

A. I. Nº - 278999.0008/11-5
AUTUADO - REAL CARNES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CLÉBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 12. 07. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-01/13

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR REFERENTE A OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. O autuado constatou imposto a recolher no livro Registro de Apuração de ICMS e não o fez. Insubstiente a alegação de que a tributação do “Kit Feijoada” implicaria *bis in idem*. Infração caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL.** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ADQUIRIDA P/ INTEGRAR ATIVO PERMANENTE. Infração subsistente. **b)** MERCADORIA ADQUIRIDA PARA USO E CONSUMO. Infração subsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO USO OU CONSUMO. Infração subsistente. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infração subsistente. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO ICMS EFETUADO A MENOS. PRODUTOS RESULTANTES DO ABATE DE GADOS BOVINO, SUÍNO E DE AVES (art. 353, II, item 9, c/c art. 371, RICMS BA-97). Comprovado que os recolhimentos devidos não foram feitos integralmente. Infração caracterizada **5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS.** DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não acolhida a extinção do crédito tributário, exercício 2007, por decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$723.807,97 em razão das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O Contribuinte deixou de recolher o ICMS NORMAL em diversos meses referente aos exercícios de 2007 a 2009, conforme Demonstrativos de AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS apensos ao presente PAF. Apensa cópias dos livros Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$164.471,66. Multa de 50%;

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. O Contribuinte utilizou indevidamente o crédito fiscal referente a aquisições de Bens para o Ativo Imobilizado, conforme demonstrativo de AUDITORIA DE CRÉDITO FISCAL apenso ao presente PAF. Apensas cópias das respectivas notas

fiscais e dos livros de Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$ 271,48. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Utilizou indevidamente Crédito Fiscal de ICMS referente material para uso e consumo do estabelecimento. Os valores encontram-se demonstrados no Relatório de AUDITORIA DE CRÉDITO FISCAL apenso ao presente PAF. Apensas cópias das respectivas notas fiscais e dos livros de Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$ 661,38. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Os valores encontram-se demonstrados no Relatório de AUDITORIA DE BENS DO ATIVO apenso ao presente PAF. Anexas cópias das respectivas notas fiscais e dos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$ 8.688,67. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Os valores encontram-se demonstrados no Relatório de AUDITORIA DE BENS DE USO E CONSUMO apenso ao presente PAF. Anexas cópias das respectivas notas fiscais e dos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$ 1.084,23. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 – Deixou 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/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Os valores encontram-se demonstrados no Relatório de AUDITORIA DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA apenso ao presente PAF. Anexas cópias das respectivas notas fiscais e do livro Registro de Entradas de Mercadorias. Valor de R\$ 548.490,55. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Apensa junto ao PAF cópias de DMAs com valores informados de forma inconsistente. Multa Fixa de R\$ 140,00.

Na defesa que apresenta às fls. 722 a 739, o autuado faz, inicialmente, um breve relato dos fatos consignados no Auto de Infração. Suscita decadência relativa ao exercício de 2007, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, argüindo que decaiu o fato gerador da ocorrência, por ter passado o prazo de 05 (cinco) anos com a consequente extinção do crédito tributário. Nesse caso, as ocorrências lançadas de ofício, nas infrações 1, 3, 5 e 6 do presente Auto de Infração. Aduz que esse é o entendimento do STJ, da doutrina do Prof. Paulo de Barros Carvalho (Paulo de Barros Carvalho *in* Curso de direito tributário, 10º ed., Saraiva, p.286).

Reproduz posicionamento do STJ (Primeira Seção. Unânime. EDivREsp 279.473, Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Publicado no DJU de 11.10.2004, p. 218), entendimento do Conselho de Contribuinte (Processo nº 10980.015650/97-87 0, Recurso nº 117700, Acórdão nº 101.92.642, Sessão de 14/04/99, Diário Oficial da União de 30/06/00, Primeiro Conselho, Relator Raul Pimentel).

Argui também a nulidades dos autos, face à ausência de fundamentação legal, quanto à notificação e a insubsistência do crédito tributário. Na primeira questão, assevera que todo o procedimento administrativo fiscal, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, está submetido ao princípio da fundamentação, pelo que todo e qualquer ato que o componha deve estar baseado em expressa fundamentação legal e fática, sob pena de invalidade, porque intrinsecamente ligado à regra que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (Constituição Federal, art. 150, I).

Aduz que os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada – informadores do Direito Tributário – impõem que todo ato jurídico, através do qual se exija um tributo ou se aplique uma

penalidade, indique devida e expressamente o seu fundamento legal, além da descrição fática, propiciando, por conseguinte, que o sujeito passivo verifique a efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico e constate a efetiva incidência da norma tributária.

Transcreve, nesse sentido, pensamento de um processualista: “*Fundamentar o ato ou a decisão administrativa significa declarar expressamente a norma legal e o acontecimento fático que autoriza a prática do ato ou a prolação da decisão*” (in James Marins, Direito Processual Tributário Brasileiro – Administrativo e Judicial, 2ª Edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, p. 185). Conclui que não é lícito à Administração Tributária impor exações ou multas, sem especificar a lei sobre a qual se fundamenta, ainda porque os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ao passo que dificulta enormemente – senão impossibilita – a cabal irresignação, em face do ato que se tenta impugnar. Cita em socorro dessas garantias o próprio Código Tributário do Estado da Bahia (art. 129, §1º, V), além do RPAF BA (art. 39, V).

Observa que no Auto de Infração impugnado, há apenas a indicação de dispositivos regulamentares e do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Ressalta que além dos artigos 371, 61, 125, 347 e 353 do Regulamento do ICMS/BA, citados pelo Autuante, não indicarem, precisamente, os elementos das normas jurídicas supostamente incidentes aos fatos descritos, há de se ressaltar que sua menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o Auto de Infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos.

Diz que, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há, por corolário lógico, de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento. Define que a alusão ao artigo de lei que veicula a norma punitiva apenas confirma a imprescindibilidade de indicação também dos dispositivos legais introdutores da norma principal. Conclui que ausência de fundamentação motiva a nulidade do Auto de Infração.

Diz que também as notificações são nulas, porquanto o demonstrativo elaborado pelo Fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Aduz que a legislação tributária preconiza os diversos requisitos que devem conter no auto de infração, cujo cumprimento tem sido único e exclusivo com finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado na elaboração de sua defesa.

Aduz, no tocante aos valores apurados, que o fiscal não observou a existência do benefício que gozava o autuado por comercializar produtos de origem agropecuária (carne suína). Sustenta que a igualdade constitucional faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza os dados das notas fiscais, os emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.

Explica que a “notificação”, por não possuir as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza “devem e precisam restar provados”, deve tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena devê-la decretada pelo Poder Judiciário. Transcreve jurisprudência neste sentido.

Reclama ainda que as “notificações” não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, dos juros utilizados no cálculo das multas, acarretando novo cerceamento de defesa. Deduz que, em vista dos fatos narrados, torna-se primordial a declaração de nulidade do auto de infração; se assim não entendido, requer diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando detimento dos seus direitos, em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Quanto à insubsistência do crédito tributário, destaca, com relação à infração 1, “*deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”, a completa insubsistência da exigência, visto que os itens integrantes do “Kit Feijoada” já sofreram a

incidência de ICMS, não podendo este produto ser novamente tributado, dada a vedação do *bis in idem* tributário, apoiado no entendimento de Roque Antonio Carrazza.

Completa que o “kit feijoada” é composto por cortes suínos que já sofreram a cobrança de ICMS, não podendo o próprio conjunto destes cortes ser tributado em igual forma, anomalia que pode ser verificada com um rápido raciocínio: “*se os itens integrantes do Kit ao circularem sofreram a cobrança de ICMS, o próprio Kit, que nada mais é do que estes itens comercializados conjuntamente, não poderá sofrer a incidência do mesmo imposto*”.

Argui que outro fato traz a insubsistência de crédito, que é o benefício concedido com esteio no art. 5º do CTB, visto que as operações relativas à circulação de produtos agropecuários de origem suína tinham alíquota zero; diz que também não foi apurado o crédito fiscal referente à aquisição de material e mercadorias, devendo ser considerada insubsistente o auto de infração. Diz ainda que a exigência é insubsistente, em virtude do efetivo pagamento realizado pelo autuado, com a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Discorre sobre a multa aplicada, que deve estrita observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88). Explica que é razoável que a multa seja fixada em patamar elevado, mas não com excessiva onerosidade representado por alíquota de 150%.

Reclama que a multa não pode ser usada com efeito de confisco (art. 150, CF 88). Pontua que as multas são exponenciadas com a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida, enquanto a legislação, atualmente em vigor, estabelece que somente poderia ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, conforme disposição legal da Lei nº 9.298/96, do art. 52, §1º. Diz ainda que a multa aplicada agride a capacidade contributiva, quer da própria notificada, quer das empresas brasileiras, o que precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais.

Requer que a presente impugnação seja recebida com o efeito devolutivo, além do suspensivo (de acordo com o disposto no art. 151, III, do CTN) e o auto de infração julgado improcedente, cancelando-se o respectivo crédito tributário e determinando-se o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Pede a nulidade do Auto de Infração e, caso assim não se entenda, a improcedência da infração 01, dado o *bis in idem*; requer descontos integrais das multas e parcelamento em 300 meses. Pede ainda a realização de diligência, inclusive para verificação dos kit feijoada e apela pela produção de provas permitidas no direito, especialmente juntada de documentos em anexo e *a posteriori*.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 758 a 766, argüindo com relação à decadência que os lançamentos foram feitos em conformidade com o art. 965, I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Quanto ao argumento da ausência de expressa fundamentação legal, que violou os princípios da ampla defesa e do contraditório, diz que todos os lançamentos que ensejaram a lavratura do auto de infração foram pautadas em regras predeterminadas pela legislação tributária, seja na Lei nº 7.014, que institui o ICMS neste Estado e o seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Afirma que em nenhum momento olvidou os princípios básicos que sintonizam o ato administrativo fiscal e que todas as infrações que ensejaram os lançamentos próprios estão devidamente enquadradas, tipificadas e comprovadas através dos Demonstrativos anexos, bem como dos livros e demais documentos fiscais.

Com relação aos benefícios por comercializar produtos de origem agropecuária, informa que a empresa adquiria de outras unidades da Federação, produtos resultantes do abate de gado bovino, bufalino, e suíno destinado à comercialização e não realizava o recolhimento da antecipação prevista no art. 371 do RICMS/BA; diz a norma que, em face às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a

retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente e efetuado por antecipação, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias. Explica que isto aconteceu na infração 06.

Com relação à nulidade suscitada por falta de descrição da legislação aplicável à correção monetária e aos juros para o cálculo das multas, reitera que o auto foi realizado com observação da Lei nº 7.014 e o Decreto nº 6.284/97 e que todos os elementos citados no art. 39 do RPAF – Decreto nº 7.629/99 estão presentes no PAF.

No que se refere aos produtos “*kit feijoada*”, diz que a alegação defensiva de que já sofreram incidência do ICMS e a exigência geraria bitributação, esclarece que o Kit é composto de diversas matérias-primas utilizadas para sua industrialização como: “*embutidos, condimentos, conservantes, embalagens e produtos derivados do abate de animais*”, portanto, os créditos fiscais devidos das matérias primas foram utilizados pelo autuado e lançados no livro Registro de Entradas de mercadorias, conforme cópias anexas. Ademais, os valores de débitos do ICMS para as operações com o produto em questão foram lançados nos livros Registro de Saídas de Mercadorias e de Registro de Apuração do ICMS pelo próprio autuado, reconhecendo de forma inequívoca, a tributação para o produto reclamado na infração 01. Diz que os demonstrativos encontram-se apensos ao auto às fls. 16 a 24.

Diz, apesar de não ter sido lançado nas notas fiscais o ICMS incidente nas saídas das mercadorias, o valor do imposto devido nas operações foram debitados nos livros de saída e apuração de ICMS pelo próprio autuado. Apensas cópias de diversas notas fiscais de saída neste PAF das fls. 700 a 719 e dos livros Registro de Saídas de Mercadorias. Aduz que no demonstrativo de fls. 14/15, percebe-se que os valores da movimentação mercantil no período, não houve distorções significativas no enquadramento das operações da empresa entre as mercadorias tributadas e não tributadas, nos livros fiscais competentes, demonstrando que a empresa registrou corretamente as operações com o produto em questão nos livros Registro de Saídas e Apuração de ICMS.

Registra ainda que a empresa não apresentou os Arquivos Magnéticos referente aos períodos de 08/2007 a 09/2008 com as informações dos Registros 54 e 75 o que prejudicou o roteiro de análise das Operações Mercantis, sendo impossível a apropriação física das mercadorias utilizadas diretamente na sua destinação (industrialização ou comercialização x percentuais dentro e fora do estado). Explica que as saídas dos produtos industrializados foram objeto de lançamento como tributadas, com débito de ICMS no livro Registro de Saídas de Mercadorias (Kit feijoada e embutidos) e que demais produtos, não industrializados, as saídas foram lançadas sem o respectivo débito do ICMS, tendo em vista serem adquiridos no Estado, sujeitos ao diferimento ou por ser adquiridos em outra unidade da federação e sujeita a antecipação tributária.

Com relação às multas, reitera que estão contempladas na Lei de ICMS. Quanto à solicitação de diligência, explica que é desnecessário, uma vez que os lançamentos com débitos de ICMS foram realizados pelo próprio autuado e suas alegação não tem suporte comprobatórios. Mantém a exigência.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento das infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, descritas e narradas na inicial dos autos, objeto da apreciação a seguir.

Preliminarmente, o sujeito passivo requer a decadência do crédito tributário constituído relativo às ocorrências de 2007; suscita a nulidade do presente lançamento de ofício: (I) Em face à ausência de fundamentação legal, quanto à notificação e a insubsistência do crédito tributário; (II) por falta de descrição da legislação aplicável à correção monetária e aos juros para o cálculo das multas; (III) porque o demonstrativo elaborado pelo Fiscal deixou de discriminá-las uma a uma todas as notas fiscais, requisito indispensável para configurar a infração cometida; (IV) por falta da estrita observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do percentual da

multa, que não pode ser usada com efeito de confisco (art. 150, CF 88). Pede, por fim, a realização de diligência para verificação do “kit feijoada”.

Por fim, o impugnante, albergado no §4º do art. 150, CTN, sob o argumento que sua ciência acerca da autuação deu-se em 26/12/2012, o crédito tributário referente aos meses que foram lançados no ano 2007 estaria atingidos pela decadência, no entendimento da homologação tácita pela Fazenda.

Essa questão, através de inúmeras decisões, entre tantas, o acórdão CJF N° 0415-11/12, está plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. O prazo citado acima é, portanto, para homologar e não para lançar. Trata-se de atividades distintas, desempenhadas pelo Poder Público tributante.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB (Código Tributário Estadual), instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A falta de pagamento integral de tributo cujo lançamento se dê por homologação no prazo regulamentar faz surgir para a Fazenda Pública o direito subjetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício. Esse direito do Estado, sob pena de extinção, deve ser exercido em determinado lapso de tempo. O tempo deve ser contado, como já visto, segundo o que dispõe o artigo 173, I do CTN, ou seja, em cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2007, acima alinhados, somente se operaria a partir do dia 31/12/2012. Diante do exposto não acolho as razões de extinção do direito da fazenda estadual de constituir os créditos tributários relativos ao exercício de 2007.

Com relação à invocação de nulidade do presente processo administrativo fiscal – PAF, em face à ausência de fundamentação legal, quanto à notificação ou por falta de descrição da legislação aplicável à correção monetária e juros no cálculo das multas, ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado. A descrição dos fatos e sua capitulação legal, em contrário, são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Devidamente motivada a autuação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública.

Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração, inexistindo qualquer causa de invalidação ou agressão aos princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada. Por outro lado, estabelece o art. 19 do RPAF/BA que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Ademais, a legislação aplicável à correção monetária, aos juros e demais acréscimos legais encontra-se perfeitamente definida no PAF e encontra assento na Lei nº 7.014/96, instituidora do ICMS, no Estado da Bahia.

Em obediência ao devido processo legal, o processo administrativo fiscal - PAF está revestido de todas as formalidades legais, com respeito aos prazos previstos legalmente, não havendo violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao PAF. Foram enviados ao autuado as peças e demonstrativos de débito necessários a sua defesa, que pode exercê-la amplamente e contraditando da forma que melhor lhe aprouve, com os elementos de prova de que dispunha, não ensejando em qualquer nulidade.

É acertada a argüição do sujeito passivo de que a multa não pode resultar em confisco (art. 150, IV, CF 88) e que sua aplicação deve observar ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade,

considerando que a fixação da multa que ultrapasse a capacidade contributiva do autuado pode implicar destruição da própria fonte tributária.

Rejeita-se o percentual de 2% (dois por cento), sugerido pelo autuado e previsto na Lei nº 9.298/96, uma vez que esta dispõe sobre as custas devidas à união, na Justiça Federal. Não existe um limite constitucional para as multas tributárias; no caso concreto, o percentual das multas aplicadas encontra-se estribado na Lei de ICMS do Estado da Bahia (Lei 7.014/96), não há falar em qualquer inconstitucionalidade.

Por último, resta indeferido o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo e ainda porque diligência Fiscal não se presta a carrear provas aos autos, o que compete à Administração Tributária e ao contribuinte autuado, que têm o direito e o dever de trazer ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria tributada

Pelo exposto, ultrapassadas as questões preliminares argüidas pelo sujeito passivo, passaremos as discussões de mérito. O Auto de Infração, assim, exige ICMS em decorrência das sete infrações descritas no Relatório que antecede este voto.

Na infração 01, a acusação é de que o autuado deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Alega o sujeito passivo que a exigência se refere aos itens integrantes do “Kit Feijoada”, que já sofreram a incidência de ICMS, que o mesmo é composto por cortes suíños que já sofreram a cobrança de ICMS; alega ainda que as operações relativas à circulação de produtos agropecuários de origem suína tinham alíquota zero, conforme art. 5º do CTB; alega, por fim, que a exigência é insubsistente, em virtude do efetivo pagamento realizado pelo autuado, com a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Compulsando os autos, verifico a insubsistência das alegações da defesa no que se refere aos itens integrantes do “Kit Feijoada” já ter sofrido a incidência de ICMS e que, uma nova tributação implicaria *bis in idem*. O Auditor Fiscal elaborou Auditoria de Conta Corrente do ICMS, apurando diferenças de ICMS não recolhidos, a partir do confronto dos valores dos créditos fiscais, provenientes das entradas de mercadorias e dos valores de débitos incidentes nas operações de saída. Cópias dos livros fiscais Registro de Entrada, Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS de onde foram extraídos os valores capturados na Auditoria aludida encontram-se acostados aos autos, fls. 297/699.

Cabe registrar que a Auditoria de conta corrente levou em consideração apenas a apuração do ICMS do regime normal, reproduz as entradas e saídas tributadas destacadas pelo próprio sujeito passivo, na sua escrita fiscal, cujos saldos de imposto a recolher constam do livro Registro de Apuração do ICMS, sem que o autuado tenha se incumbido em trazer aos autos, as provas dos efetivos recolhimentos.

A infração da falta de recolhimento do ICMS normal escriturado nos livros fiscais próprios, no valor global de R\$ 164.471,66, resta devidamente caracterizada.

As infrações 02 e 03 acusam o sujeito passivo da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento e material para uso e consumo do estabelecimento, respectivamente, nos valores de R\$ 271,48, demonstrativo de fls. 25 e R\$ 661,38, demonstrativo de fl. 28. Foram acostadas aos autos cópias das notas fiscais que sustentaram as exigências.

Apesar de o impugnante não apresentar razões de defesa em face às exigências dos créditos fiscais indevidamente utilizados, incorrendo em reconhecimento tácito do lançamento de ofício, constato o acerto fiscal, tendo em vista que, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados ao uso ou

consumo do próprio estabelecimento, constitui crédito fiscal do estabelecimento, o valor do imposto anteriormente cobrado, somente a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87/96. Isto é, somente darão direito de crédito ao ICMS as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de Janeiro de 2020, alteração dada pela Lei Complementar 138/2010.

Com relação aos bens destinados ao ativo imobilizado, os créditos de ICMS devem obedecer, além dos lançamentos convencionais, deverão ser objeto de outro lançamento, em documento denominado Controle de crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), nos termos do § 2º do art. 339, RICMS BA-97 e a utilização dar-se-á na proporção de 1/48, o que não foi observado, no caso em tela. Infrações 02 e 03 devidamente caracterizadas, nos valores de R\$ 271,48 e R\$ 661,38.

As infrações 04 e 05 exigem do sujeito passivo o recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento e para consumo do estabelecimento autuado, respectivamente, nos valores de R\$ 8.688,67 e R\$ 1.084,23.

O autuado também não apresentou razões de defesa, especificamente, em face às tais exigências, incorrendo em reconhecimento tácito do lançamento de ofício. Ainda assim, constato o acerto fiscal, tendo em vista, os demonstrativos de débito, fls. 39 e 48, além de cópias dos documentos fiscais respectivos. Examinando os autos do processo, verifico que presentes estão os elementos que informam o surgimento da obrigação tributária principal de pagar o ICMS diferencial de alíquota, conforme consta no art. 5º, inciso I, RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, com supedâneo na Lei 7.014/96 (art. 4º, inciso XV). Infrações que restam caracterizadas.

Na infração 06, esta devidamente impugnada pelo sujeito passivo, a acusação é que deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, às fls. 56/60, discriminando as aquisições de produtos comestíveis resultantes do abate (aves, gado bovino, bufalino e suíno), conforme consta no art. 353, II, (item 9), cuja exigência do ICMS por antecipação tributária está prevista no art. 371, RICMS/BA. O autuado argumenta tão somente que os recolhimentos foram feitos

Examinando as peças que compõem o processo verifico, antes, que a exigência tem fundamento no art. 371, RICMS/BA ao prescrever que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado, no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com referidas mercadorias, no prazo do art. 125, II, "b", RICMS/BA.

No caso em apreciação, a exigência do ICMS por antecipação tributária do art. 371, RICMS/BA, aplicável nas aquisições interestaduais de produtos resultantes do abate de aves e suínos, está conforme o art. 61, inciso VIII, alínea "b", item 2, do RICMS/BA, abaixo transcrito.

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) do Anexo 88;

2 - o valor determinado em pauta fiscal, se este for maior que a base de cálculo prevista no item

anterior.

Dante de tais pressupostos, o Fisco elaborou demonstrativo, às fls. 56/60, relacionando as operações com mercadorias sob o regime de substituição tributária, apurando o valor devido, nos termos do art. 371, combinado com o art. 61, ambos do RICMS/BA, acima transcritos. A exigência, em realidade, é recolhimento feito a menos, uma vez que foram abatidos os valores efetivamente recolhidos pelo autuado.

Posto isso, resta caracterizada a exigência fiscal, no valor global de R\$ 548.490,55.

Na infração 07, por fim, igualmente, não impugnada pelo autuado, aplica-se ao sujeito passivo, multa por descumprimento de obrigação acessória, considerando a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais, apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no valor de R\$ 140,00. A obrigação tributária acessória, tendo por objetivo as prestações positivas (fazer) ou negativas (não fazer), no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, origina-se da legislação tributária (art. 113, § 2º, CTN) e a ocorrência dos fatos conforme previsto na hipótese tributária da obrigação tributária acessória acarreta infração à ordem tributária, punível com a aplicação da multa prevista. (art. 42, XVIII, alínea “c”, Lei 7.014/96).

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278999.0008/11-5, lavrado contra **REAL CARNES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$723.667,97**, acrescido das multas de 50% sobre R\$164.471,66 e 60% sobre R\$559.196,31, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “f” e “d”, VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “c”, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR