

A. I. Nº - 294888.0002/08-8
AUTUADO - TX AGROPECUÁRIA E TURISMO S.A.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 06/06/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0098-03/11

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DESISTÊNCIA DA DEFESA. Nos termos do inciso I do artigo 156 do CTN, extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal dele decorrente, em conformidade com o inciso IV do artigo 122 do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2008, exige ICMS no valor total de R\$51.518,04, e aplica penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$23.418,25, em razão das seguintes imputações:

Infração 01. Falta de recolhimento de ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário. Exercício de 2005 – meses de janeiro a agosto e dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro, março a maio, julho e setembro. Demonstrativos às fls. 20, 21, 43 e 44. ICMS no valor de R\$1.433,53, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Exercício de 2005 – meses de janeiro, setembro e dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro, maio a julho e outubro; Exercício de 2007 – mês de março. Demonstrativos às fls. 53, 54, 62, 63, 70 e 71. ICMS no valor de R\$1.974,87, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2007 – meses de janeiro a julho, setembro a dezembro. Demonstrativos às fls. 73 a 76, 175, 176, 177, 178, 276 a 278. ICMS no valor de R\$48.109,64, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Exercício de 2005 – meses de fevereiro, março, agosto a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro, março a dezembro; Exercício de 2007 – mês de janeiro. Demonstrativos às fls. 326, 327, 343 a 346, 383 e 384. Multa no valor de R\$23.418,25.

Às fls. 474 a 487 (volume II) o sujeito passivo, por intermédio de advogado com Procuração à fl.488, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Em relação à infração 01, o contribuinte afirma que adquiriu de produtores rurais mel de abelha, queijo, etc., para comercialização no seu estabelecimento hoteleiro. Disse que o recolhimento desse tributo se

efetivou no momento da saída da mercadoria para o consumidor final, quando do fornecimento dos produtos agrícolas para os hóspedes do hotel. O contribuinte argumenta que exigir que se pague o tributo neste auto de infração seria brindar o fisco com o enriquecimento sem causa. Diz que é o chamado *bis in idem*, aduzindo ser dois impostos sobre o mesmo ato, porém decretados pela mesma autoridade. Argumenta que a hipótese é de diferimento do ICMS, previsto no artigo 343 do Regulamento, e não de responsabilidade solidária. Alega que os produtos agrícolas objetos da autuação são desprovidos de qualquer preparo de natureza industrial, e que se trata de produto artesanal. Aduz que estes produtos estão isentos de ICMS por força de Convênios celebrados no CONFAZ. Conclui pela improcedência desta Infração. Em relação às Infrações 02 e 03, afirma que se instalou a dúvida quando a fiscal elaborou os mapas ICMS Substituição Tributária e ICMS Antecipação Parcial. Relata que constam dos mapas elaborados pela fiscal autuante mercadorias com o regime de substituição tributária, antecipação tributária e uso e consumo no estabelecimento, porém diz que a autuante inseriu no mapa antecipação parcial mercadorias para uso e consumo no estabelecimento, e alega que isto dificultou a defesa dele, citando o artigo 5º, LV, da Constituição da República. Afirma que, em relação à Nota Fiscal nº 11737, cuja mercadoria é EP 450 VHF 16 CH 5W, componente eletrônico, afirma ser material de consumo, e alega que a autuante a inseriu no mapa de antecipação parcial; em relação à Nota Fiscal nº 2708, cuja mercadoria HTH Algicida Choque 1 lt ARC, refere-se a produto para tratamento de água da piscina, que alega ser material de consumo e que foi inserida no mapa de antecipação parcial. Diz que a informação de que o autuado adquiriu mercadorias do exterior acerca da Infração 02 não é verdadeira, alegando que todas as mercadorias foram adquiridas no mercado interno. Alega que o Auto não traz a clareza e exatidão indispensável ao exercício da ampla defesa e do contraditório pleno. Diz que o auto de infração como ato administrativo regrado e vinculado depende de requisitos e condições sem os quais perde sua validade administrativa e eficácia jurídica. Alega que, no caso em questão, a falta de clareza e a incerteza da acusação fulminaram de nulidade, aduzindo que a acusação tinha que ser certa e determinada. Repete a alegação de que isto confrontou diretamente com o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, transcrevendo-o. Cita a lição do tributarista Samuel Monteiro em relação aos requisitos-condição de um auto de infração, sem os quais padecerá de nulidade insanável. Alega que a narrativa do fato motivador do ilícito veio acompanhada de dúvida, aduzindo que no direito tributário pátrio as dúvidas devem ser dirimidas sempre a favor do contribuinte e não do fisco (*in dubio pro contribuinte*), transcrevendo o artigo 112, I a IV, do CTN. Sobre este tema cita lição de Hugo de Brito Machado. Em seguida, argüi a inconstitucionalidade no que tange à cobrança de ICMS na aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento. Diz que a cobrança de ICMS neste caso fere o artigo 155, §2º, IX, “a”, da Constituição da República e o artigo 20, da Lei Complementar 87/96. Transcreve o primeiro artigo citado, e em seguida alega que a incidência de ICMS para bens destinados a ativo fixo ou consumo do estabelecimento só ocorre quando tratar-se de mercadoria importada, e diz que não é o caso em comento. Alega que os bens, e não mercadorias, foram adquiridos para conservação e manutenção da atividade do mesmo. Cita lição de Hugo de Brito Machado acerca dos bens destinados a consumo ou ativo fixo. Transcreve parecer relativo ao processo de nº10351920087. Conclui pela improcedência das Infrações nºs 02 e 03. Em relação à Infração 04, o contribuinte alega que a pena advinda da imputação relativa a esta infração deve ser “nulificada”. Alega que a penalidade decorrente da emissão de Nota Fiscal em substituição ao uso do Cupom Fiscal é “de extrema ilegalidade”, aduzindo que o ato do contribuinte não trouxe qualquer prejuízo aos cofres da Fazenda Pública. Diz que a pena no direito tributário tem o escopo de inibir a prática do ilícito fiscal e reparar o prejuízo sofrido pelo erário público, e que o tamanho da pena é diretamente proporcional ao prejuízo, citando e transcrevendo o artigo 112, IV, do CTN. O contribuinte questiona onde reside o prejuízo decorrente da substituição de Cupom Fiscal para Nota Fiscal. Alega que a tributação foi oferecida *in totum*, e que não se justifica a aplicação da pena de 5%, aduzindo que mais parece com alíquota de imposto do que o percentual de uma pena. Conclui pela improcedência total do

auto de infração. Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos. Junta documentos às fls. 488 a 490.

Às fls. 491-A e 492 a autuante presta informação fiscal. Preliminarmente alega que descabe a arguição de nulidade do Auto com base nos argumentos defensivos. Diz que o Auto de Infração foi lançado em obediência aos preceitos do RPAF/BA. Diz que, em relação à Infração 01, esta foi lançada de acordo com o artigo 39, VIII do RICMS/BA. Em relação à Infração 02, diz que está em conformidade com o disposto no artigo 371 do RICMS/BA, transcrevendo-o. Afirma que a interpretação da defesa quanto à alegação de que fora informado nos autos que o autuado adquiriu mercadorias do exterior está equivocada. Diz que o lançamento refere-se às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Em relação à Infração 03, a autuante alega que se aplica o disposto no artigo 352-A, §3º, II do RICMS/BA, pois afirma que o contribuinte exerce atividade mista: hotel com restaurante, em seguida transcreve o artigo mencionado. Por fim, alega que a penalidade aplicada na Infração 04 está em conformidade com o RICMS/BA. Conclui pela procedência total do Auto de Infração, alegando que o autuado não anexou à defesa levantamentos ou documentos capazes de descaracterizar o Auto de Infração.

Às fls. 496 e 497 o contribuinte se manifesta acerca da Informação Fiscal prestada. Alega que a autuante saiu pela tangente e não enfrentou os argumentos jurídicos invocados pelo mesmo em sua defesa. O autuado aduz que invocou em sua defesa matéria de direito e não matéria de fato, e afirma que por isso nenhuma prova haveria de ser juntada. Diz que a contestação da autuante deveria rebater os argumentos jurídicos trazidos na defesa. Alega que a informação da fiscal em nada alterou os rumos do PAF, requerendo que “Vossa Senhoria” aprecie as acusações contidas no auto de infração e na defesa apresentada. Conclui pela improcedência do auto de infração. Junta documentos às fls. 498 e 499.

À fl. 501, considerando o teor das alegações defensivas, esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que fossem tomadas certas providências. Em relação à Infração 01, foi solicitado ao autuante que fizesse demonstrativos separados para as operações com queijo, e as operações com mel de abelhas, consoante artigo 129, II e §único, II, e artigo 343, LVI, ambos do RICMS/BA. Solicitado ao autuante que verificasse se o contribuinte comprovara o recolhimento do ICMS referente às operações com mel de abelhas e com queijo, quando das saídas que efetuou a consumidor final, consoante afirmação à fl. 475 dos autos. Caso o contribuinte já houvera recolhido este imposto, solicitava que o autuante fizesse demonstrativos separados para a situação do recolhimento quando das saídas com cada um dos dois produtos, e outro demonstrativo para a situação de não recolhimento nas saídas para consumidor final. Solicitava que, em relação à Infração 03, o autuante verificasse se do levantamento efetuado constam operações com produtos destinados a seu consumo, ativo fixo, ou enquadrados no regime de substituição tributária e, caso existissem, excluísse estes produtos do levantamento fiscal relativo a esta Infração, elaborando novo demonstrativo do débito apurado. Solicitava à INFAZ de origem que fornecesse ao autuado cópia daquela diligência e dos novos demonstrativos acostados ao processo pelo autuante, reabrindo o prazo de defesa.

Às fls. 503 e 504 o autuante presta informação fiscal em atendimento à diligência fiscal exarada à fl. 501 deste PAF. Em relação à Infração 01, diz que não foram refeitos separadamente os demonstrativos das operações com queijo e mel de abelhas porque diz não se tratar de situação de diferimento, pois aduz que o autuado exerce a atividade de hotel, conforme se verifica dos dados cadastrais anexos às fls.13 dos autos, e afirma não ser alcançada pelo benefício do diferimento. Afirma que o contribuinte adquire o queijo e o mel de abelhas diretamente do produtor para serem servidos diretamente ao consumidor final, no café da manhã, que afirma estar incluso nas diárias, e que é tributado apenas pelo ISS. Diz não haver recolhimento de ICMS correspondente às saídas subseqüentes de mel de abelhas, e por isso, afirma que este imposto deve ser recolhido pelo destinatário, na condição de responsável solidário. Em relação à Infração 03, afirma que todas as aquisições relacionadas nos demonstrativos são passíveis do pagamento

de ICMS – Antecipação Parcial, alegando que o autuado desenvolve atividade mista de hotel com restaurante, serviços de massagens e comercialização de mercadorias, afirmando que isto se verifica das Notas Fiscais de entradas e saídas acostadas aos autos. Alega que esta infração encontra amparo no artigo 352 – A, parágrafo terceiro, II, do RICMS/BA, que estabelece o pagamento do ICMS- Antecipação Parcial quando das aquisições interestaduais de mercadorias cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao ISS. Afirma que as aquisições para ativo fixo ou enquadrados na substituição tributária não foram consideradas quando da realização dos demonstrativos fiscais que apuram o ICMS-Antecipação Parcial devido pelo autuado. Ao final, a autuante devolve o PAF ao CONSEF para julgamento, alegando que os demonstrativos fiscais não foram modificados.

Às fls. 508 e 509 o contribuinte se manifesta acerca da informação fiscal prestada às fls.501 a 504. Aduz que a autuante não atendeu à determinação da Junta, não informando o solicitado por esta. Diz que, em relação à Infração 03, a autuante não efetuou levantamento das operações com produtos destinados a consumo, ativo fixo, ou enquadrados no regime de substituição tributária. E diz o mesmo sobre a Infração 01. O contribuinte mantém a tese esposada na defesa, na qual vai contra a cobrança de ICMS sobre aquisição de bens do ativo fixo, uso e consumo do hotel. Ataca a cobrança de ICMS sobre aquisição de produtos artesanais tributados em suas diárias, bares e restaurantes. Conclui pedindo pela improcedência total do presente Auto de Infração. Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, aponta em especial a prova testemunhal.

Esta 3ª Junta, às fls. 515 e 516, na busca da verdade material encaminha o processo em diligência à ASTEC/CONSEF.

Às fls. 518 e 519 é emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 31/2011, relatando o pagamento integral do débito lançado no Auto de Infração, com o benefício da Lei nº 11.908/2010, conforme informação prestada à Diligente pelo contribuinte e dados dos documentos do sistema informatizado SIGAT/SEFAZ, às fls. 524 a 528.

VOTO

O autuado procedeu ao pagamento integral do débito lançado de ofício, o que implicou na desistência da defesa apresentada tornando-a ineficaz, conforme previsto no artigo 122, inciso I, do RPAF/99. Em consequência, fica extinto o crédito tributário e encerrado o processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, e PREJUDICADA a defesa apresentada, devendo os autos serem remetidos à repartição fiscal de origem para as medidas administrativas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar prejudicada a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o processo administrativo fiscal referente ao Auto de Infração nº **294888.0002/08-8**, lavrado contra **TX AGROPECUÁRIA E TURISMO S.A**, devendo o autuado ser cientificado desta decisão e encaminhado os autos a repartição de origem para homologação do pagamento e arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR