas vias das notas fiscais apresentadas pela fiscalização.

Ressaltou que as várias notas fiscais relacionadas pela autuante não possuem qualquer sinal identificador de haver passado em qualquer posto fiscal, nem a comprovação do recebimento de tais mercadorias por parte do autuado no canhoto do formulário da nota fiscal, sem deixar de comentar a ausência de qualquer conhecimento de frete.

Argumentou que a mera existência das cópias das segundas vias das notas fiscais não produziria a presunção *iuris tantum* da hipotética infração que lhe é atribuída, por se tratar de indício tênue, incapaz de comprovar a entrada da mercadoria no seu estabelecimento, sem que as mesmas tenham sido capturadas no CFAMT, mas, de forma simples e unilateral, obtidas junto aos “pseudo” remetentes, com solicitação de cópias das notas fiscais.

Disse ser do autuante o ônus de prova da aquisição das mercadorias, o que não ocorreu, além de ser admissível à apuração por meio de outros roteiros de fiscalização, como a contagem de estoques *in loco*, por exercício fechado e/ou aberto, que apurassem as divergências físicas no quantitativo das mercadorias constantes das cópias das notas fiscais, o que conduziria à indiscutível improcedência da autuação.

Reproduziu ementas e trechos dos Acórdãos JJF nº 0481-03.03 e CJF 4992/98, prolatados pelo CONSEF, para fundamentar o posicionamento de que não há comprovação fático-jurídica do cometimento da infração, requerendo a improcedência da infração 2.

Concluiu o Recurso Voluntário postulando a nulidade das autuações ou a sua total improcedência, diante das fragilidades elencadas nos itens defensivos.

Em seu Parecer de fls. 537/539, a ilustre representante da PGE/PROFIS destacou que a irresignação interposta pelo contribuinte cingia-se às infrações 1 e 2, especificamente quanto à base de cálculo aplicada, pois entendeu o recorrente não ser possível se adotar como base de cálculo a pauta fiscal utilizada pela autuante, argumentando, relativamente à infração 2, que as notas fiscais utilizadas na autuação não fazem prova do ingresso da mercadoria no estabelecimento autuado.

O opinativo salientou que a adoção da pauta fiscal como base de cálculo nas operações com produtos agropecuários, no caso concreto abate de aves, encontra previsão na Lei nº 7.014/96, consoante expressamente disposto no art. 19, I, citando, ainda, o art. 61, VIII, “b”, do RICMS, como lastro para adoção da pauta fiscal.

No que tange à infração 2, a ilustre procuradora transcreveu parte da Decisão da Primeira Instância administrativa (fls. 501/502), para asseverar que restava cabalmente demonstrado e comprovado nos autos o efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado, não fornecendo o recorrente qualquer prova que desconstituísse as operações de aquisições sem o pagamento do imposto.

Finalizou opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, porquanto os argumentos do recorrente não se apresentavam suficientes para infirmar o Auto de Infração em apreço.

No Órgão Colegiado, tendo sido designado Relator, depois de examinar detidamente o feito, o submeto a julgamento, nesta Sessão.

VOTO

Versa o presente Recurso Voluntário sobre a irresignação do sujeito passivo com a Decisão de primeira instância, atinente às infrações nºs 1 e 2, descritas, minuciosamente, no relatório supra, onde se exige ICMS acrescido de multas por descumprimento de obrigação principal.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal analisou as imputações, com detalhes, apresentando-se as razões recursais como meras repetições das teses sustentadas na impugnação, inclusive reiterando as nulidades do Auto de Infração, bem como o requerimento para realização de diligência, objetivando comprovar as suas alegações defensivas.

De plano, lastreado no art. 147 do RPAF, indefiro a diligência postulada, porquanto suficientes se apresentam, para a formação do convencimento do Órgão Julgador, os elementos informativos residentes na proceduralidade, frisado o fato de o sujeito passivo não ter acostado, à sua peça recursal, qualquer demonstrativo ou elemento indicativo para a produção de prova pretendida, capazes de ensejar a necessidade de esclarecimentos adicionais, necessários à definição da lide.

Outrossim, não podem prosperar as preliminares de nulidade arguidas, na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades legais, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações imputadas, não pairando dúvida quanto à independência das infrações descritas no presente lançamento tributário, estando discriminadas, nos demonstrativos de débitos, todas as notas fiscais objetos das imputações, frisando-se o aspecto de que todas as nulidades suscitadas já foram devidamente apreciadas e rechaçadas na Decisão de piso, ora hostilizada sem qualquer nova argumentação.

De igual sorte, nenhuma razão assiste ao recorrente, quando suscitou a nulidade das infrações 1 e 2, sob o argumento da inaplicabilidade, na apuração da base de cálculo, da pauta fiscal relativa a aves e suas partes, por não encontrar respaldo na Lei do ICMS/BA.

A uma, porque a adoção da base de cálculo mediante pauta fiscal encontra previsão expressa no inciso I, art. 19, da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

“Art. 19. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticados no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

I – nas operações com produtos agropecuários;”

A duas, porque a norma legal, sem margem a dúvidas, estatui no seu art. 61, VIII, “b”, do RICMS/BA, que:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

VIII - nas operações com os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:

b) tratando-se de antecipação tributária exigida no momento da saída interna ou da entrada no território deste Estado dos produtos resultantes do abate:

- 1 - o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88;**
- 2 - o valor determinado em pauta fiscal, se este for maior que a base de cálculo prevista no item anterior.** (Grifos do relator).

A par disso, razão também não assiste à recorrente, quando sustenta que a pauta só poderia ser aplicada se existisse convênio ou protocolo celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação envolvidas, visto se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes no território baiano.

Por conseguinte, ao contrário do que foi alegado, não se trata de regra a ser aplicada a operações submetidas a convênios e protocolos, mas, sim, da substituição tributária por antecipação, prevista na legislação estadual, motivo pelo qual não pode prosperar a nulidade suscitada, *ex vi* do art. 23, § 6º, I, da Lei nº 7.014/96.

Tangentemente a arguição de nulidade da infração 2, sob o fundamento de que o imposto foi exigido por presunção não autorizada por Lei, porquanto as notas fiscais foram colhidas junto aos emitentes e não capturadas no sistema CFAMT, além do que as cópias dessas notas fiscais não comprovariam a circulação física das mercadorias no território do Estado da Bahia, não merece acolhida.

Foram juntadas ao feito, cópias dos documentos fiscais coletados em estabelecimentos fornecedores do estabelecimento autuado, tendo sido fornecido cópias dos mesmos, o que possibilitou que o recorrente exercesse o seu direito de defesa, inexistindo qualquer nulidade a tal título.

Vale frisar que entendo ser a validade das provas da acusação e ocorrência da infração questões a ser tratadas no âmbito da análise do mérito da imputação.

Assim, já incursionando na seara meritória, o decisório desmerece qualquer reforma, na medida em que o recorrente não trouxe nenhum fundamento novo e/ou documento hábil, no desiderato de modificar a Decisão farpeada e/ou afastar as imputações impostas, apresentando-se a petição do Recurso Voluntário como mera repetição das teses constantes da impugnação.

Com efeito, em relação às alegações de improcedência da infração 1, de que o autuado teria recolhido, de forma regular, os impostos devidos relativos às notas fiscais elencadas pela autuante, sendo descabida a aplicação da pauta fiscal, não tem o menor amparo para elidir a acusação.

Conforme já analisado quando da apreciação das preliminares, o art. 61, VIII, “b”, do RICMS/BA, o artigo 23, § 6º c/c o art. 8º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelecem que, para a operação em comento, a base de cálculo é o valor da operação própria, acrescido da margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88 ou o valor determinado em pauta fiscal, se este for maior que a base de cálculo prevista no item anterior.

Na proceduralidade se encontra comprovado que na apuração do imposto devido por antecipação, é correta a aplicação da correspondente pauta fiscal, visto que o valor da aquisição acrescido da MVA é inferior àquele determinado na pauta fiscal.

Vale frisar que o sujeito passivo, apesar de alegar ter efetuado o recolhimento do imposto devido, na seara das normas legais, não juntou nenhum demonstrativo ou elemento informativo, que pudesse servir de fundamento para suas teses, inclusive que fosse capaz de provocar um eventual atendimento ao pleito de realização diligência, caso esses elementos provocassem dúvidas no desate da controvérsia.

Mantendo, portanto, a Decisão de 1º grau, na linha da Procedência da infração 1.

No que se refere ao mérito da infração 2, a alegação recursal, segundo a qual o autuado não adquiriu qualquer das mercadorias evidenciadas pelas cópias das 2ª vias das notas fiscais

apresentadas pela fiscalização, não podem ser acolhidas, pois destituídas de qualquer comprovação fática, que desconstituísse a realização das operações de aquisições indicadas na ação fiscal, com a consequente falta de recolhimento do imposto devido nas referidas operações.

À luz do artigo 143 do RPAF/BA, a mera negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da responsabilidade pelo pagamento do imposto que se está exigindo pela imputação.

Ressalte-se que, em consonância com o entendimento da Representante da PGE/PROFIS (fl. 539), constam dos autos elementos suficientes para confirmar o efetivo recebimento das mercadorias no estabelecimento autuado, não apenas pela juntada de cópias de notas fiscais coletadas junto a fornecedores do sujeito passivo, mas porque foram anexados canhotos que comprovam o recebimento das mercadorias mediante aposição de carimbo e assinatura e, além disso, foram acostadas declarações dos fornecedores, na linha de confirmar, à fiscalização, as vendas das mercadorias, indicando o número de pedidos, datas de recebimentos dos pagamentos e alguns boletos bancários, cujas cópias foram colacionadas à procedimentalidade.

Quanto à alegação de que a procedência da infração só se efetiva mediante a aplicação de outros roteiros de fiscalização, no caso um levantamento quantitativo de estoques, mais uma vez não há guarida para tal alegação, visto que, conforme já dito anteriormente, os documentos existentes no processo confirmam a ocorrência das operações de aquisição das mercadorias objetos da ação fiscal.

Observe-se que, acaso estivesse o contribuinte sendo vítima de qualquer fraude de natureza comercial, deveria formalizar denúncia junto aos órgãos competentes, inclusive de natureza criminal, para que fossem adotadas as providências necessárias.

Concludentemente, tratando-se o Recurso Voluntário de peça meramente procrastinatória, com todos os argumentos já devidamente apreciados na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cuja Decisão se afigura incensurável, porquanto proferida em consonância com os ditames legais, entendo restarem efetivamente comprovadas as infrações.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau, no sentido da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 129423.0039/09-6, lavrado contra **CONQUISTA FRANGOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (CONFRANGOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.875,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.741,69** prevista no art. 42, XI, da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELLHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS